

LA CORTE DI LUSSEMBURGO E LE CORTI COSTITUZIONALI. IL LORO RAPPORTO OSSERVATO DAL PRISMA DEL RINVIO PREGIUDIZIALE

Marco Antonio Simonelli

Dottorando in Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Siena

Il lavoro analizza le vicende relative ai rinvii pregiudiziali promossi dalle quattro principali giurisdizioni costituzionali europee: Francia, Germania, Italia e Spagna. Lo scopo che si prefigge è di evidenziare le criticità di questa procedura e individuare le ragioni della persistente reticenza delle Corti costituzionali a sottoporre questioni alla Corte di Lussemburgo. Nel paragrafo conclusivo si tenterà altresì prospettare alcuni possibili esiti della vicenda Taricco.

The paper analyses the cases originated by the requests for a preliminary ruling by the four major constitutional jurisdictions in Europe namely: France, Germany, Italy and Spain. Its goal is to point out the critical aspects in the procedure of Art. 267 TFEU as well as to identify the reasons why Constitutional Courts are still reluctant to ask for a preliminary ruling to the Court of Justice. In the conclusion it will also try to put forward the possible outcomes of the Taricco case.

Sommario:

1. Introduzione
 2. I casi italiani
 3. Il caso Melloni e il rinvio del *Conseil constitutionnel*
 4. Il rinvio del BVG sull'OMT
 5. Considerazioni conclusive
- .

1. Introduzione

Che il rinvio pregiudiziale sia stato e sia tutt'ora uno dei pilastri del processo di integrazione europea, è un fatto sul quale tutti gli studiosi sono oramai concordi¹.

Questa idea trova inoltre puntuale riscontro nelle statistiche della Corte lussemburghese. Nel 2016, su 692 nuovi casi introdotti, ben 453 sono state domande pregiudiziali ex art. 267 TFUE².

Questo dato - che si inserisce in un trend di graduale aumento della percentuale di rinvii pregiudiziali sul totale delle cause introdotte³ - riflette la centralità dello strumento nella giurisprudenza della Corte di giustizia nonché la sua popolarità tra i giudici nazionali. Nondimeno esistono alcuni "coni d'ombra".

Il principale è senz'altro rappresentato dalla persistente reticenza da parte dei giudici costituzionali a fare uso di questo strumento. Se prendiamo ad esempio le Corti costituzionali dei quattro maggiori paesi dell'Unione Europea - Germania, Francia, Italia e Spagna - queste hanno promosso complessivamente 6 rinvii pregiudiziali. Un confronto con le domande provenienti dalle Corti supreme ordinarie di questi paesi rende ancora più significativo il dato: di fatti il numero totale di questioni sollevato da queste Corti è di 547⁴.

Una possibile spiegazione può essere rintracciata nel *judicial ego* di queste Corti, poco inclini a vincolarsi alle statuizioni di un altro giudicante⁵.

Tuttavia se si pensa che ai sensi dell'art. 267 par. 3 TFUE, le Corti di ultima istanza - fatta salva l'applicazione dei criteri *Cilfit*⁶ - sono tenute a

¹ Vd. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, 2.

² Cfr. *CJEU Annual Report 2016. The Year in Review*, 27; disponibile all'url: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-04/ragp-2016_final_en_web.pdf (ultima visita 15 lug. 2017).

³ Cfr. *CJEU Annual Report 2016. Judicial Activity*, 105; disponibile all'url: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-03/ra_jur_2016_en_web.pdf (ultima visita 15 lug. 2017).

⁴ La cifra è stata ricavata dai dati riportati in: *Ibidem*, 109.

⁵ L'espressione, utilizzata per la prima volta da J. Weiler, è richiamata in: CLAES, *Luxembourg, Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure*, in *German Law Journal*, vol. 16, n. 6/2015, 1332.

⁶ I c.d. criteri *Cilfit* sono stati definiti nella sentenza C-283/81, *S.r.l. Cilfit e Lanificio Gavardo S.p.a. c. Ministero della sanità*; e prevedono che non sussista obbligo di rinvio per le corti di ultima istanza qualora:

sollevare rinvio pregiudiziale in caso sorga un dubbio interpretativo su una norma del diritto europeo, si iniziano a intravedere le ragioni che giustificano un'indagine sul tema. Peraltro, considerando che tutte le Costituzioni di questi paesi contengono delle "clausole europee", di talché problematiche relative all'interpretazione del diritto dell'Unione assumono anche una veste costituzionale⁷, l'atteggiamento di queste Corti diviene difficilmente giustificabile.

Se è vero, come è stato fatto notare, che il dialogo tra le Corti costituzionali e la Corte di Lussemburgo è comunque intenso ma avviene attraverso canali informali⁸, quali la Conferenza delle Corti costituzionali europee, non si può fare a meno di giungere alla conclusione che la causa della ritrosia sia da attribuire alla procedura ex art. 267 TFUE.

Posto che le Corti costituzionali sono attrici protagoniste nel sistema di protezione dei diritti fondamentali nel continente europeo, un rafforzamento del ruolo della Corte di giustizia come organo di tutela dei diritti dei cittadini europei passa, anche e soprattutto, da una cooperazione più stretta tra i giudici costituzionali nazionali e la Corte di Lussemburgo, in particolare attraverso un uso più attivo da parte dei primi del rinvio pregiudiziale.

Pertanto, muovendo dalle procedure attivate dalle Corti costituzionali, si cercherà di individuare i profili di criticità e le migliorie che possono essere apportate alla procedura, affinché lo strumento dell'art. 267 TFUE possa divenire un più effettivo strumento per l'affermazione di una condizionalità forte europea anche in tema di diritti.

Per ogni sentenza ex art. 267 TFUE, si analizzeranno tutti gli atti del procedimento, verificando la corrispondenza tra domande e risposte e cercando altresì di evidenziare i profili comuni alle diverse vicende.

Nel primo paragrafo sono analizzate le prime due questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte costituzionale italiana, con una maggiore attenzione al caso Mascolo, in particolare per quanto riguarda l'attuazione del *dictum* della Corte di giustizia da parte della Corte costituzionale italiana.

la questione riguardante il diritto europeo non si ponga come pregiudiziale rispetto alla causa di merito;

vi sia «una giurisprudenza costante della Corte che, indipendentemente dalla natura dei procedimenti da cui sia stata prodotta, risolve il punto di diritto litigioso anche in mancanza di una stretta identità tra le materie del contendere» (cd. teoria dell'*acte éclairé*);

«la corretta applicazione del diritto dell'UE può imporsi senza lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata» (cd. teoria dell'*acte clair*).

⁷ CARTABIA, *Europe as a Space of Constitutional Interdependence: New Questions about Preliminary Ruling*, in *German Law Journal*, vol. 16, n. 6/2015, 1791.

⁸ CLAES, *Luxembourg, Here We Come?*, cit. 1337.

Nel secondo paragrafo si analizzano invece le due questioni pregiudiziali con le quali la Corte di Lussemburgo ha chiarito la portata della disciplina comunitaria in tema di mandato di arresto europeo. Ovviamente, in questo caso, il focus sarà posto sulla sentenza *Melloni*, richiamata tanto nell'ordinanza 24/2017 della Corte italiana quanto nelle conclusioni dell'Avvocato Generale.

