



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

*Rivista quadrimestrale on line
sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*

2018, n. 1

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Catedrático de Derecho internacional, Universidad de Sevilla
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, già Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Guido Raimondi, Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo
Giuseppe Tesauro, Presidente Emerito della Corte Costituzionale
Antonio Tizzano, Vice Presidente della Corte di giustizia dell'UE
Ugo Villani, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università LUISS di Roma

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona
Giondonato Caggiano, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Claudia Morviducci, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Lina Panella, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina
Nicoletta Parisi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Catania-Componente ANAC
Lucia Serena Rossi, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Bologna
Ennio Triggiani, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"



COMITATO DEI REFEREES

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Luisa Casseti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Rosario Espinosa Calabuig, Profesor de Derecho Internacional Privado, Universidad de Valencia
Giancarlo Guarino, già Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elsbeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Assistant Professor in European Law, University of Twente
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Stefania Negri, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Piero Pennetta, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Emanuela Pistoia, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da União Europeia, Universidad do Minho
Chiara Enrica Tuo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco Buonomenna, Ricercatore di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Daniela Fanciullo, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Caterina Fratea, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Anna Iermano, Assegnista di ricerca di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Michele Messina, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Rossana Palladino (Coordinatore), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno



Rivista giuridica on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"
www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli
CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



Indice-Sommario

2018, n. 1

Editoriale

Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e parabola evolutiva della cittadinanza. Qualche considerazione in occasione del primo anniversario della nascita di *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* p. 1
Angela Di Stasi

Saggi e Articoli

Corte di giustizia e Corte costituzionale alla ricerca di un nuovo, seppur precario, equilibrio: i punti (relativamente) fermi, le questioni aperte e un paio di proposte per un ragionevole compromesso p. 7
Antonio Ruggeri

L'effetto diretto nelle *situazioni triangolari* e i relativi "limiti" nei rapporti orizzontali p. 27
Anna Iermano

I presupposti teorici della cittadinanza europea: *originarie* contraddizioni e *nuovi* limiti p. 49
Costanza Margiotta

La recente disciplina europea sulla migrazione qualificata: tra promozione della migrazione circolare e politiche di integrazione p. 73
Anna Pitrone

Commenti e Note

A proposito della Corte di giustizia UE e dei c.d. "controlimiti": i casi *Melloni* e *Taricco* a confronto p. 95
Tullio Fenucci

The balance between the protection of fundamental rights and the EU principle of mutual trust p. 111
Anabela Gonçalves



Il rispetto del principio di legalità, la Corte di Giustizia e il controllo delle funzioni tecniche della Banca Centrale Europea p. 132

Pieralberto Mengozzi

De-politicisation of Human Rights: The European Union and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities p. 147

Marcello Sacco

IL RISPETTO DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ, LA CORTE DI GIUSTIZIA E IL CONTROLLO DELLE FUNZIONI TECNICHE DELLA BANCA CENTRALE EUROPEA

Pieralberto Mengozzi*

SOMMARIO: 1. La Corte di Giustizia ed il controllo di legalità dell'attività della BCE. – 2. Il controllo di legalità delle funzioni tecniche della BCE ed il caso *Gauweiler*. – 3. (segue) la deviazione dai criteri generalmente seguiti dalla Corte nel controllo di legittimità dell'esercizio di poteri discrezionali di Istituzioni dell'UE. – 4. (segue) la interpretazione lata del paragrafo 1 dell'art 127 TFUE suggerita dal carattere emergenziale della situazione a cui il Programma OMT intende far fronte. – 5. La reazione alla sentenza *Gauweiler* della Corte Costituzionale tedesca e le ragioni del suo relativo abbandono del tono della sua ordinanza di rinvio. – 6. I motivi e le conseguenze della non contestazione da parte dei giudici di *Karlsruhe* della forte discrezionalità riconosciuta alla BCE dalla Corte di giustizia. – 7. Il nuovo rinvio pregiudiziale effettuato dalla Corte Costituzionale tedesca nel caso Q.E. e la sussistenza del problema del controllo della legittimità delle funzioni tecniche esercitate dalla BCE nel caso OMT. – 8. Conclusioni.

