

ENZO CANNIZZARO

SISTEMI CONCORRENTI
DI TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI
E CONTROLIMITI COSTITUZIONALI

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Pluralità di sistemi di tutela dei diritti fondamentali e criteri di soluzione dei conflitti: Il criterio della protezione più estesa. – 3. Concorso fra sistemi di tutela e criterio di esclusività. – 4. Soluzione dei conflitti fra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e teoria dei controlimiti. – 5. Verso una moderna teoria dei controlimiti. – 6. La perfidia del diritto.

1. *Considerazioni introduttive*

Ben difficilmente la sentenza *Taricco*¹ sarà collocata dagli storici dell'integrazione europea nel ristretto numero dei *grands arrêts* della Corte di giustizia. Il filo argomentativo seguito dalla Corte appare incerto e lacunoso. Taluni dei passaggi logici che conducono al dispositivo appaiono evasivi, frettolosi e trattati in maniera discutibilmente adeguata. Eppure la sentenza, in virtù dell'impatto che essa produce nell'ordinamento italiano, ha suscitato un incessante dibattito, nel corso del quale sono state invocate grandiose nozioni giuridiche quali la sovranità, i principi fondamentali dell'ordinamento, l'identità costituzionale.

Come è ormai noto, la sentenza *Taricco* ha accertato la potenziale incompatibilità della normativa italiana sulla prescrizione con il principio della effettività e della dissuasività delle sanzioni che gli Stati hanno l'obbligo di applicare al fine di combattere la frode e le altre attività illegali che ledano gli interessi finanziari dell'Unione. Di conseguenza, qualora il giudice ritenga che l'applicazione di tale normativa pregiudichi l'effettività delle sanzioni «in un numero considerevole di casi», egli dovrà disapplicarla.

Al fine di raggiungere tale conclusione, la Corte ha superato, con una certa disinvoltura, una serie di ostacoli.

¹ Sentenza 8 settembre 2015, causa C-105/14.

Il primo riguarda la rilevanza della questione nel giudizio nazionale. Ancorché la Corte abbia indicato, apoditticamente, che la soluzione della questione interpretativa posta dal giudice delle indagini preliminari rilevasse al fine di adottare la sua decisione, emerge dalla medesima sentenza come tale soluzione non potesse in alcun modo pregiudicare la decisione in tale procedimento. Un rischio di prescrizione si sarebbe semmai potuto materializzare in relazione al procedimento di merito. Tale procedimento, in tutta evidenza, si sarebbe svolto, però, di fronte ad un diverso giudice al quale sarebbe, quindi, spettata la valutazione della rilevanza.

Ad accentuare ulteriormente il senso di smarrimento causato dalla lettura della sentenza, conviene rilevare come il dovere di disapplicazione del giudice nazionale sia stato fondato dalla Corte su una premessa difficilmente compatibile con i postulati teorici della dottrina degli effetti diretti. Il predicato della disapplicazione è infatti conseguito all'accertamento di un conflitto fra l'art. 325, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione, in combinazione con l'art. 2, par. 1, della Convenzione PIF. Eppure, ben difficilmente si potrebbe trarre da queste disposizioni, vaghe nella formulazione e incerte financo nel risultato da raggiungere, una norma avente effetti diretti, tale cioè, da sostituire la norma nazionale nel governo della fattispecie².

Tali debolezze argomentative possono forse trovare una spiegazione valorizzando taluni passaggi delle conclusioni dell'Avvocato generale, che insistono sulla necessità di porre riparo, attraverso l'accertamento dei giudici nazionali, ad una deficienza «strutturale» dell'ordinamento italiano: l'incapacità, dovuta alla normativa sulla prescrizione, di assicurare l'effettività dell'accertamento processuale delle frodi ai tributi europei. Nel perseguire tale obiettivo, tuttavia, la Corte ha dovuto piegare ad esso la logica del rinvio pregiudiziale nonché forzare i limiti della sua disciplina normativa. È difficile chiedere infatti al giudice nazionale, chiamato

²La Corte non ha peraltro esplorato un argomento che, debitamente svolto, avrebbe potuto forse giustificare l'obbligo di disapplicazione della normativa interna sulla prescrizione. L'effetto diretto, che non potrebbe conseguire alla sola disposizione dell'art. 325, par. 1, TFUE, potrebbe invece conseguire alla combinazione fra l'obbligo formulato dal diritto dell'Unione e la normativa statale che a tale obbligo dia corretta attuazione. In altri termini, la normativa statale, che costituisca una corretta attuazione dell'obbligo di effettività della sanzione, si salderebbe con essa in un unico complesso normativo, esso sì avente effetti diretti, il quale sarebbe violato da una successiva normativa statale che faccia venir meno il carattere dissuasivo delle sanzioni già adottate. Sugli effetti diretti come conseguenza pratica della compiutezza normativa di una regola europea, tale da sostituirsi integralmente nel governo della fattispecie alla disciplina nazionale confliggente, rinvio a quanto scritto in *Il diritto dell'integrazione europea*, Torino, 2015, 122 ss.

a risolvere singole controversie portate innanzi ad esso, di accertare deficienze strutturali del proprio ordinamento³.