Il terzo paragrafo sarà invece dedicato all'analisi della vicenda scaturita dal rinvio pregiudiziale del BVG sull' OMT. Un'analisi di questa vicenda consentirà di formulare considerazioni prospettiche riguardo l'esito dell'ultima questione pregiudiziale sollevata dalla Consulta, permettendo altresì di evidenziare alcuni errori "strategici" che la stessa ha commesso nella sua ordinanza.

Infine, nelle conclusioni si cercheranno di sviluppare alcune considerazioni prospettiche. In particolare, ci si soffermerà sul rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale nel caso *Taricco*⁹. Alla luce dell'analisi compiuta sugli altri casi, si tenterà di prevedere la risposta della Corte lussemburghese e altresì di ipotizzare quali "margini di manovra" residuino alla Consulta, dopo avere pronunciato un'ordinanza decisamente "assertiva"¹⁰.

2. I casi italiani

Tra quelle considerate, la prima Corte in ordine temporale a sollevare una questione di fronte alla Corte di giustizia, è stata quella italiana con l'ordinanza n. 103/2008.

L'assoluta peculiarità di questo provvedimento, oltre ovviamente ad aver per la prima volta riconosciuto la competenza della Corte a sollevare una questione pregiudiziale¹¹, è senz'altro la ricostruzione del quadro normativo: l'esposizione della normativa rilevante occupa otto pagine su un totale di quattordici¹². Al di là dei segnalati profili di interesse, l'ordinanza in parola

⁹ C-105/14, *Taricco e altri*.

¹⁰ Si veda in questo senso: TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, su *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 1, (<http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/06/tega.pdf>) ultima visita 15 lug. 2017).

¹¹ Per un commento all'ordinanza si veda: BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 2008, 808 ss.

¹² Forse preoccupata da un'eventuale ignoranza della Corte lussemburghese della normativa italiana in materia, la Consulta si preoccupa di riportare integralmente il testo degli artt. 11 e 117 comma 1 Cost.; dell'art. 8 dello Statuto della regione Sardegna; dell'art. 4 della

non presenta ulteriori spunti utili al nostro scopo, atteso che era stato il Governo - nell'ambito di un giudizio in via principale - a chiedere di sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per valutare la compatibilità della legge regionale con le norme europee¹³ e che tanto l'Avvocato generale quanto la Corte rispondono in senso conforme ai "desiderata" del Governo Italiano¹⁴. La Corte costituzionale, con la sent. 216/2010 ha accolto l'interpretazione della Corte di giustizia dichiarando l'illegittimità costituzionale della normativa regionale senza nemmeno motivare la propria decisione, ma limitandosi a riportare il testo delle risposte della Corte di Giustizia¹⁵.

Per il secondo rinvio da parte della Consulta, si sono dovuti attendere cinque anni, quando con l'ordinanza 207/2013 veniva chiesto alla Corte di giustizia «*se la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE debba essere interpretata nel senso che osta all'applicazione dell'art. 4, commi 1, ultima proposizione, e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico) i quali, dopo avere disciplinato il conferimento di supplenze annuali su posti «che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre» dispongono che si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali «in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo» disposizione la quale consente che si faccia ricorso a contratti a tempo determinato senza indicare tempi certi per l'espletamento dei concorsi e in una condizione che non prevede il diritto al risarcimento del danno*»¹⁶. Questo provvedimento si segnala per essere il primo con il quale la Corte ha

1. reg. 3/2006; di 12 articoli del Codice della navigazione; di 2 articoli del d.P.R. 600/1973 e di 3 articoli del Codice della nautica da diporto. Inoltre, nel provvedimento viene riprodotto il testo di alcuni articoli di diversi Regolamenti europei.

¹³ Tra l'altro, trattandosi di norme che istituivano un regime tributario agevolato per le imprese aventi domicilio fiscale in Sardegna, ed essendo quest'ultima una regione a statuto speciale, si potrebbe ritenere che la normativa europea, nel caso di specie, rappresentava l'unico mezzo per fare valere l'illegittimità costituzionale della legge regionale.

¹⁴ Il testo delle Conclusioni dell'Avvocato generale e la sentenza della Corte possono essere consultati al seguente indirizzo:

[http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=PREJ%252C&nat=or&oq=IT%252C&dates=&lg=&language=it&jur=C&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&td=%3B ALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&parties=Presidente%2Bdel%2BConsiglio%2Bdei%2BMinistri&jge=&for=&cid=948217](http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=PREJ%252C&nat=or&oq=IT%252C&dates=&lg=&language=it&jur=C&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&td=%3B ALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&parties=Presidente%2Bdel%2BConsiglio%2Bdei%2BMinistri&jge=&for=&cid=948217) (ultima visita 15 luglio 2017).

¹⁵ Cfr. Corte cost., sent. 216/2010, *Considerato in diritto*, par. 3

¹⁶ Corte cost., ord. 207/2013, *Dispositivo*.

ricosciuto la propria facoltà di proporre una domanda pregiudiziale anche nell'ambito di un giudizio di via incidentale¹⁷. In questo caso però, la norma della cui compatibilità con il diritto europeo si dubitava era una legge e l'Avvocatura dello stato si era costituita in giudizio insistendo per il rigetto della domanda dei rimettenti.

La Corte, nel disporre il rinvio pregiudiziale, si preoccupa qui di indicare alla Corte di giustizia non tanto la normativa rilevante, quanto piuttosto le circostanze che dovrebbero indurre a ritenere che la normativa sia giustificata da «ragioni obiettive» ai sensi della norma europea e segnatamente: «mutamenti continui della popolazione scolastica; attribuzione delle cattedre, in larga percentuale ad insegnanti donne, specie per i cicli di formazione primaria, che esigono forme di tutela quanto ai congedi di maternità; fenomeni di immigrazione [...]; flussi migratori interni da regione a regione; scelta di indirizzi scolastici da parte delle famiglie; trasferimenti di personale docente di ruolo; presenza di sedi disagiate e assegnazioni provvisorie».

È significativo notare, e lo si vedrà meglio in seguito, che la Corte non insista sulla circostanza che la stabilizzazione dei docenti assunti con contratto a tempo determinato potrebbe causare un *vulnus* all'art. 97 Cost., secondo il quale al pubblico impiego si accede mediante concorso.

Delle conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar sorprende l'interpretazione della domanda rivolta dalla Consulta¹⁸. In apertura è dato leggere: «Una normativa nazionale che consenta la stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato con docenti e personale amministrativo, tecnico ed ausiliario, che svolgono supplenze nel settore della scuola pubblica, vale a dire per diversi anni, e senza che sia stato fissato un termine preciso per l'espletamento di concorsi di assunzione prevede misure sufficienti a sanzionare il ricorso abusivo a tali contratti ai sensi della clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato»¹⁹.

¹⁷ Per un commento al provvedimento si rimanda a: REPETTO, *La Corte costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE anche in sede di giudizio incidentale: non c'è mai fine ai nuovi inizi*, su *Diritti Comparati* (<http://www.diritticomparati.it/la-corte-costituzionale-effettua-il-rinvio-pregiudiziale-alla-corte-di-giustizia-ue-anche-in-sede-di/>) (ultima visita 15 luglio 2017).