1. La Corte di Giustizia ed il controllo di legalità dell'attività della BCE

Come è noto l'Unione europea è stata istituita ed è fondata sulla base di valori che sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dalla giustizia¹. Tra tali

Articolo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

* Professore a contratto di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Bologna. Indirizzo mail: pieralberto.mengozzi@unibo.it

¹ Cfr. U. VILLANI, *Immigrazione e principio di solidarietà*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, n. 3, p. 3 ss.; PAOLO MENGOTZI, *L'applicazione del principio di mutua fiducia e il suo bilanciamento con il rispetto dei diritti fondamentali in relazione allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, *Ibidem*, p. 1 ss.; R. MASTROIANNI, *Stato di diritto o ragion di Stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri*, in *Dialoghi con Ugo Villani*, a cura di E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO, Tomo I, Bari, 2017, p. 605 ss., PAOLO MENGOTZI, *La Corte di giustizia come giudice del sistema costituzionale europeo e dei valori in esso riconosciuti*?, *Ibidem*, p. 613 ss., B. NASCIMBENE, *Valori comuni dell'Unione europea*, *Ibidem*, p.

valori, che devono essere rispettati anche nella realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia², un ruolo non secondario è costituito dal rispetto del principio di legalità come parte essenziale di quello stato di diritto che, ai sensi dell'art. 2 del TUE, costituisce appunto uno dei valori fondanti dell'Unione europea.

Se a garantirne il rispetto da parte di tutte le Istituzioni dell'Unione e degli Stati membri è chiamata la Corte di giustizia. Anche la Banca Centrale Europea (BCE) soggiace, in linea di principio, a tale controllo. Ne costituiscono conferma, da un lato, la sentenza del 2003, *Commissione c. BCE*³, che ha annullato la decisione con la quale la BCE intendeva sottrarsi al controllo dell'OLAF ed ai meccanismi di tutela degli interessi finanziari dell'Unione contro le frodi, organizzando un autonomo sistema di controllo al riguardo; d'altro lato, la sentenza del 2016, *Ledra Advertising Ltd. e altri c. Commissione e BCE*⁴, secondo cui quest'ultima deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni al diritto degli Stati membri, i danni cagionati da essa stessa o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni.

Il controllo che la Corte esercita nei confronti della BCE ha presentato però aspetti particolari con riferimento alle funzioni tecniche a quest'ultima attribuite, nel quadro della crisi dell'area euro, in relazione all'attuazione del Programma *Outright Monetary Transactions* (OMT). Tale programma è stato annunciato dalla BCE il 6 settembre 2012 a fronte a) del forte aumento dei tassi d'interesse che, con rischio per la stabilità dell'euro, i Paesi più deboli della zona in cui questo vige sono stati costretti ad offrire per collocare sul mercato i propri titoli di debito pubblico e b) del conseguente aumento in quei Paesi dei tassi di interesse al credito prestato dalle banche alle imprese e ai consumatori. Tutto questo comportava una frammentazione del credito interbancario incidente negativamente sul funzionamento del meccanismo di trasmissione della politica comunitaria costituito dall'attività delle banche ed un incremento della speculazione finanziaria. La BCE ha allora previsto un'assistenza a quei Paesi, calmierando i tassi che essi dovevano offrire, attraverso una prudente acquisizione sul mercato secondario dei titoli del debito pubblico. Ha, però, legato la propria azione all'acquisto di titoli emessi da Paesi già vincolati da intese di aggiustamento macroeconomico e strutturale concluse con il Meccanismo Europeo di Stabilità (MES)

631 ss., M. L. TUFANO, S. PUGLIESE, *Patrimonio culturale europeo come veicolo di valori identitari*, *Ibidem*, p. 685 ss., E. CIMIOTTA, *La prima volta per la procedura di controllo sul rispetto dei valori dell'Unione prevista dall'art. 7 TUE? Alcune implicazioni per l'integrazione europea*, in *European Papers, Highlight*, 2016, p. 1253 ss.; nonché M.E. BARTOLONI, *Tutela dei diritti fondamentali e basi giuridiche di sanzioni UE nei confronti di persone, o enti non statali, collegati con attività terroristiche*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 222 ss.