Questa scelta di politica giudiziaria, di avvalersi del rinvio pregiudiziale al fine di sanare una deficienza strutturale dell'ordinamento di uno Stato membro, ha comportato una ulteriore incongruenza, pur non infrequente nella giurisprudenza della Corte. L'accertamento in concreto dell'esistenza di tale deficienza strutturale, che sfugge ai poteri istruttori della Corte di giustizia, è stata affidata al giudice nazionale. Il dovere di disapplicare la normativa sulla prescrizione, infatti, consegue all'accertamento della circostanza che l'applicazione di tale normativa impedisca ai giudici nazionali di accertare la frode o altre attività illecite in danno agli interessi finanziari dell'Unione «in un numero considerevole di casi». Questo accertamento costituisce il prolegomeno fattuale necessario per poter valutare l'incidenza della normativa sulla prescrizione sulla effettività della sanzione e, quindi, per far scattare il dovere di disapplicazione del giudice. Non mancano, invero, nella giurisprudenza casi in cui il dovere della disapplicazione è fatto dipendere da un accertamento «macrogiuridico» circa l'impatto della legislazione nazionale sull'effettività del diritto europeo. Peraltro, un tale compito ben difficilmente può essere svolto nell'ambito della definizione casistica tipica dell'accertamento giudiziale. Inoltre, un meccanismo che faccia dipendere la disapplicazione della normativa interna sulla prescrizione da un accertamento fattuale, compiuto da ciascun giudice nazionale, relativo all'impatto che tale normativa produce sull'effettività del diritto dell'Unione, comporta una distribuzione casuale di effetti, difficilmente accettabile⁴.

³ Se pure è vero, come sottolinea l'Avvocato generale nelle sue conclusioni, che «al giudice del rinvio non è impedito di rendere oggetto di un rinvio pregiudiziale alla Corte le carenze sistemiche ..., a partire da una controversia concretamente pendente dinanzi al medesimo», è altrettanto vero che la Corte può rendere la propria sentenza solo allorché tutte le condizioni per la ricevibilità di un rinvio pregiudiziale, inclusa la rilevanza della questione per il singolo procedimento, siano soddisfatte.

⁴ L'applicazione del diritto dell'Unione europea ha sovente posto il giudice nazionale di fronte a compiti di accertamento statistico, rispetto ai quali esso appare palesemente inadeguato. Esempi celebri si possono rinvenire soprattutto nella giurisprudenza sulla disciplina della concorrenza e degli aiuti di Stato. V., *ex multis*, la sentenza *Job Center*, 11 dicembre 1997, causa C-55/96, che ha affidato al giudice nazionale il compito di vedere se il regime di monopolio dello Stato nel campo dell'intermediazione nel campo del lavoro salariato fosse adeguato a soddisfare la domanda esistente nel mondo del lavoro. Questa tecnica giurisprudenziale è stata utilizzata peraltro anche in altri settori. Si veda la celebre sentenza *Altmark* (24 luglio 2003, causa C-280/00), nella quale al giudice nazionale è demandato il compito di determinare i costi di una impresa media al fine di adempiere agli oneri di pubblico servizio nel campo del trasporto pubblico.

La parte più controversa della sentenza riguarda tuttavia la determinazione della compatibilità della disciplina sulla prescrizione con il sistema europeo dei diritti fondamentali. Al fine di ricostruire il dovere di disapplicazione da parte del giudice, la Corte si è previamente interrogata sulla compatibilità degli effetti normativi prodotti dalla sentenza, vale a dire la disapplicazione della prescrizione ad opera del giudice nazionale, con i diritti fondamentali individuali, derivanti, in particolare, dal principio di legalità e dal divieto di applicazione retroattiva della normativa sui reati e sulle pene. La Corte di giustizia ha peraltro indicato che, secondo il contenuto che tale principio assume nell'ordinamento europeo, esso non sarebbe violato dall'applicazione retroattiva di una disciplina peggiorativa della prescrizione, in virtù del carattere procedurale di tale disciplina.

Questo passaggio della sentenza *Taricco* – e le conclusioni da esso tratte dalla Corte di giustizia – sono state oggetto di vivaci contestazioni da parte della dottrina e della giurisprudenza di merito italiana, che hanno trovato espressione concreta in una serie di rinvii incidentali alla Corte costituzionale⁵. L'esercizio della giurisdizione penale oltre il termine di prescrizione previsto al momento della commissione del reato risulterebbe incompatibile, secondo queste tesi, con il sistema nazionale di tutela dei diritti fondamentali, il quale avrebbe da tempo riconosciuto, invece, natura sostanziale all'istituto della prescrizione. Di conseguenza, la situazione giuridica creata dalla Corte di giustizia con la sentenza *Taricco* costituirebbe una violazione grave di un principio fondamentale della Costituzione: il principio di legalità in materia penale. La Corte costituzionale dovrebbe quindi, in applicazione della dottrina dei controlli-imiti, dichiarare l'inapplicabilità del diritto europeo, come interpretato dalla sentenza *Taricco*, da parte dei giudici italiani.

All'origine della controversia vi sarebbe, quindi, una diversità di contenuto fra il sistema europeo e il sistema nazionale dei diritti fondamentali. Secondo il primo, il principio di legalità non vieterebbe di applicare in un procedimento penale un termine di prescrizione più lungo di quello vigente al momento della commissione della condotta penalmente rilevante. Pur se la Corte di giustizia non ha esplicitato i motivi alla base di questa conclusione, limitandosi ad attribuire all'istituto della prescrizione natura puramente procedurale, si può ritenere che essa trovi origine nella idea che tale istituto esprima il venir meno dell'interesse sociale alla punibilità di un certo reato, in corrispondenza allo scorrere del tempo, e non produca, quindi, alcun diritto di carattere individuale.

⁵ Si veda, da ultima, l'ordinanza della Corte di cassazione, (sez. III penale), del 30 marzo 2016, n. 2282/2016 (dep. 8 luglio 2016).

Ad una conclusione diversa si perverrebbe, evidentemente, qualora si ritenesse che il principio di legalità assicuri a ciascun individuo il diritto di poter prevedere in anticipo tutte le conseguenze della propria condotta illecita, inclusa quella che si verifica in relazione al venir meno dell'interesse alla sua punizione. Questa sarebbe, secondo i critici della sentenza *Taricco*, la concezione accolta dall'ordinamento costituzionale italiano.