¹⁸ In realtà, come noto, con la sentenza *Mascolo* (C-22/13; C-61/13; C-62/13; C-418/13) insieme alla domanda della Corte costituzionale, la Corte di giustizia ha risposto anche a tre domande sollevate con tre diverse ordinanze dal Tribunale di Napoli.

¹⁹ *Conclusioni dell'avvocato generale Szpunar del 17 luglio 2014*, par. 1. Il testo delle Conclusioni è consultabile al link:

Evidentemente la risposta è già contenuta nella domanda, ma è palese come una simile trasposizione non sia fedele rispetto al *petitum* della Corte. La seconda questione presentata dalla Corte costituzionale era infatti se «costituiscano ragioni obiettive ai sensi della clausola 5, punto 1, della direttiva 28 giugno 1999 n. 1999/70/CE, le esigenze di organizzazione del sistema scolastico italiano come sopra delineato, tali da rendere compatibile con il diritto dell'unione una normativa come quella italiana che per l'assunzione del personale scolastico a tempo determinato non prevede il diritto al risarcimento del danno».

Di fatto, sebbene la Corte costituzionale ponga due questioni distinte, l'Avvocato generale non sembra avere prestato troppa attenzione a questa distinzione. Ciò che la Corte costituzionale domanda con la prima questione è, in buona sostanza, se in assenza di date certe per l'espletamento dei concorsi una disciplina che non preveda limiti al numero di contratti a tempo determinato, né il diritto al risarcimento del danno per il lavoratore sia compatibile con il diritto comunitario. Con la seconda questione, invece, la Corte chiede, indipendentemente dalla disciplina generale, se il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato nel settore scolastico debba essere sempre sanzionato con un risarcimento pecuniario a favore del lavoratore anche in presenza di esigenze organizzative e di bilancio.

Si ha ragione di ritenere, alla luce soprattutto della sent. 187/2016 – ossia la sentenza emessa dalla Consulta ad esito della decisione in *Mascolo*²⁰ – che i giudici costituzionali si aspettassero una risposta affermativa alla prima questione, ma che quanto alla seconda questione ritenessero di aver sufficientemente motivato le ragioni in base alle quali la Corte di giustizia potesse dichiarare la compatibilità della disciplina. L'Avvocato generale, ad ogni modo, appare ignorare completamente questo secondo profilo dell'ordinanza di rimessione.

Nella sentenza della Corte, al contrario, al par. 118 si dà una risposta molto netta sul punto, dichiarando che seppure sia da riconoscere un margine di discrezionalità allo Stato nell'attuazione degli obiettivi fissati dall'accordo-quadro, questo non può spingersi fino al punto di esimere lo Stato dall'obbligo di «prevedere una misura adeguata per sanzionare debitamente il ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato». Invero, a fronte di una sentenza ampiamente motivata,

<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62013CC0022&lang1=it&type=TXT&ancre=>
(ultima visita 15 lug. 2017).

²⁰ C-22/13, *Raffaella Mascolo e altri contro Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e Comune di Napoli*.

il passaggio dedicato a questa seconda domanda appare eccessivamente stringato. Oltre a non chiarire, infatti, come debbano essere interpretati concetti come “sufficiente effettività” e “dissuasività”, la Corte lussemburghese omette altresì di dare una qualsivoglia spiegazione in ordine all’ampiezza di tale margine di discrezionalità e, ciò che è più grave, non risponde in modo diretto ed esplicito alla questione. L’impressione che si ricava da un’attenta lettura della sentenza è che i giudici europei si siano preoccupati più di dare un’interpretazione valida *erga omnes* della clausola 5 dell’accordo quadro che di dare al giudice del rinvio una soluzione da applicare al caso concreto.

La vicenda, in seguito a un rinvio d’udienza disposto dalla Corte costituzionale, si è conclusa con la sentenza 187 del 15 giugno 2016.

La Corte costituzionale sembra accettare pienamente la statuizione sulla sua prima questione dichiarando consequenzialmente l’illegittimità costituzionale dell’art. 4, commi 1 e 11, della legge n. 124/1999 nella parte in cui autorizza, in mancanza di limiti effettivi alla durata massima totale dei rapporti di lavoro successivi, il rinnovo potenzialmente illimitato di contratti di lavoro a tempo determinato. Tuttavia, quanto alla seconda questione, la Corte ritiene di non aver ricevuto alcuna risposta dal giudicante europeo, dichiarandolo apertamente: «La sentenza dunque, anche se ritiene di precisare alcune delle misure che possono essere adottate [...] non ne esclude altre purché rispondenti ai requisiti ricordati. In tal modo, tuttavia, essa non dà risposta alla questione della necessità o meno del diritto al risarcimento»²¹. Dunque, nel pronunciarsi sull’assenza di misure sanzionatorie del ricorso abusivo a contratti a tempo determinato la Corte costituzionale si ritiene svincolata dalle indicazioni del giudice comunitario, fatto salvo quanto ai caratteri della sanzione (proporzionalità, effettività, dissuasività). In assenza dell’intervento del Legislatore la soluzione sarebbe stata di difficile soluzione. La Corte, infatti, priva di linee guida precise da parte dei giudici lussemburghesi, difficilmente avrebbe potuto dare piena esecuzione al *dictum* di *Mascolo*, in quanto, come rilevato dall’Avvocatura dello Stato nonché dalla stessa Corte di giustizia, si davano una pluralità di soluzioni per sanzionare l’abuso di contratti a tempo determinato e comunque il riconoscimento di un diritto al risarcimento avrebbe sollevato una problematica alla luce dell’art. 81 Cost.. Questa è dunque la ragione per la quale la Corte costituzionale ha rinviato la trattazione della causa, inizialmente prevista per il 23 maggio 2015: l’entrata in vigore della l.

²¹ Corte cost., sent. 187/2016, *Considerato in diritto*, par. 12.

107/2015 sulla c.d. “buona scuola” ha “tolto d’imbarazzo” la Consulta, evitandole di dichiarare un’illegitimità costituzionale costosa e inopportuna.

Dunque, in ultima analisi, la parte motiva della sentenza 187/2016, dichiarando la compatibilità con i principi europei della nuova disciplina, la quale non prevede, per i docenti assunti in violazione delle norme sui contratti a tempo determinato, il diritto al risarcimento del danno; risulta andare in direzione contraria rispetto a quella indicata data dalla Corte di giustizia, secondo la quale «[s]ebbene, certamente, uno Stato membro possa legittimamente [...] prendere in considerazione esigenze di un settore specifico come quello dell’insegnamento [...] tale facoltà non può essere intesa nel senso di consentirgli di esimersi dall’osservanza dell’obbligo di prevedere una misura adeguata *per sanzionare debitamente* il ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato»²². La Corte costituzionale, infatti, nella motivazione ha dichiarato costituzionalmente legittima - e quindi compatibile con il diritto europeo - una normativa che non prevede alcuna misura sanzionatoria - perlomeno per i docenti - arrivando al contrario a definire la previsione di forme di selezione blanda e di graduatorie ad esaurimento, «una scelta più lungimirante» rispetto alla tutela risarcitoria, contraddicendo quindi apertamente la Corte lussemburghese. Come è stato osservato²³, l’unica soluzione per non incorrere nel paradosso di una sentenza che dichiara di eseguire il giudicato europeo e al contempo ne distorce completamente il significato è quella di non considerare quei paragrafi in cui si vaglia la compatibilità con le norme europee della c.d. legge sulla buona scuola, considerando vincolante solamente il dispositivo di accoglimento.