² Non appare necessario soffermarsi sul fatto che l'offerta, da parte dell'Unione europea "ai suoi cittadini di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia" segua nel Trattato sull'Unione europea (al n. 2) la previsione, contenuta al n. 1 dello stesso art. 3 del fatto che "l'Unione si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli". Sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia v. A. DI STASI, *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, Padova, 2014.

³ Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 10 luglio 2003, *Commissione c. BCE*.

⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 20 settembre 2016, *Ledra Advertising e altri c. Commissione e BCE*, cause riunite da C-8/15 P a C-10/15 P.

che subordina la concessione di assistenza ad uno Stato membro dell'area euro bisognoso di assistenza finanziaria per il caso in cui questa risulti indispensabile per salvaguardare la stabilità finanziaria di quello Stato e della stessa area euro. Ha ritenuto che, solo a questo modo, il proprio intervento sarebbe stato idoneo a risanare la situazione di bilancio di quei Paesi e a far recuperare ai loro titoli la fiducia del mercato.

Le note che seguono si prefiggono di presentare i problemi suscitati dal controllo che la Corte di giustizia è stata chiamata ad esercitare, a seguito della crisi finanziaria verificatasi a partire dal 2008, nel quadro di un ricorso pregiudiziale con riferimento alla legittimità di un'attività posta in essere in una situazione, ritenuta emergenziale, che ha presentato aspetti drammatici per alcuni Stati membri e per i loro cittadini e che si è preteso non fosse conforme ai principi di legalità e giustizia: l'attività consistente nell'esercizio di funzioni tecniche da parte della BCE nel quadro della gestione della politica monetaria posta in essere con il programma OMT.

Dato che l'attività in questione è stata riconosciuta come attività discrezionale posta in essere in un contesto emergenziale ed un carattere dello stesso tipo presentano largamente anche attività poste in essere nel quadro del funzionamento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, è utile, al fine dell'applicazione della disciplina di queste, tenere presente come i problemi di conformità ai principi di legalità e giustizia relativi ai primi sono stati affrontati e restino ancora aperti. D'altro canto potrà essere interessante, per gli studi promossi da questa rivista, l'illustrazione, pure contenuta nei paragrafi che seguono, dell'attenzione che nella giurisprudenza europea si è, in modo non facilmente prevedibile, avuta tra le soluzioni dei due ordini di problemi.

2. Il controllo di legalità delle funzioni tecniche della BCE ed il caso *Gauweiler*

Le funzioni tecniche al cui esercizio la BCE è stata chiamata a svolgere dal Trattato MES e dal Programma OMT sono state oggetto di considerazione nella procedura pregiudiziale che ha portato alla sentenza della Corte di giustizia nel caso *Gauweiler*⁵, resa su una domanda pregiudiziale con cui, il 14 gennaio 2014, la Corte costituzionale tedesca ha chiesto ai giudici di Lussemburgo di pronunciarsi sulla legittimità comunitaria del programma OMT e del contributo che la Banca Centrale tedesca potesse dare alla sua attuazione.

⁵ Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 16 giugno 2015, *Peter Gauweiler e altri c. Deutscher Bundestag*, causa C-62/14, par. 75. Per un'affermazione un po' meno forte, svolta con riferimento ad un caso in cui si trattava di precisare la portata del Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, secondo cui tale regolamento "mira ... a tutelare la stabilità del sistema finanziario mediante lo svolgimento di compiti specifici ... che la BCE è adatta ad esercitare in quanto banca centrale della zona euro, dotata di ampie competenze in materia macroeconomica e di stabilità finanziaria" cfr. sentenza del Tribunale del 16 maggio 2017, *Landeskreditbank Baden-Württemberg - Förderbank c. Banca Centrale Europea*, causa T-122/15, par. 78.