Come si vede, il caso *Taricco* sembra riproporre la questione del concorso fra sistemi diversi di protezione dei diritti fondamentali, e, in particolare, la questione di determinare le conseguenze giuridiche della forza espansiva dei diritti fondamentali europei negli ordinamenti nazionali: una questione che ha un posto di assoluto rilievo nella perdurante ricerca di un assetto equilibrato dei rapporti fra l'ordinamento europeo e gli ordinamenti nazionali.

Nei due paragrafi che seguono, si focalizzerà l'attenzione sulle divergenze nel contenuto dei diritti fondamentali applicabili, rispettivamente, nell'ordinamento europeo e in quello nazionale, e sulle regole di conflitto applicabili al fine di risolvere il dissidio fra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali. Alla luce delle conclusioni raggiunte in questa analisi, si porterà l'attenzione sulla nota e controversa dottrina dei controlimiti. In particolare, occorrerà verificare se tale dottrina, elaborata in tempi remoti, e alla luce di un ben diverso panorama giuridico, sia ancora appropriata al fine di determinare i rapporti fra diritto europeo e diritto nazionale.

2. *Pluralità di sistemi di tutela dei diritti fondamentali e criteri di soluzione dei conflitti: Il criterio della protezione più estesa*

La prima questione da affrontare, nell'itinerario concettuale che si è tratteggiato, è quella di vedere se vi siano norme atte a risolvere i conflitti fra sistemi di tutela dei diritti fondamentali.

La Carta dei diritti fondamentali sembra indicare un criterio di soluzione dei conflitti imperniato sulla ricerca del sistema che offra la protezione più estesa. Gli articoli 52, par. 3, e 53 della Carta indicano, con formulazione invero di non agevole interpretazione, che la Carta non pregiudica l'applicazione di altri strumenti di tutela dei diritti fondamentali che assicurino un livello di protezione più intenso, in particolare della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle Costituzioni degli Stati membri. L'applicazione di tale criterio alla vicenda in esame dovrebbe portare quindi alla conclusione che il sistema costituzionale ita-

liano, il quale garantisce, in ipotesi, una protezione più estesa al principio individuale di legalità in materia penale, debba trovare applicazione in luogo del sistema europeo, il quale garantisce al principio di legalità un contenuto più limitato.

Questa tecnica, intuitivamente molto soddisfacente, ha degli antecedenti storici nei primi trattati che assicurano la tutela internazionale dei diritti fondamentali. Essa è accolta dall'art. 53 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che indica come la Convenzione non possa essere interpretata nel senso di impedire una tutela più estesa dei diritti convenzionali derivante dal diritto interno ovvero da obblighi internazionali di ciascuna parte contraente.

Vi sono però delle evidenti differenze fra l'applicazione del criterio della protezione più estesa nell'ordinamento della Convenzione europea e, rispettivamente, nell'ordinamento dell'Unione europea. Nei rapporti fra il sistema della Convenzione europea e i sistemi costituzionali nazionali, infatti, non si verifica un concorso fra sistemi di tutela. La Convenzione, infatti, si applica indifferentemente a qualsiasi rapporto giuridico che ricada nell'ordinamento degli Stati parte. Il criterio della protezione più estesa vale, quindi, unicamente a delimitare il contenuto dell'obbligo, derivante dalla Convenzione nei confronti degli Stati parte, di assicurare una adeguata protezione ai diritti da essa stabiliti. Si tratta, quindi, di una norma unilaterale di soluzione dei conflitti.

In altri termini, l'art. 53 della Convenzione indica come l'obbligo incombente sugli Stati parte di assicurare i diritti garantiti dalla Convenzione costituisca solo un obbligo minimo di tutela. Esso non impedisce, quindi, agli Stati parte della Convenzione di assicurare una tutela più estesa. Non contravverrebbe alla Convenzione, in altri termini, uno Stato il quale assicuri nel proprio ordinamento una tutela dei diritti fondamentali superiore a quella, minima, richiesta dalla Convenzione. Ovviamente, il criterio della protezione più estesa non è di così agevole soluzione, in particolare allorché la tutela che un certo sistema assicura ad un diritto individuale emerge da un processo di bilanciamento con un altro diritto individuale. Ai fini semplificati della presente analisi, è però sufficiente indicare come tale criterio funzioni relativamente bene allorché esso sia utilizzato per determinare i rapporti fra due sistemi di tutela che si applicano indifferentemente alle medesime situazioni giuridiche.

La ragione del successo del criterio della protezione più estesa nei rapporti fra il sistema della Convenzione e i sistemi nazionali di tutela dei diritti fondamentali risiede proprio nella circostanza che tali sistemi sono complementari. I diritti convenzionali si applicano alla generalità dei rapporti giuridici dell'ordinamento nazionale e non mirano a sostituire i si-

stemi di protezione dei diritti fondamentali di ciascun ordinamento nazionale, ma si limitano a stabilire un controllo esterno rispetto ad essi qualora tali controlli non assicurino il livello di tutela voluto dalla Convenzione.

L'applicazione del principio della protezione più estesa appare molto più problematica nei casi in cui tale principio venga utilizzato come strumento di soluzione dei conflitti fra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali.

Questo accade nell'ambito del concorso fra diritti fondamentali europei e diritti fondamentali di ciascuno Stato membro. A differenza di quanto accada rispetto alla Convenzione europea, infatti, il sistema di tutela dei diritti fondamentali dell'Unione e il sistema di tutela nazionale non si applicano ai medesimi rapporti giuridici. In via di principio, il primo si applica ai rapporti giuridici regolati dal diritto europeo; il secondo a quelli regolati dal diritto nazionale.