3. Il caso Melloni e il rinvio del *Conseil constitutionnel*

I rinvii pregiudiziali del *Tribunal constitucional* spagnolo e del *Conseil constitutionnel* francese, riguardano invece la medesima tematica e pertanto possono essere trattati congiuntamente.

Il rinvio pregiudiziale del Tribunale Spagnolo nel caso Melloni si segnala, innanzitutto, perché si chiede alla Corte di giustizia se una disposizione di rango costituzionale possa (*rectius* debba) essere interpretata

²² C-22/13, *Mascolo e altri*, par. 118

²³ CALVANO, “Cattivi consigli” sulla “buona scuola”? La Corte esclude il risarcimento del danno per i docenti precari della scuola in violazione della sentenza della Corte di giustizia sul caso *Mascolo*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, 9-10.

restrittivamente alla luce del diritto europeo²⁴. Si deve qui rimarcare come, sebbene tanto la dottrina quanto la giurisprudenza spagnola riconoscano il concetto di “controlimiti”, l’*auto* 86/2011, con il quale il *Tribunal constitucional* ha rimesso la questione alla Corte di giustizia, non fa alcun riferimento, sia pure velato, alla possibilità di una loro attivazione²⁵.

Il giudice spagnolo, infatti, si limita a fare notare ai giudici europei che l’esecuzione del mandato d’arresto e la conseguente estradizione del ricorrente, producono come risultato una *deminutio* della tutela dei diritti di quest’ultimo rispetto a quella garantita dalla Costituzione spagnola.

Inoltre, analogamente a quanto farà la Corte costituzionale italiana con l’ordinanza 24/2017, il *Tribunal constitucional* ha posto tre questioni alla Corte di giustizia in via gradata. Con la prima questione si chiede se la decisione quadro 2002/584/CE impedisca ai giudici spagnoli di rifiutare l’extradizione quando la condanna di cui si chiede l’esecuzione non può essere oggetto di revisione nello Stato richiedente. La Corte non presenta tuttavia particolari argomenti che giustificerebbero una mancata applicazione della normativa europea. Con la seconda domanda, invece, si pone una questione di validità, chiedendo alla Corte di effettuare un *judicial review* della norma europea con gli art. 47, 48 e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea.

Da ultimo, si domanda se la norma in questione sia compatibile con l’art. 24 della Costituzione spagnola, che conferisce maggiore ampiezza al diritto di difesa nei procedimenti penali.

Come riconosciuto dall’Avvocato Generale Yves Bot la questione, così come sollevata dal *Tribunal constitucional*, costituisce un ottimo esempio «del modo in cui deve essere esaminata la coesistenza dei differenti strumenti a tutela dei diritti fondamentali»²⁶.

L’Avvocato generale ammette in primo luogo come la decisione quadro 584/2002 consentisse di rifiutare la richiesta qualora la condanna fosse stata emessa *in absentia* o se l’imputato non fosse stato avvisato personalmente

²⁴ Per ampie considerazioni sul primo rinvio pregiudiziale del Tribunale costituzionale spagnolo si rimanda a: CASTAÑO *La cuestión prejudicial europea y el Tribunal Constitucional : el asunto Melloni*, Barcelona, 2014, 123 ss.

²⁵ Sul punto si veda: FAGGIANI, *La sentenza del TC sul caso Melloni: esempio del dialogo giudiziario europeo o di un monologo?*, su *Forum dei quaderni costituzionali*, 2015, 1-2; (<http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/03/faggiani.pdf>, ultima visita 15 lug. 2017).

²⁶ Cfr. C-399/11, *Stefano Melloni contro Ministerio Fiscal*, Conclusioni dell’Avvocato generale Bot del 2 ottobre 2012, par. 2

dell'udienza che ha portato alla decisione; tuttavia la disposizione è stata abrogata dalla decisione quadro 2009/299.

Poi, dopo avere risposto alle questioni sulla ricevibilità della domanda pregiudiziale, passa ad affrontare le tre questioni proposte dal Tribunale spagnolo.

La risposta negativa alla prima domanda si fonda sulla circostanza che, alla luce del mutato quadro normativo europeo, il giudice nazionale è privo di ogni discrezionalità nell'esecuzione di un mandato d'arresto europeo, dovendosi limitare a valutare se l'interessato è stato correttamente informato della pendenza di un processo a suo carico.

Per rispondere alla seconda questione, si fa invece riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU in tema di processo *in absentia*²⁷. La risposta data dall'Avvocato è nel senso che l'accordo quadro non solo è in linea con il diritto convenzionale, ma anzi consente di darne piena attuazione in quanto «l'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro permette quindi di rafforzare i diritti processuali delle persone che sono sottoposte a un procedimento penale, allineando il diritto dell'Unione allo standard di protezione definito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sua giurisprudenza, facilitando allo stesso tempo la cooperazione giudiziaria in materia penale»²⁸.

Assai controverso è invece il paragrafo 84 delle Conclusioni in cui l'Avvocato afferma che «la circostanza che la decisione quadro 2009/299 sia frutto dell'iniziativa di sette Stati membri e che sia stata adottata dalla totalità dei membri dell'Unione, permette infatti di presumere, con un sufficiente grado di certezza, che la grande maggioranza degli Stati membri non condivide l'opinione sostenuta dal *Tribunal constitucional* nella sua giurisprudenza». Una simile affermazione, oltre a porre inopportuna a confronto la volontà politica degli Stati di concludere un accordo - peraltro non limitato al profilo in questione - con l'interpretazione giuridica di una disposizione da parte di un tribunale, non pone il *focus* dove dovrebbe essere, ossia sul fatto che la Costituzione spagnola, così come interpretata

²⁷ Il riferimento è in particolare alla sentenza *Sejdovic c. Italia* del 1 marzo 2006, nel quale la Corte Edu ha affermato la violazione dell'art. 6 CEDU in quanto lo stato italiano non riconosceva la possibilità automatica, per un soggetto mai personalmente notificato della pendenza di un processo penale a suo carico, di impugnare la sentenza una volta venutone a conoscenza. Per un commento al caso si rimanda a: TAMIETTI, *Processo contumaciale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: la Corte di Strasburgo sollecita l'Italia ad adottare riforme legislative*, in *Cassazione Penale*, 2005, 989 ss.

²⁸ *Conclusioni dell'Avvocato Bot del 2 ottobre 2012*, par. 81.

dal *Tribunal constitucional*, offre una tutela del diritto di difesa più ampia rispetto a quella garantita dalle norme europee.

Anche nel dare parere negativo circa l'accoglimento della terza questione, l'Avvocato pur dimostrando di aver attentamente letto il provvedimento, non si sofferma sul fatto che l'applicazione del principio di primazia del diritto dell'Unione, nel caso di specie, risulti lesivo di un diritto fondamentale sancito dalla Costituzione di uno stato membro.