La legge fondamentale tedesca affida alla Corte costituzionale la garanzia del rispetto della clausola di eternità che dichiara per sempre inderogabili i principi e le regole stabiliti dalla Costituzione tedesca per prevenire fenomeni quale quello concretato dal nazismo. I giudici costituzionali tedeschi, pur riconoscendo il primato e l'efficacia diretta del diritto dell'Unione e pur ammettendo un'apertura ad esso del loro ordinamento, si erano sempre riservati il ruolo di "controllore esclusivo" del contenimento di tale apertura entro limiti fissati dalla loro Costituzione e dai principi fondamentali in essa inseriti. La domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia ha costituito un abbandono di questo atteggiamento e un passo avanti nell'accettazione da parte della Germania del sistema dell'Unione come un sistema atto a risolvere i problemi comuni dei popoli europei secondo un metodo non nazionalista. Avanzando tale domanda, però, la Corte costituzionale tedesca si è mostrata sensibile ad ambienti del proprio paese preoccupati dal fatto che il programma in questione potesse implicare, per le finanze tedesche, oneri ulteriori rispetto a quelli previsti dalle leggi dello Stato. Di conseguenza *a)* ha indicato punto per punto le condizioni che la Corte di giustizia avrebbe dovuto porre affinché gli interventi della BCE potessero essere considerati legittimi in Germania, *b)* si è riservata la facoltà di esprimersi nuovamente e *c)* ha dichiarato che non avrebbe permesso l'attuazione del programma ove le condizioni indicate nella sua domanda pregiudiziale non fossero state confermate dalla Corte di giustizia⁶.

La Corte di giustizia, con la pronuncia *Gauweiler*, in modo moderato e cooperativo ha prestato attenzione alle preoccupazioni tedesche senza reagire al tono con cui le sono state avanzate. Ha analizzato il contributo della BCE alla stabilità dei prezzi ed alla stabilità dell'eurozona esprimendosi in modo molto più sintetico rispetto a quanto fatto dall'Avvocato generale *Cruz Villalón* nelle sue conclusioni⁷.

3. (segue) la deviazione dai criteri generalmente seguiti dalla Corte nel controllo di legittimità dell'esercizio di poteri discrezionali di Istituzioni dell'UE

La Corte di giustizia ha ritenuto legittimo il Programma OMT in quanto, adottandolo, la BCE non ha violato né il principio di attribuzione né il principio di proporzionalità. Sotto questo secondo profilo si è ispirata all'analisi che compie in via

⁶ Per una qualificazione di questo atteggiamento come un diritto autodichiarato di determinare, in quanto giurisdizione di ultima istanza, se un atto dell'Unione sia stato adottato *ultra vires*, cfr. T. TRIDIMAS, N. XANTHOULIS, *A Legal Analysis of the Gauweiler Case. Between Monetary Policy and Constitutional Conflict*, in F. FABBRINI (ed), "The European Court of Justice, the European Central Bank and the Supremacy of EU Law" *Special Issue*, 2016, n. 23, *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, p. 19.

⁷ Questi, pur prestando molta attenzione alle osservazioni critiche avanzate nei confronti del Programma OMT dalla Corte costituzionale tedesca, aveva ritenuto il programma legittimo, ma aveva suggerito che, ove esso avesse dovuto essere attivato, per conservargli il carattere di misura di politica monetaria, sarebbe stato essenziale che la BCE fosse limitata a contribuire alla negoziazione ed alla conclusione delle intese condizionanti l'acquisto dei titoli di Stati dell'area in questione astenendosi da ogni diretta implicazione nel controllo del loro rispetto.

generale nell'esercizio del suo controllo giudiziale di atti legislativi e di atti costituenti esercizio di un potere discrezionale secondo cui una violazione del principio di proporzionalità esiste solo qualora l'atto in questione sia evidentemente inappropriato in relazione agli obiettivi perseguiti.

In generale la Corte di Giustizia, quando è chiamata ad esprimersi sulla legittimità di atti comunitari fondati su apprezzamenti tecnici posti in essere nel quadro dell'esercizio di un potere discrezionale di un'Istituzione dell'Unione, segue una concezione estensiva della discrezionalità propria dell'ordinamento francese, procedendo ad un controllo di legittimità marginale che si limita a censurare, oltre agli errori di fatto ed allo sviamento di potere, solo la violazione palese, ossia grave ed evidente, delle norme che regolano l'esercizio di quel potere. In questo senso essa, nonostante l'art. 263 TFUE si limiti a stabilire una sua competenza ad esercitare un controllo di legittimità degli atti dell'Unione, si allinea, di fatto, a quanto era sancito dall'art. 33 del Trattato CECA, che prevedeva una sua possibilità di decidere su ricorsi di annullamento di decisioni o raccomandazioni dell'Alta Autorità che si pretendesse avessero "*méconnu d'une manière patente*" le disposizioni del Trattato o una regola di diritto relativa alla sua applicazione⁸.