Se alla distinzione fra i rispettivi ambiti di applicazione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali corrispondesse anche una rigorosa distinzione fra i rispettivi ambiti di applicazione dei due ordinamenti, un conflitto non potrebbe mai insorgere. Ciascun sistema di tutela dei diritti fondamentali troverebbe infatti applicazione rispetto ai rapporti giuridici ricadenti esclusivamente nel proprio ordinamento. Il sistema di diritti fondamentali nazionali si applicherebbe in via esclusiva ai rapporti normativi disciplinati esclusivamente dalla normativa nazionale; il sistema dei diritti fondamentali europei si applicherebbe in via esclusiva ai rapporti giuridici disciplinati unicamente dalla normativa europea.

La situazione è però ben diversa rispetto a questo semplice paradigma. È noto come i due ordini normativi concorrono nel governo di varie fattispecie, secondo una serie potenzialmente infinita di schemi normativi, la cui classificazione, evidentemente, sfugge ai limiti del presente lavoro. È proprio da questo continuo intreccio normativo che deriva il concorso fra il sistema di tutela dei diritti fondamentali europeo e quelli nazionali. Il problema di determinare il sistema «competente» di diritti fondamentali si pone, quindi, rispetto ai tanti e variegati rapporti giuridici disciplinati sia da norme europee che da norme nazionali.

Alla luce di questa osservazione, è evidente come il criterio della protezione più estesa risulti strutturalmente inidoneo a governare i rapporti fra sistema europeo e sistemi nazionali di tutela dei diritti fondamentali. La sua applicazione, infatti, consentirebbe ai giudici nazionali di applicare il proprio sistema di tutela dei diritti fondamentali anche a norme nazionali strumentali rispetto all'applicazione del diritto europeo, alla sola condizione che sia possibile desumere da tale sistema un livello

di tutela superiore rispetto a quello assicurato nell'ordinamento europeo. In altri termini, l'applicazione del meccanismo della protezione più estesa finirebbe con il frammentare l'unitarietà del parametro di validità della normativa europea e di quella nazionale ad essa «collegata», in relazione al contenuto più o meno intenso di tutela dei diritti fondamentali assicurato in ciascuno degli Stati membri.

Verosimilmente è stata questa la ragione che ha indotto la Corte di giustizia ad indicare, in termini perentori, nel celebre par. 58 della sentenza *Melloni*, che «(t)ale interpretazione dell'articolo 53 della Carta sarebbe lesiva del principio del primato del diritto dell'Unione, in quanto permetterebbe a uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di tale Stato». Al di là delle poco convincenti motivazioni che la Corte ha esposto nei paragrafi da 59 a 63 della sentenza, conviene osservare come l'art. 53 della Carta preveda, bensì, la possibilità di applicare gli *standards* più elevati previsti da una Costituzione nazionale a preferenza rispetto a quelli previsti dalla Carta. La disposizione precisa, tuttavia, che tale possibilità è limitata al «rispettivo ambito di applicazione» di ciascun sistema di tutela dei diritti fondamentali.

3. *Concorso fra sistemi di tutela e criterio di esclusività*

Ancorché severamente criticata in dottrina, occorre riconoscere come la soluzione adottata in *Melloni* risponda ad una logica non priva di razionalità. Evidentemente si tratta di una logica che fa prevalere le ragioni dell'uniformità nell'applicazione del diritto europeo rispetto alla preoccupazione di assicurare il massimo livello possibile di tutela a favore dei diritti individuali fondamentali. *Melloni* vale quindi ad escludere la possibilità di concepire il criterio della tutela più estesa come criterio di soluzione dei conflitti fra sistemi concorrenti. La Corte sembra indicare, piuttosto, come tali sistemi di tutela – quello europeo e quello nazionale – operino limitatamente al rispettivo ambito di applicazione, secondo logiche tendenzialmente di esclusività.

Il carattere esclusivo del sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali non consente, quindi, che esso venga meno a favore dell'applicazione di norme costituzionali nazionali maggiormente «garantiste» nei confronti dei diritti individuali. Esso consente, semmai, che le esigenze di una tutela più intensa possano essere recepite e «internalizzate» nel sistema europeo, secondo una logica inclusiva, analoga a quella che ha presieduto la formazione di tale sistema. Un esempio eloquente del carattere

dinamico di esso viene dalla recente sentenza *Aranyosi e Căldăraru*⁶, la quale ha accertato l'esistenza di una deroga al sistema armonizzato di tutela dei diritti fondamentali stabilito dalla normativa europea sul mandato d'arresto europeo. Tale deroga si fonda sul carattere inderogabile del divieto di trattamenti inumani o degradanti, il quale prevale anche, «in circostanze eccezionali», sui «principi di riconoscimento e di fiducia reciproca fra Stati, i quali nel diritto dell'Unione, rivestono un'importanza fondamentale».

L'adozione di un criterio di esclusività esige peraltro di determinare il rispettivo ambito nel quale ciascun sistema di tutela dei diritti fondamentali dovrebbe trovare applicazione esclusiva. Già prima della adozione della Carta dei diritti fondamentali, la giurisprudenza della Corte di giustizia aveva indicato come i diritti fondamentali dell'Unione europea non si applichino solo alla normativa europea, ma altresì a qualsiasi norma nazionale che ricada nell'ambito di applicazione del diritto europeo⁷. Il criterio di demarcazione fra i due sistemi esclusivi di tutela dei diritti fondamentali finisce con il dipendere da un elemento quanto mai incerto, dato dalla nozione di ambito di applicazione del diritto europeo.

Tale nozione è stata interpretata in senso restrittivo dai redattori della Carta dei diritti fondamentali. L'art. 51, par. 3, della Carta indica come la Carta si applica alle attività poste in essere dagli Stati membri «in attuazione del diritto dell'Unione». Si tratta, evidentemente, di una interpretazione che non tiene conto dei molteplici e variegati modi di interazione fra diritto nazionale e diritto dell'Unione. Difatti, la più recente giurisprudenza della Corte sembra interpretare la nozione di «attuazione» in maniera molto generosa, sì da includervi non solo norme nazionali adottate allo specifico fine di attuare obblighi europei, ma altresì a qualsiasi norma nazionale che interferisca con l'applicazione della normativa europea o ne pregiudichi in qualche modo l'effettività.