Più convincente, perlomeno ad avviso di chi scrive, la motivazione fornita dalla Corte. Secondo quest'ultima, con la decisione quadro si è voluto rimediare alle «difficoltà del riconoscimento reciproco delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al suo processo, che derivano dall'esistenza, negli Stati membri, di differenze nella tutela dei diritti fondamentali»²⁹ e che dunque la finalità della suddetta decisione altro non sia che l'armonizzazione delle discipline nazionali e l'uniformità nell'applicazione del diritto dell'Unione. Nondimeno, al passaggio successivo la Corte per ancorare la propria pronuncia a precedenti giurisprudenziali appoggia il proprio *dictum* sul principio della primazia del diritto comunitario anche su norme di rango costituzionale³⁰. Pertanto si afferma che qualora il diritto dell'Unione sia compatibile con le disposizioni della Carta dei diritti, le norme costituzionali degli Stati membri, anche se offrono una tutela maggiore, non possono trovare applicazione. Tuttavia, la Corte omette di fornire un'interpretazione alternativa rispetto a quella data dal *Tribunal constitucional* dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali. La sentenza della Corte si presenta quindi come una sorta di Giano bifronte: da un lato, adotta un approccio estremamente casistico alla vicenda - omettendo di fornire un'interpretazione valida *erga omnes* dell'art. 53 - e, dall'altro, afferma in maniera assoluta e incondizionata il principio di primazia del diritto europeo. Forse se la Corte avesse fatto proprie le ragioni espresse nel *voto particular* del Giudice Perez Tremps nell'auto 86/2011, l'esito sarebbe stato più accettabile per il giudice spagnolo. Nella sua opinione è infatti dato leggere: «uno Stato dell'Unione europea non può, in linea di principio, imporre agli altri Stati il suo parametro nazionale di protezione dei diritti fondamentali, dovendosi muovere nelle sue relazioni all'interno del parametro comune sostanziale e processuale». Certamente anche questa non può essere considerata una statuizione di natura giuridica

²⁹ (Melloni, C-399/11, 62)

³⁰ Sono richiamate le pronunce C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* e C-409/06, *Winner Wetten GmbH contro Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*.

tout court, ma appare evidente come argomentazioni insistenti sulla necessità di armonizzazione delle garanzie processuali negli Stati membri dell'Unione, tenendo come standard minimo il livello di tutela garantito dalla Carta dei diritti, siano ben più convincenti rispetto ad argomentazioni incentrate su una mera riaffermazione del primato incondizionato del diritto europeo.

Ad ogni modo, lo si ribadisce, sorprende che la Corte ometta di dare un'interpretazione chiara ed univoca di una disposizione controversa come l'art. 53 della Carta, non assolvendo così a quella che sarebbe la finalità propria dello strumento previsto all'art. 267 TFUE: l'interpretazione del diritto dell'Unione.

Con la sentenza 26/2014 il *Tribunal constitucional* ha dato esecuzione alla sentenza Melloni correggendo la propria giurisprudenza in tema di violazione indiretta.

Tuttavia un lettore che si avvicini alla sentenza senza già conoscerne l'esito, difficilmente avrebbe potuto pronosticarlo con successo. Innanzitutto a testimonianza di quanto il *Tribunal constitucional* abbia mal "digerito" un'affermazione così radicale della primazia del diritto europeo, la pronuncia si apre ricordando la propria *Declaracion* 1/2004 nella quale si afferma che la primazia del diritto europeo ha come presupposto «el respeto de las estructuras constitucionales básicas nacionales entre las que se encuentran los derechos fundamentales» e che dunque, nel «caso difícilmente concebible» che il diritto europeo contrasti con la Costituzione spagnola, il Tribunale potrà giudicare della costituzionalità delle norme europee «a través de los procedimientos constitucionales pertinentes»³¹.

Contrariamente a quanto questa dichiarazione di apertura così dura farebbe presagire, il Tribunale accetta l'interpretazione della Corte di Lussemburgo rigettando il *recurso de amparo* di Melloni.

Nondimeno, la pronuncia da un punto di vista del dialogo tra le due Corti si mostra quanto mai insoddisfacente. Il Tribunale, infatti, disapplica la propria giurisprudenza sulle "violazioni indirette" solamente in quanto le garanzie approntate dall'art. 24.2 Cost., nel caso di specie sono proiettate *ad extra*, ossia in Italia e quindi al di fuori dell'ordinamento nazionale. I Giudici spagnoli lasciano quindi intendere che qualora una simile compressione di una garanzia fondamentale dovesse avere luogo *ad intra*, i controlimiti potrebbero essere azionati. Ma vi è di più. A leggere la motivazione, il Tribunale pare fondare la propria statuizione non sulla base del *dictum* del

³¹ Sentencia TC 26/2014, (BOE n. 60, 11/03/2014), par. 3.

Giudice di Lussemburgo, quanto sul contenuto attribuito al diritto di difesa dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali, operando quindi una impropria e per questo voluta, equiparazione dei due strumenti. A ben vedere, infatti il ricorso poteva - e doveva - essere rigettato solamente avendo riguardo all'interpretazione data dalla Corte di giustizia all'art. 4-bis della decisione quadro; il fatto che il giudice spagnolo abbia voluto dire di più, sembra quindi determinato non tanto da esigenze processuali quanto piuttosto dalla necessità di rivendicare una propria autonomia rispetto alle statuizioni del giudice dell'Unione europea. Peraltro questa tecnica è la stessa che è stata adoperata, come abbiamo visto, dalla Corte costituzionale italiana con la sent. 187/2016, anche in questo caso - integrando il parametro del giudizio di costituzionalità con la nuova norma, la c.d. legge sulla buona scuola ed effettuando uno scrutinio di costituzionalità su una norma non impugnata nel giudizio principale - si dichiara che la questione *non si esaurisce in quella oggetto del rinvio pregiudiziale*, quando invece è proprio così.

Peraltro le due vicende - *Mascolo* e *Melloni* - sono accomunate anche dal fatto che le Corti nazionali hanno manifestato alla Corte lussemburghese una chiara preferenza per un determinato esito della controversia, ma che hanno entrambe viste disconosciute le proprie ragioni.

Un primo dato che quindi possiamo ricavare è che le Corti costituzionali mal tollerano una concezione del rinvio pregiudiziale in chiave di rapporto di subordinazione, ma questa non può risultare una sorpresa.

A meno di due mesi di distanza dalla sentenza *Melloni*, il 4 aprile 2013, anche il *Conseil constitutionnel* sottometteva la sua prima questione pregiudiziale alla Corte di giustizia³².

La questione posta alla Corte di giustizia era, essenzialmente, se dalla normativa europea discendesse l'impossibilità di proporre ricorso avverso le

³² Décision n° 2013-314P, QPC du 4 avril 2013. Per un commento a questa decisione si veda, nella dottrina italiana: CATALANO, *Il primo rinvio pregiudiziale del Conseil constitutionnel alla Corte di giustizia dell'Unione europea: contesto e ragioni di una decisione non rivoluzionaria*, in *Osservatorio AIC*, 2013; consultabile al link www.osservatorioaic.it/download/N0DVJFYaVSo4_3tEBS.../nota-catalano-bis.pdf (ultima visita 15 lug. 2017). Nella dottrina francese invece: MILLET, *How much lenience for how much cooperation? On the first preliminary reference of the French Constitutional Council to the Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, vol. 51, n. 1/2014, 195 ss.; BONNET, *Le paradoxe apparent d'une question prioritaire de constitutionnalité instrument de l'avènement des rapports de systèmes... Le Conseil constitutionnel et le mandat d'arrêt européen : à propos de la décision n°2013-314P QPC du 4 avril 2013, de l'arrêt préjudiciel C-168/13 PPU de la CJUE du 30 mai 2013 et de la décision n° 2013-314 QPC du 14 juin 2013*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n. 5, 2013, 1229 ss.

decisioni in tema di mandato d'arresto europeo, in quanto quest'ultime devono essere adottate entro 30 giorni.