La Corte di giustizia ha confermato questa sua posizione, che era stata contestata, come non conforme al principio di legalità, dal *Bundesfinanzhof* nel caso *Hauptzollamt*⁹, che riguardava una decisione fondata su valutazioni complesse con cui la Commissione aveva negato l'importazione in franchigia dai dazi doganali di un apparecchio scientifico. Decidendo sul caso la Corte ha dichiarato che la discrezionalità di cui un'Istituzione gode nell'assolvimento dei compiti affidatili attribuisce un'importanza particolare soprattutto alle garanzie cui l'ordinamento giuridico comunitario subordina la sua esecuzione¹⁰.

Pronunciando la sentenza *Gauweiler* la Corte si è posta sulla scia di questo suo atteggiamento generale e della sua precisazione secondo cui gli atti delle Istituzioni dell'Unione devono considerarsi proporzionati ove siano idonei a realizzare i legittimi obiettivi perseguiti dalla normativa sulla cui base sono adottati e non eccedano i limiti di quanto necessario per raggiungerli¹¹. Ha considerato, però, che alla BCE debba essere assicurato un margine di apprezzamento particolarmente largo perché essa si trova chiamata ad applicare previsioni e procedure presentanti una complessità del tutto speciale. Tenendo conto di ciò ha ritenuto legittimo il Programma OMT della BCE basandosi solo sul comunicato stampa con cui essa l'ha annunciato e sulle spiegazioni dalla stessa fornite. Ha, al riguardo, aggiunto che la circostanza che la valutazione

⁸ Cfr., da ultimo, J. L. CRUZ VILAÇA, *L'intensité du contrôle du juge de l'Union en matière de concurrence*, in *Liber Amicorum Marko Ilešić*, Ljubljana 2017, p. 143 ss.

⁹ Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 21 novembre 1991, *Technische Universität München c. Hauptzollamt München-Mitte*, causa C-269/90.

¹⁰ C. CATTABRIGA, *La Corte di Giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, Milano, 1998, p. 218 ss.

¹¹ Al riguardo ha citato le sentenze dell'8 luglio 2010, *Afton Chemical Limited c. Secretary of State for Transport*, Causa C-343/09, par. 28 e del 17 ottobre 2013 *Billerud Karlsborg AB e Billerud Skärblacka AB c. Naturvårdsverket*, causa C-203/12.

compiuta dalla BCE per arrivare all'annuncio di detto Programma "sia oggetto di contestazioni non può bastare, di per sé sola, per rimettere in discussione tale conclusione, dato che, alla luce del carattere controverso che presentano abitualmente le questioni di politica monetaria, dal SEBC non può esigersi altro se non l'utilizzazione delle sue conoscenze specialistiche in campo economico e dei mezzi tecnici necessari di cui esso dispone"¹².

A questo modo la Corte di giustizia non si è espressa su dette contestazioni e, dando evidentemente rilievo alla situazione emergenziale a cui il programma OMT intendeva far fronte, non ha in alcun modo tenuto conto di un'osservazione da tempo avanzata in dottrina con riferimento al vaglio della legittimità di atti discrezionali delle Istituzioni UE: l'osservazione secondo cui, in presenza di atti di Istituzioni UE a cui si debba riconoscere un rilevante margine di discrezionalità implicanti valutazioni tecniche con riferimento alle quali non sia provvista di conoscenze tecniche ed economiche per valutarli, la Corte deve utilizzare mezzi istruttori, quali la perizia, offerti dal proprio statuto e dal proprio regolamento di procedura che le permettano di acquisire, anche d'ufficio, le conoscenze necessarie a svolgere il proprio controllo¹³.