La più nota espressione di questo orientamento giurisprudenziale è probabilmente la sentenza *Åkerberg Fransson*⁸. La Corte di giustizia ha applicato i diritti fondamentali dell'Unione, in particolare quelli derivanti dal principio del *ne bis in idem*, ad una sanzione tributaria disciplinata da una legislazione nazionale applicabile indifferentemente a tributi nazionali ovvero a tributi che trovino fonte nella normativa europea, quale l'I.V.A.; a condizione, tuttavia, che tale sanzione risultasse, nonostante la sua qualificazione formale, sostanzialmente punitiva e, quindi, rientrasse nei criteri di definizione delle sanzioni penali elaborati dalla Corte stessa.

⁶ Sentenza 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU.

⁷ Sentenza *Wachauf*, 13 luglio 1989, causa C-5/88.

⁸ Sentenza 23 febbraio 2013, causa C-617/10.

In tal caso, l'applicazione del sistema europeo sarebbe risultata più favorevole per l'individuo interessato, dato che la legislazione nazionale limitava l'applicazione del principio nazionale del *ne bis in idem* solo a violazioni espressamente qualificate come penali. L'adozione di una nozione estensiva di ambito di applicazione avuto la conseguenza di attrarre nell'ambito di applicazione dei diritti fondamentali europei un rapporto giuridico disciplinato dal diritto interno e solo indirettamente collegato alla attuazione di norme europee, facendolo fuoriuscire dall'ambito di applicazione dei sistemi nazionali di tutela.

L'applicazione del criterio di esclusività a norme europee connesse in maniera solo indiretta o occasionale all'attuazione del diritto europeo crea indubbiamente notevoli asimmetrie normative. La medesima norma nazionale, infatti, sarà valutata nella sua compatibilità con i diritti fondamentali sulla base di un parametro diverso – quello europeo ovvero quello nazionale – a seconda che essa sia applicata in connessione all'attuazione di norme europee ovvero di norme nazionali. Ciò accade, in particolare, rispetto a norme strumentali, che non hanno un contenuto precettivo autonomo ma che determinano le modalità di applicazione di norme sostanziali ovvero ne assistono l'esecuzione. Questa era proprio la situazione normativa rispetto alla quale ha operato la sentenza *Åkerberg Fransson*. In quel caso, la norma che disponeva le misure sanzionatorie per la violazione di norme tributarie operava, indifferentemente, rispetto a violazioni di tributi puramente nazionali ovvero di tributi di origine europea. In casi del genere, la compatibilità della normativa sanzionatoria con i diritti fondamentali deve quindi essere valutata alla luce di un diverso parametro, quello nazionale ovvero quello europeo, a seconda della norma sostanziale la cui violazione innesca la sua applicazione.

L'applicazione dei diritti fondamentali europei a norme nazionali strumentali, che assistano indifferentemente l'esecuzione di norme sostanziali europee e nazionali, finisce, in altre parole, con il creare una sorta di «applicazione selettiva» dei diritti fondamentali rispetto a situazioni nazionali. La norma nazionale strumentale sarà soggetta esclusivamente ai limiti derivanti dai diritti fondamentali nazionali allorché essa sia applicata in una situazione puramente nazionale. Essa sarà invece soggetta esclusivamente ai limiti derivanti dal diritto europeo, allorché essa sia applicata in una situazione «collegata» al diritto europeo. Ciò si traduce, di fatto, in un trattamento diversificato degli individui che invocano i diritti fondamentali nei confronti della medesima norma nazionale sanzionatoria. Tale trattamento potrebbe essere qualificato come una violazione di un ulteriore diritto fondamentale di carattere secondario: quello derivante dal principio di non discriminazione nel godimento

dei diritti fondamentali, protetto, fra l'altro, dall'art. 14 della Convenzione europea.

L'adozione di un criterio di esclusività, e la contestuale sottrazione di una sfera normativa interna al rispetto dei diritti fondamentali nazionali, non produce generalmente conflitti allorché la tutela dei diritti fondamentali assicurata dall'ordinamento europeo risulti coincidente con quella assicurata dagli ordinamenti nazionali o superiore ad essa. In genere, infatti, i giudici nazionali tendono ad applicare la Carta dei diritti fondamentali, ovvero altri strumenti di tutela dei diritti, a situazioni interne, pur se addirittura scollegate con l'applicazione del diritto europeo, allorché ne risulti un incremento di tutela rispetto a quella assicurata dalle Costituzioni nazionali.

Conflitti possono sorgere, invece, allorché si verifichi l'ipotesi opposta: che cioè l'applicazione esclusiva del sistema europeo di tutela dei diritti comporti una diminuzione della tutela assicurata agli individui sulla base del diritto e della prassi nazionale.

4. *Soluzione dei conflitti fra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e teoria dei controlimiti*

Il criterio di esclusività, e la sottrazione di numerose situazioni giuridiche disciplinate da norme nazionali all'applicazione del rispettivo sistema costituzionale di tutela, crea notevoli turbamenti concettuali. È comprensibile, quindi, che in relazione ad esso si siano moltiplicate le istanze di difesa delle prerogative nazionali, affidate a dottrine giurisprudenziali elaborate al fine di affermare la competenza delle Corti nazionali rispetto ad atti e attività dell'Unione potenzialmente lesive dei principi fondamentali del proprio ordinamento costituzionale. Come è noto, una dottrina del genere è stata da tempo elaborata dalla Corte costituzionale italiana ed è generalmente nota come dottrina dei controlimiti.