Già la *Cour de cassation* aveva manifestato dubbi sul fatto che l'inoppugnabilità delle decisioni del giudice dell'istruzione trovasse copertura nell'art. 88-2 della Costituzione il quale stabilisce che «[l]a loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris par les institutions de l'Union européenne» e il *Conseil constitutionnel*, per una volta in linea con i giudici di legittimità³³, decide di rinviare la questione alla Corte di giustizia perché chiarisca il significato degli artt. 27 par. 4 e 29 par. 3 della decisione quadro 2002/584 e in particolare se dette norme impediscano la previsione nell'ordinamento nazionale di «un recours suspendant l'exécution de la décision de l'autorité judiciaire qui statue, dans un délai de trente jours à compter de la réception de la demande»³⁴.

Vale la pena sottolineare come, stante la formulazione dell'art. 23 della legge organica di attuazione dell'art. 61-1 - che ha introdotto la questione prioritaria di costituzionalità - il *Conseil constitutionnel* si debba pronunciare entro 3 mesi dal ricevimento del ricorso, pertanto lo stesso chiedeva alla Corte di giustizia di attivare il procedimento di urgenza ai sensi dell'art. 23-bis dello Statuto della Corte di giustizia³⁵.

La Corte di giustizia accoglieva la richiesta e pertanto emetteva la sua sentenza senza che venissero rassegnate le conclusioni da parte dell'Avvocato generale.

L'arresto della Corte riconosce innanzitutto che «la decisione quadro non disciplina esplicitamente»³⁶ la possibilità di un ricorso sospensivo contro le decisioni per accordare l'assenso all'azione penale, alla condanna o alla detenzione nei confronti di una persona ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà per un reato commesso prima della sua consegna diverso da quello per cui è stata consegnata a seguito di un mandato d'arresto europeo.

³³ Solo due anni prima nell'affaire *Melki*, la Cour de Cassation aveva dato vita ad una *guerre des juges*, contestando di fronte alla Corte lussemburghese la compatibilità con l'art. 267 TFUE del meccanismo della *question prioritaire de constitutionnalité*. Per un approfondimento su questa complessa vicenda si rinvia a: GALETTA, *Autonomia procedurale e dialogo costruttivo fra giudici alla luce della sentenza Melki*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, 228 ss.

³⁴ Décision n° 2013-314P, Article 1er.

³⁵ Vi sono dunque fondate ragioni di ritenere che per tutti gli ulteriori eventuali rinvii pregiudiziali da parte del *Conseil constitutionnel* verrà chiesta l'attivazione della procedura d'urgenza.

³⁶ Cfr. C-168/13 PPU, *Jeremy F. contre Premier ministre*, par. 38.

Subito dopo, però, si precisa che le norme europee non sono ostative rispetto alla previsione di detto ricorso sebbene la discrezionalità degli Stati membri nel regolarlo non sia assoluta. In particolare, qualora sia prevista la possibilità di impugnazione, la decisione definitiva dovrà comunque intervenire nei termini di cui all'art. 17 dell'Accordo quadro. Nella sua successiva decisione il *Conseil constitutionnel* dichiara quindi l'incostituzionalità dell'art. 695-46 del Codice procedura penale limitatamente alle parole «sans recours».

Questa vicenda processuale, continuando a rintracciare delle analogie, si presta ad un'assimilazione con la vicenda *Presidente del Consiglio dei Ministri contro Regione Sardegna*, poiché tra quelle qui analizzate, sono le sole nelle quali le Corti nazionali hanno seguito fedelmente l'interpretazione della Corte di giustizia senza manifestare segnali di insofferenza. Del resto, è sufficiente leggere gli atti di promovimento per rendersi conto che la loro sostanziale "neutralità" era un segnale di apertura a qualunque risposta sarebbe arrivata da Lussemburgo.

4. Il rinvio del BVG sull'OMT

Sebbene fosse il primo rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale tedesca, le reazioni della dottrina dopo averne letto il testo sono state tutt'altro che entusiastiche³⁷. In primo luogo si deve osservare che il BVG, analogamente a quanto fatto dalla Corte spagnola con la seconda questione dell'*auto* 86/2011, pone non già una questione interpretativa, bensì una questione di validità. Nella questione, sostanzialmente, si chiede alla Corte di Lussemburgo di valutare la compatibilità del programma OMT - che in estrema sintesi consente alla BCE di effettuare acquisti di obbligazioni in quantità pressoché illimitate nel mercato secondario - con le norme dei trattati.

Ciò che il secondo Senato del BVG chiede alla Corte di giustizia è in sostanza di dichiarare gli atti della BCE *ultra vires*. In altre parole si chiede al giudice europeo di applicare una dottrina di elaborazione tedesca secondo la quale gli atti dell'Unione Europea che eccedono gli scopi del *Zustimmungsgesetz* - l'atto con il quale il Bundestag ha acconsentito alle limitazioni di sovranità imposte dalla partecipazione all'Unione europea - sarebbero privi di efficacia vincolante nell'ordinamento tedesco. Ma è

³⁷ Su tutti si veda: MAYER, *Rebels Without a Cause? A Critical Analysis of the German Constitutional Court's OMT Reference*, in *German Law Journal*, vol. 15, n. 2/2014, 111 ss.

evidente come ciò si traduca, in ultima istanza, in una competenza da parte del Tribunale costituzionale tedesco di sindacare la validità del diritto europeo.

È dunque in questo quadro che si deve leggere il secondo titolo della sentenza nella quale la Corte fornisce la propria interpretazione del diritto europeo. Ciò che colpisce di queste righe è proprio il fatto che il BvG non sembra dubitare circa la corretta interpretazione da dare al diritto europeo, espressioni come «according to these principles, is likely that the Omt decision [...] is not covered by the mandate of the ECB» e «In the view of the BvG the OMT decision exceeds the of general economic policies in the European Union»³⁸ sono affermazioni talmente suggestive che viene da chiedersi perché il BvG abbia posto la questione se conosceva già la risposta³⁹. Peraltro il BvG non si limita ad esprimere con forza eccessiva la propria preferenza per una determinata risposta, ma elabora anche delle condizioni che potrebbero rendere compatibile con il diritto europeo il meccanismo e segnatamente: 1) l'eliminazione di una possibilità del taglio del debito pubblico 2) la previsione di un limite *ex ante* alla quantità di titoli acquistabili 3) l'impossibilità di acquistare titoli quando ciò potrebbe comportare un'alterazione nella normale formazione del prezzo di mercato. Di fatto, come è stato fatto notare, il rispetto di queste condizioni avrebbe completamente mutato la fisionomia dello strumento, rendendolo inutile rispetto allo scopo che l'OMT avrebbe dovuto perseguire.