Nei suoi tratti essenziali, la dottrina tende ad escludere che il trasferimento di competenze a favore dell'Unione possa comportare un «inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana»⁹. Il presupposto sostanziale di tale dottrina è dato, quindi, dall'esistenza nel sistema costituzionale interno di un nucleo intangibile di principi o diritti fondamentali, che costituiscano un argine anche rispetto all'esercizio di poteri trasferiti all'Unione. Le garanzie procedurali nelle quali essa si ar-

⁹ Ambedue le citazioni sono tratte dalla celebre sentenza della Corte costituzionale n. 183 del 1973, *Frontini*.

ticola si riassumono nell'esigenza di consentire che, attraverso il sindacato di costituzionalità sulla legge di esecuzione, la Corte costituzionale possa intervenire sull'atto o sulla condotta delle Istituzioni europee lesiva del nucleo intoccabile della legalità costituzionale.

La dottrina dei controlimiti, però, è stata elaborata in un panorama giuridico e politico ben diverso da quello odierno. Rispetto all'esperienza europea, tale dottrina, al pari di analoghe dottrine elaborate presso altre esperienze costituzionali nazionali, era tesa a rimediare ad un evidente squilibrio del sistema di integrazione, dato dall'assenza di un sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali che costituisse un limite di validità all'esercizio delle competenze dell'Unione (allora la Comunità). In assenza di un sistema europeo, la competenza delle Corti costituzionali nazionali costituiva, in evidenza, l'unico meccanismo atto ad evitare che il trasferimento di competenze all'Unione si risolvesse in un aggiramento delle garanzie costituzionali interne. Insomma, la «esternalizzazione» dei procedimenti di formazione della decisione politica avrebbe dovuto comportare, per risultare costituzionalmente legittima, una corrispondente «esternalizzazione» dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali.

Ciascuno può misurare la distanza che separa questo periodo pionieristico dal tempo attuale. Alle sue origini, la supplenza nel ruolo di guardiani «esterni» della legalità assiologica della Costituzione nazionale era tesa a promuovere l'evoluzione del sistema europeo e la formazione di una funzione «interna» di tutela dei diritti fondamentali. Oggi, la dottrina dei controlimiti non tende a rimediare all'assenza di una sfera di diritti fondamentali nell'ordinamento europeo, quanto bensì a giustificare l'applicazione dei valori nazionali rispetto a quelli, aventi un contenuto largamente coincidente, derivanti dal sistema di tutela dei diritti fondamentali interno al sistema europeo.

5. *Verso una moderna teoria dei controlimiti*

Si può, quindi, dubitare della idoneità di tale dottrina ad operare, immutata, nella attuale situazione, nella quale l'esigenza di assicurare la legalità costituzionale non si contrappone al «vuoto giuridico» dell'ordinamento europeo in tema di diritti fondamentali. Contrariamente alla situazione presente alla Corte costituzionale in *Frontini*, oggi non solo vi sono sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali, sul piano europeo e su quello nazionale; vi sono altresì norme di soluzione dei conflitti, per quanto ancora rudimentali e imperfette esse possano essere.

Una moderna dottrina dei controlimiti, in sostanza, non può, come accadeva in passato, dirigersi nei confronti di una norma dell'Unione, in

ragione dell'assenza di un parametro di validità costituito dalla sfera dei diritti fondamentali. Essa, semmai, dovrebbe avere ad oggetto l'idoneità del sistema europeo dei diritti fondamentali ad assicurare una efficace e plausibile tutela. In questo ambito concettuale, una valutazione della idoneità delle norme di conflitto elaborate dalla Corte di giustizia, e in particolare del criterio di esclusività, ad assicurare un equilibrato assetto dei rapporti fra il sistema europeo e quello nazionale di tutela dei diritti individuali, appare ineludibile.

In questo senso, sembra ragionevole ritenere che la sentenza *Taricco* non inneschi, in primo luogo, un conflitto fra valori, come sovente ipotizzato in dottrina. Essa concerne piuttosto un conflitto di competenza: fra la pretesa della Corte di giustizia di applicare in via esclusiva il sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali alla normativa italiana in tema di prescrizione, e la pretesa – riflessa per ora solo nelle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale – di applicare a tale normativa il sistema nazionale. Il carattere sistemico di tale conflitto rende quindi necessario un approccio di tipo globale; tal che la soluzione vada ricercata sulla base di un criterio che assicuri, ad un tempo, un equilibrio accettabile fra le sfere di competenza antagonista, e un livello soddisfacente di tutela dei diritti fondamentali.

Sarebbe invece macroscopicamente inadeguato un approccio analitico, che consenta alla Corte costituzionale di esercitare il proprio sindacato non già sull'idoneità del riparto di competenza in tema di tutela dei diritti fondamentali, quanto bensì sulla singola norma europea all'origine di una pretesa violazione del sistema dei diritti fondamentali. Tale approccio non considererebbe l'aspetto sistemico dell'apertura dell'ordinamento costituzionale, il quale non solo ha trasferito poteri sovrani all'Unione, ma ha altresì preteso e ottenuto che questo ordinamento si dotasse di un proprio sistema di controllo del rispetto dei diritti fondamentali. Esso finirebbe, quindi, con il vanificare gli effetti di tale principio, e con l'imporre un meccanismo di autonomia condizionata, subordinata, cioè, alla circostanza che il giudizio della Corte di giustizia produca l'esito auspicabile sulla base dell'applicazione del sistema costituzionale interno. Una tale soluzione sarebbe però aberrante. Essa sarebbe ispirata da una concezione di integrazione *à la carte*, tesa, effettivamente, solo alla unilaterale affermazione dei principi e dei valori propri dell'ordinamento nazionale.