Nelle sue conclusioni, l'Avvocato generale Villalón tiene una linea "morbida" riconoscendo come valide, almeno parzialmente, le motivazioni del BvG. In particolare in risposta alla prima questione, segnatamente il fatto che l'OMT sarebbe un atto di politica economica in quanto tale esorbitante dalle competenze della BCE⁴⁰, l'Avvocato ritiene che perché l'OMT sia configurabile come uno strumento di politica monetaria è necessario che la BCE si astenga dal prendere parte ai programmi di assistenza finanziaria del MES o del FESF (rispettivamente Meccanismo europeo di stabilità e Fondo europeo di stabilità finanziaria).

³⁸ BVerfG, 2 BvR 2728/1, par. 69. La traduzione inglese è quella fornita dal sito ufficiale del Bundesverfassungsgericht ed è reperibile all'url: http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2014/01/rs20140114_2bvr272813en.html (ultima visita 15 lug. 2017).

³⁹ MAYER, *Rebels Without a Cause?*, cit., 114.

⁴⁰ Sulla definizione di politica monetaria in ambito europeo, conviene rinviare ai relativi paragrafi della sentenza della Corte di giustizia: C-62/14, *Gauweiler e altri contro Deutscher Bundestag*, parr. 46-65.

Per quanto riguarda la seconda questione, ossia se l'eventuale attuazione dell'OMT determini una violazione del divieto di cui all'articolo 123, paragrafo 1, TFUE, in forza del quale è vietato l'acquisto diretto di titoli di debito presso gli Stati membri da parte della BCE, l'Avvocato ritiene, giustificando in questo modo le preoccupazioni del giudice tedesco, che la BCE si dovrebbe astenere dall'acquistare titoli prima che sia formato un prezzo di mercato dei titoli di Stato.

Decisamente più netta è la risposta della Corte di giustizia. La sola concessione che viene fatta ai giudici di Karlsruhe è quella di affermare che l'azionamento dell'OMT non potrà risultare in una misura di assistenza finanziaria ad uno Stato membro, pertanto il SEBC (Sistema Europeo Banche Centrali) non potrà procedere ad acquisti dalle «autorità e gli organismi pubblici degli Stati membri» né potrà dare «un annuncio anticipato circa la propria decisione di procedere a simili riacquisti o il volume degli acquisti previsto»⁴¹.

La risposta del BVG ha rappresentato una parziale sorpresa per i commentatori dell'ordinanza di rinvio⁴². In quanto, pur senza farle mancare critiche - in particolare sulla possibilità che l'OMT si possa concretamente configurare come strumento di politica economica - la sentenza appare rispettosa le statuizioni della Corte di giustizia dichiarando inammissibili i ricorsi⁴³.

5. Considerazioni conclusive

Un'analisi complessiva di queste vicende processuali consente di evidenziare quelli che appaiono essere i principali ostacoli alla cooperazione tra le Corti costituzionali e la Corte di giustizia: da un lato il principio del primato incondizionato del diritto europeo, dall'altro il fatto che le Corti

⁴¹ C-62/14, *Gauweiler e altri contro Deutscher Bundestag*, par. 104-106

⁴² KUMM, *Rebel Without a Good Cause: Karlsruhe's Misguided Attempt to Draw the CJEU into a Game of "Chicken" and What the CJEU Might do About It*, in *German Law Journal*, vol. 15, n. 2/2014, 203.

⁴³ Per un breve commento alla sentenza si veda: DE PETRIS, *Un compromesso responsabile: la risposta del Tribunale Costituzionale Federale tedesco alla sentenza della Corte di Giustizia sul rinvio pregiudiziale di Karlsruhe*, in *Federalismi*, n.13/2016; consultabile all'url: <http://federalismi.it/AppIOpenFilePDF.cfm?artid=32124&dpath=document&dfile=29062016153207.pdf&content=La+risposta+del+Tribunale+Costituzionale+tedesco+alla+sentenza+CGUE+sul+rinvio+pregiudiziale++stato++dottrina++> (ultima visita 15 lug. 2017).

costituzionali nei rapporti con la Corte di giustizia spesso assumono una posizione sovranista rispetto alle prerogative statali.

A tale riguardo devono essere nondimeno fatte alcune precisazioni.

Quando la *primauté* del diritto dell'Unione viene messa in discussione dai giudici costituzionali perché potenzialmente lesiva degli interessi finanziari dello stato, essa non trova un reale contrappeso nelle Costituzioni statali - a meno di non volere ricorrere ad ingegnosi artifici come quello del BVG - e dunque la resistenza al diritto europeo appare piuttosto determinata da anacronistiche ragioni di difesa della sovranità statale. Questo è appunto il caso del rinvio pregiudiziale nel caso *Mascolo*, dove peraltro la Corte omette persino di indicare ragioni di tono costituzionale che osterebbero ad una applicazione del diritto europeo, ma soprattutto del rinvio pregiudiziale del BVG.

Al contrario quando si afferma in maniera incondizionata la supremazia del diritto europeo sulle Costituzioni nazionali, anche quando queste prevedono una più ampia tutela dei diritti in questione, la ribellione delle Corti nazionali potrebbe essere ricondotta al concetto di disobbedienza funzionale⁴⁴ e quindi tesa ad un ripensamento giurisprudenziale da parte dei giudici lussemburghesi. Tuttavia, anche questa seconda ipotesi, alla quale sembrano potersi ricondurre l'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale italiana e l'*auto* 86/2011 del *Tribunal constitucional* spagnolo non sono esenti da censure. Appare tutto sommato poco convincente la posizione del *Tribunal constitucional*, al quale nemmeno gli stessi giudici spagnoli sembrano credere, che l'estradizione di Mascolo avrebbe comportato una lesione del suo inviolabile diritto di difesa. Ma se dunque tale diritto fondamentale era stato garantito nelle sue linee fondamentali, a che scopo ricordare la possibilità dell'azionamento di controlimiti?

Più complesso è il caso Taricco. Con l'ordinanza 24/2017 il Giudice delle leggi ha per la prima volta paventato l'attivazione dei controlimiti con riguardo a una norma del diritto europeo, nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia⁴⁵. La vicenda per la sua notorietà, può essere ripercorsa

⁴⁴ MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e disobbedienza funzionale. Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3/2015, 303 e ss.

⁴⁵ Tra i numerosissimi commenti al provvedimento si segnalano qui: TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, cit.; REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, su *Diritti Comparati*, 2017, <http://www.diritticomparati.it/una-raagionevole-apologia-della-supremacy-in-margine-allordinanza-della-corte-costituzionale-sul-caso/> (ultima visita 15 lug. 2017); MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"* (note

solamente nei tratti essenziali. Nel 2013 il GIP presso il Tribunale di Cuneo sollevava questione pregiudiziale alla CGUE chiedendo in sostanza se la mancata sospensione della prescrizione in corso di processo, e il prolungamento massimo di un quarto del termine prescrizione a seguito di atto interruttivo, costituisca una violazione del diritto europeo qualora ciò pregiudichi gli interessi finanziari dell'Unione. Dalla lettura dell'ordinanza del giudice piemontese emergeva chiaramente come quest'ultimo chiedesse alla Corte di dichiarare l'incompatibilità della norma con il diritto europeo⁴⁶.

La prospettiva assunta dalla Corte costituzionale è invece diametralmente opposta.

Il disaccordo, come a tutti noto, deriva dalla diversa qualificazione data dell'istituto della prescrizione dal giudice di Lussemburgo e da quello italiano: per il primo è istituto di diritto processuale per il secondo, al contrario, è istituto di diritto penale sostanziale, di talché un sua modifica retroattiva, con conseguenze sfavorevoli per l'imputato si tradurrebbe in una violazione del principio di legalità. Di questa ordinanza si è ampiamente discusso nelle sedi più diverse⁴⁷, ci limitiamo dunque a individuare i profili più strettamente correlati al nostro scopo.

In primo luogo un'annotazione formale: in linea con le raccomandazioni della Corte di giustizia⁴⁸ e contrariamente alla propria prassi, la Corte ha numerato i paragrafi della propria ordinanza.

Sul piano sostanziale, si deve invece fare notare come, differentemente dalle sue precedenti ordinanze di rinvio, i giudici costituzionali sembrano suggerire una risposta alla Corte di Lussemburgo, prendendo nettamente posizione addirittura arrivando a fornire l'interpretazione da dare alla sentenza *Taricco*: «Il convincimento di questa Corte, del quale si chiede conferma alla Corte di giustizia, è che con tali asserzioni si sia inteso affermare che la regola tratta dall'art. 325 TFUE è applicabile solo se è compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro, e che spetta all'autorità di questo Stato farsi carico di questa valutazione»⁴⁹.

minime all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del, su Diritto penale contemporaneo, 2017, http://www.penalecontemporaneo.it/upload/MANES_2017a.pdf (ultima visita 15 lug. 2017).

⁴⁶ Non sono mancati gli autori che hanno criticato l'eccessiva politicizzazione del provvedimento. Cfr. CALVANO, *Una questione pregiudiziale al quadrato...o forse al cubo: sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 11, n. 1/2017, 303.

⁴⁷ Si vedano, a titolo meramente esemplificativo, i lavori di:

⁴⁸ 2016/C439/01, *Recommendations to national courts and tribunals, in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings*, 8.

⁴⁹ Corte cost. ord. 24/2017, *Considerato in diritto*, par. 7.

Da ultimo, una precisazione sulle domande contenute nel dispositivo. Con riferimento alle precedenti due ordinanze, esse appaiono assai più dettagliate e disposte secondo una *climax* ascendente in modo che una risposta negativa alla prima domanda impone comunque di rispondere alla seconda e così anche per la terza⁵⁰. La Corte costituzionale vuole infatti evitare quanto accaduto in *Mascolo*, con la Corte lussemburghese che ha in parte non risposto alla sua seconda domanda e ha dichiarato assorbite le altre poste dal Tribunale di Napoli.

In ultima analisi, sebbene la Corte italiana abbia lanciato negli ultimi anni segnali di apertura alla Corte di Giustizia, larga parte delle possibilità una futura cooperazione sembrano dipendere dall'esito del rinvio pregiudiziale sul caso *Taricco*. A prima vista, l'instaurazione di un dialogo sembrerebbe pregiudicata dal fatto che la Corte abbia preventivamente qualificato il principio dell'irretroattività delle norme in materia di non procedibilità per decorso del tempo come un principio supremo precludendosi quindi qualsiasi dialogo con la Corte di giustizia.

Peraltro, stante la recente approvazione della riforma del processo penale⁵¹, che ha riformato la disciplina della prescrizione, sospendendone il decorso in appello e in Cassazione, la Corte di Lussemburgo avrebbe avuto la possibilità di assecondare parzialmente le ragioni della Corte italiana, senza per questo vedere pregiudicata la primazia del diritto UE né i sottostanti interessi finanziari dell'Unione.

In attesa della sentenza della Corte di giustizia, è possibile solamente illustrare quali risposte i giudici di Lussemburgo potrebbero dare alla Corte italiana.

Ad avviso di chi scrive, ciò che la Corte di giustizia non farà è dichiarare inammissibile la questione opponendo alla Corte italiana la teoria dell'*acte clair*. Anche nella sentenza *Gauweiler*, infatti, nonostante ci fossero buone ragioni per farlo, e 8 governi europei, il Parlamento e la Commissione insistessero in questo senso, la Corte non ha dichiarato irricevibile la questione proposta dal giudice costituzionale tedesco. Non avendo mostrato timore di confrontarsi con il più autorevole giudice dell'Unione difficilmente esiterà a rispondere alla Corte italiana⁵².

⁵⁰ Si veda *supra*, par. 2.

⁵¹ L. 23 giugno 2017, n. 103. Tra le numerose modifiche apportate al Codice penale, la novella ha anche introdotto una sospensione massima del decorso della prescrizione di un anno e 6 mesi in secondo grado e in Cassazione.

⁵² Del resto nelle Conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 18 luglio 2017 (C-42/17), il problema della ricevibilità delle questioni non viene nemmeno preso in considerazione.

Ciò che la Corte non dovrà fare è invece ribadire pedissequamente quanto affermato in *Taricco* o ancora peggio chiedere l'applicazione dell'art. 325 TFUE sulla base del principio del primato del diritto europeo, il che indurrebbe senz'altro la Corte italiana ad azionare i controlimiti.

Ciò che invece sarebbe auspicabile facesse è precisare quanto statuito in *Taricco*, in particolare sui profili di criticità pure esistenti evidenziati dalla Corte italiana in merito all'insufficiente indeterminatezza del precetto rivolto ai giudici penali italiani.

Le conclusioni dell'Avvocato generale Bot sembrano andare proprio in questa direzione, giacché affermano al contempo la primazia del diritto europeo, pur restringendo notevolmente l'effettiva portata precettiva di *Taricco*, confinandola ai soli reati aventi un collegamento con il territorio di due o più Stati membri e che comportano un danno di importo totale superiore alla soglia di 10 milioni di Euro⁵³.

In conclusione, se la Corte di giustizia non vuole abdicare al suo ruolo di giudice dei diritti, dovrà mostrarsi più sensibile alle argomentazioni avanzate dalle Corti costituzionali che insieme a lei sono attrici protagoniste nel sistema europeo di tutela multilivello dei diritti fondamentali. In particolare, la Corte dovrà astenersi dall'utilizzare come strategia argomentativa il ricorso al principio del primato incondizionato del diritto europeo. Questo principio, sebbene troppo spesso venga messo in discussione, costituisce il presupposto logico e giuridico dell'art. 267 TFUE e non può quindi essere chiamato a sopperire ad eventuali carenze dell'impianto motivazionale.

Dal canto loro, le Corti costituzionali dovranno abbandonare un atteggiamento di eccessiva gelosia delle proprie prerogative che Joseph Weiler ha efficacemente definito come *judicial ego*.

In ultima analisi, perché ciò avvenga è necessario che tanto la Corte di Lussemburgo quanto le corti costituzionali abbandonino una concezione del rinvio pregiudiziale come strumento di difesa della supremazia del diritto europeo e ne riconoscano invece l'imprescindibilità in uno spazio costituzionale pluralistico come quello dell'Unione Europea.

⁵³ Cfr., C-42/17, *Conclusioni dell'Avvocato generale Bot*, 18 lug. 2017, par. 117.