Un approccio sistemico, d'altronde, non è estraneo neanche alla classica formulazione della dottrina dei controlimiti e, anzi, costituisce il logico sviluppo delle sue premesse. La stessa giurisprudenza della Corte costituzionale si è costantemente riferita all'eventualità di un giudizio di

costituzionalità relativo agli effetti prodotti da singole norme europee come a una eventualità «difficile da configurare anche in astratto»¹⁰ o addirittura «sommamente improbabile»¹¹. È evidente, insomma, come la giurisprudenza della Corte abbia considerato, fin dall'inizio, tale possibilità come eccezionale; circoscritta, quindi, a casi in cui l'applicazione di una norma europea avesse prodotto macroscopiche difformità rispetto all'esigenza di tutelare il nucleo essenziale dei diritti fondamentali individuali.

Alla luce di tale approccio andrebbe valutata, quindi, la vicenda aperta con la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Taricco*. Nell'attrarre la normativa italiana sulla prescrizione sotto l'impero del sistema europeo, la Corte di giustizia ha distolto l'istituto della prescrizione dal principio di legalità dei reati e delle pene, sulla base della considerazione che tale istituto avrebbe una natura procedurale. A sostegno di tale conclusione, la Corte di giustizia ha quindi citato la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale considera che l'estensione del termine per la prescrizione, operata dal legislatore in un momento successivo alla commissione della condotta potenzialmente criminosa, non violi l'art. 7 della Convenzione¹². Pur se la Corte di giustizia non ha svolto questo argomento, è sottintesa nella sua analisi la considerazione che la natura sostanziale della prescrizione non abbia molti sostenitori in Europa e, anzi, rimanga relegata all'ordinamento italiano.

Or bene, se così fosse, sarebbe difficile considerare che tale istituto, con la natura ad esso attribuita nell'ordinamento italiano, possa far parte del nucleo essenziale dei principi la cui violazione giustificherebbe l'attivazione dell'istituto dei controlimiti. Se pure l'integrazione europea non può certo promuovere una sorta di «armonizzazione» dei sistemi nazionali di tutela dei diritti fondamentali, e, anzi, esso assicura il rispetto delle tradizioni costituzionali di ciascun ordinamento, è difficile, da parte degli ordinamenti nazionali, pretendere l'effetto opposto: la conformità,

¹⁰ Questa espressione è stata utilizzata dalla Corte costituzionale sempre nella sentenza n. 182 del 1973, *Frontini*.

¹¹ Sentenza n. 232 del 1986, *Fragd*.

¹² Si può notare, in proposito, il ruolo assunto dall'art. 7 della Convenzione europea nell'argomentazione della Corte di giustizia, come elemento per determinare il contenuto del principio di legalità dei reati e delle pene nell'ordinamento europeo. Il riferimento alla disposizione convenzionale non costituisce, di per sé, un omaggio al criterio della protezione più estesa che si applica nei rapporti fra la Convenzione europea e gli ordinamenti nazionali. È nella trasformazione della sua natura giuridica, da obbligo convenzionale ad elemento che concorre a parametro interpretativo del corrispondente diritto fondamentale dell'Unione, che l'art. 7 della Convenzione assume valore prescrivito e contribuisce, così, alla determinazione del livello massimo di tutela applicabile negli ordinamenti statali.

cioè, dell'ordinamento europeo ai canoni di tutela dei diritti fondamentali accolti in ciascuno di essi¹³.

6. *La perfidia del diritto*

Nell'ambito delle scienze giuridiche, notoriamente, il principio della verificabilità non ha valore assoluto. Non soltanto osservatori che partano da premesse identiche ben possono approdare a risultati diversi. Può addirittura accadere che una premessa errata produca un risultato corretto, e viceversa. È, questo, un effetto della natura sociale del diritto, il cui accertamento è soggetto all'influsso di una serie potenzialmente infinita di fattori, inclusi quelli culturali o addirittura emotivi.

La vicenda *Taricco* sembra esemplificare in maniera paradigmatica questa stranezza epistemologica della scienza giuridica. Ciascuna delle varie argomentazioni che sorreggono la decisione della Corte di giustizia appare assai controversa, e tale da distorcere addirittura la funzione dello strumento processuale utilizzato per giungere a quelle conclusioni, vale a dire del rinvio pregiudiziale. La sentenza *Taricco* ha sollevato pulsioni e inquietudini profonde che potrebbero, se non adeguatamente controllate, causare una seria crisi nei rapporti con l'Unione europea. E tuttavia, paradossalmente, essa ha avviato una rinnovata riflessione sul tormentato

¹³ Non è forse improprio ricordare come la giurisprudenza italiana è da tempo approdata ad una concezione funzionale del principio della tutela equivalente, affermata da tempo come criterio di soluzione dei conflitti fra sistemi alternativi di tutela dei diritti fondamentali. Tale concezione non subordina il processo di integrazione alla rigorosa equivalenza sostanziale fra il sistema europeo e quello nazionale di tutela dei diritti fondamentali. Una concezione funzionale sembra piuttosto esigere una forma di equivalenza fondata sul risultato. L'esempio migliore, nell'esperienza giuridica italiana, è dato verosimilmente dal noto caso della assenza, nel sistema normativo del mandato d'arresto europeo, di una causa di deroga all'obbligo di consegna, in relazione alla mancanza nello Stato richiedente di una previsione sulla durata massima della carcerazione preventiva. Proprio l'assenza di tale previsione ha inizialmente portato i giudici italiani, in applicazione di una concezione sostanziale dell'equivalenza, a sollevare questione di costituzionalità della Decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI, del 13 giugno 2002 sul mandato d'arresto europeo. Nella sentenza n. 4614 del 5 febbraio 2007, tuttavia, la Corte di cassazione ha ritenuto, sulla base di una diversa concezione, di carattere funzionale, che l'esistenza in alcuni Stati membri di istituti tesi ad assicurare, per altra via, esigenze analoghe a quelle assicurate nel sistema costituzionale italiano dall'istituto della durata massima della custodia cautelare, fosse sufficiente a garantire la conformità della Decisione quadro rispetto al sistema costituzionale italiano. Sulla dottrina della protezione equivalente, e sulle sue implicazioni sistemiche, sia consentito rinviare a E. CANNIZZARO e B. BONAFÈ, *Beyond the Archetypes of Modern Legal Thought. Appraising Old and New Forms of Interaction between Legal Orders*, in *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking*, a cura di M. Maduro, K. Tuori e S. Sankari, Cambridge, 2014, 78 ss.

regime della prescrizione nell'ordinamento italiano; sulla congruità di affidare a tale istituto il compito di assicurare una esigenza ad esso estranea, quale la ragionevole durata del processo penale; sulla opportunità di allineare l'ordinamento italiano ai modelli sovranazionali, che indicano come i due istituti – la prescrizione e la ragionevole durata dei procedimenti penali – assolvano a funzioni diverse, abbiano diversa natura e, di conseguenza, esigano un distinto regime giuridico. Se questo fosse stato l'intendimento della Corte di giustizia, si potrebbe dire che essa, almeno parzialmente, ha raggiunto i suoi scopi.

Un ulteriore, paradossale, merito della sentenza *Taricco* è quello di aver rinverdito il dibattito in Italia sull'istituto dei controlimiti. Elaborato in tempi remoti, alla luce di dati normativi e teorici ben diversi da quelli presenti, sovente evocato ma mai davvero utilizzato, tale istituto appare, oggi, un utensile di non agevole impiego e capace, se maneggiato frettolosamente, di produrre più problemi di quanti non ne riesca a risolvere. Certo, appare assai avventurosa l'idea di un dovere costituzionale di negare esecuzione ad una sentenza interpretativa della Corte di giustizia in nome di una fedeltà alla incerta dottrina della natura sostanziale della prescrizione. Né mancano, nello strumentario della Corte costituzionale, i modi per evitare pericolosi «estremismi costituzionali», senza però rinunciare a far valere i dubbi e le perplessità nei confronti di una contraria sentenza della Corte di giustizia: dalla valorizzazione dei margini di discrezionalità che essa apre a favore dei giudici nazionali, alla possibilità di chiedere alla Corte di giustizia di precisare alcuni dei suoi profili problematici attraverso un nuovo rinvio pregiudiziale.

Ma è l'aggiornamento dell'istituto dei controlimiti a costituire, oggi, la sfida intellettuale più impegnativa per la Corte costituzionale. Se con la sentenza *Frontini* la Corte costituzionale ha assolto al compito storico che la attendeva – quello di promuovere l'evoluzione del diritto dell'Unione verso approdi ordinamentali omogenei a quelli nazionali –, il compito che spetta oggi alle Corti costituzionali sembra piuttosto quello di determinare i nessi di reciproca compatibilità fra i diversi strumenti di tutela. È evidente, infatti, che la rigorosa determinazione dell'ambito di applicazione dei sistemi nazionali e di quello europeo di tutela dei diritti fondamentali, affermata dalla Corte di giustizia, non ripristina l'impossibile simmetria fra sistemi di tutela dei diritti fondamentali e norme dell'ordinamento al quale essi appartengono. La sentenza *Taricco*, quindi, ben potrebbe costituire una occasione per avviare una collaborazione fra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia nella ricerca di una soluzione di un problema di particolare sofisticazione sul piano tecnico e di assoluto rilievo sul piano teorico.

Viceversa, la pura e semplice riaffermazione del primato del sistema costituzionale di tutela dei diritti fondamentali sembra evocare il ritorno ad un mondo giuridico assai semplice che appartiene, però, alla nostalgia del passato. Sempre più spesso, i conflitti che le Corti sono chiamate a risolvere non sono conflitti fra norme, ma derivano piuttosto, appunto, dalla imperfetta simmetria fra norme parametro e norme oggetto dei giudizi di validità. Essi rappresentano il riflesso ormai ineliminabile della interconnessione fra ordinamenti che ha definitivamente sostituito il dogma della chiusura ordinamentale che ha, invece, caratterizzato una fase del pensiero giuridico positivista che volge al termine.

Da ciò deriva anche lo sconcerto emotivo causato dalla sentenza *Taricco* e le pulsioni nazionaliste che essa suscita; dalla pretesa di «sradicare» una norma nazionale dal proprio ambito ordinamentale nazionale e di collocarla, ai fini del giudizio di compatibilità con i diritti fondamentali, nell'ambito del sistema europeo di tutela, da un lato; dalla contrastante pretesa che essa, invece, rimanga radicata, a tali fini, nel proprio ambiente giuridico nazionale, senza alcuna considerazione del ruolo strumentale che essa svolge nell'ordinamento europeo, dall'altro lato. Rispetto a questo fenomeno, che simboleggia le vicende transordinamentali del diritto contemporaneo, il puro e semplice ritorno al principio della nazionalità del diritto e, quindi, alla classica dottrina dei controlimiti, appare però altrettanto inadeguato e semplicista. Cosa accadrebbe in Europa se ciascuna Corte costituzionale pretendesse di applicare il proprio parametro di compatibilità con i diritti fondamentali a qualsiasi norma nazionale che attui il diritto europeo o che, variamente, interferisca con la sua applicazione?

Il compito di riequilibrare l'asimmetria esistente, oggi, fra la ripartizione delle competenze materiali fra Stati e Unione, e la determinazione dell'ambito di applicazione dei rispettivi sistemi di tutela dei diritti fondamentali, spetta quindi alla nuova scienza dell'integrazione fra sistemi giuridici. Ad essa, la sentenza della Corte costituzionale attesa nel caso *Taricco* potrà dare il proprio contributo.