4. (segue) la lata interpretazione del paragrafo 1 dell'art 127 TFUE suggerita dal carattere emergenziale della situazione a cui il Programma OMT intende far fronte

Questo affidamento largamente cieco alle determinazioni che la BCE ha preso adottando il programma OMT – tanto più rilevante in quanto si ritiene che la loro valutazione costituisca un critico problema costituzionale¹⁴ - e questa forte riduzione dei poteri che la Corte normalmente esercita nel vagliare gli atti discrezionali delle Istituzioni dell'Unione¹⁵ sono legati ad un'interpretazione lata – suggerita dal carattere emergenziale della situazione a cui quel programma intende far fronte - del paragrafo 1 dell'art. 127 TFUE, secondo cui "[f]atto salvo l'obiettivo della stabilità dei prezzi, il

¹² Corte di giustizia dell'unione europea, *Gauweiler* e a., causa C-62/14, *cit.*, par. 75.

¹³ C. CATTABRIGA, *La Corte di Giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, *cit.*, pp. 30-31.

¹⁴ F. FABBRINI, *Guest Editor's introduction* in F. FABBRINI (ed), *"The European Court of Justice, the European Central Bank and the Supremacy of EU Law"*, *cit.*, p. 6.

¹⁵ È, evidentemente, al fine di compensare queste caratteristiche del controllo della Corte sull'esercizio delle funzioni tecniche della BCE e di contrastare le più ampie critiche d'illegittimità democratica della sua indipendenza che si valorizza la rendicontazione che la stessa BCE svolge sulle sue attività. Al riguardo S. ANTONIAZZI, *(Il meccanismo di vigilanza prudenziale. Quadro d'insieme)*, in *L'Unione Bancaria Europea*, M. P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), Pisa 2016, p. 197) mette in evidenza che tale rendicontazione si realizza attraverso contatti con il Consiglio, relazioni annuali al Parlamento europeo e ai parlamenti nazionali, con possibilità di comunicazioni, di audizioni dei presidenti dei suoi organi e di richieste di chiarimenti da parte di tutti questi. La BCE considera l'*accountability* essenziale per tutte le attività attribuite alla sua competenza. Essa, quindi, se esercita i suoi compiti in piena indipendenza da condizionamenti politici e da interessi economici settoriali, deve rendere conto dell'attività svolta a istituzioni legittimate con modalità democratiche, in quanto rappresentative dei cittadini e degli Stati membri. A giudizio di quell'autore il bilanciamento tra la sua indipendenza e l'*accountability* imposta da questa rendicontazione costituisce indubbiamente una prima ragione, immediatamente percettibile, dell'accettabilità del sistema.

SEBC sostiene le politiche economiche generali dell'Unione al fine di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione definiti nell'articolo 3 del Trattato sull'Unione europea" a termini del quale "[l]'Unione si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli". La Corte di giustizia, sulla base di un siffatto intendimento di quella disposizione, ritenendosi garante, non solo del rispetto del diritto dell'Unione, ma anche del benessere dei suoi popoli, a fronte della paralisi politica (ma anche giuridica) caratterizzante l'azione degli Stati membri, si è sentita legittimata a porre un freno al tentativo di indebolire la BCE e cioè l'istituzione che, in questi anni, più di tutte le altre, si è fatta carico dell'onere di salvare l'euro e l'Unione¹⁶⁻¹⁷. E così ha riconosciuto al SEBC, non solo la funzione di sostenere le politiche economiche generali dell'Unione, ma anche di svolgere al riguardo un ruolo proattivo¹⁸.

5. La reazione alla sentenza *Gauweiler* della Corte Costituzionale tedesca e le ragioni del suo relativo abbandono del tono della sua ordinanza di rinvio

Abbandonando relativamente il tono sovranista della sua ordinanza di rinvio, la Corte costituzionale tedesca, con sentenza del 21 giugno 2016, ha affermato di seguire l'orientamento della Corte di giustizia e ha ritenuto anch'essa legittimo il Programma OMT senza contestare in alcun modo la discrezionalità riconosciuta alla BCE. Non c'è dubbio che a ciò ha contribuito il modo moderato e cooperativo con cui la Corte di giustizia, nella sentenza *Gauweiler*, ha evitato di reagire al tono con cui, nel caso, richiesta di pronuncia pregiudiziale le era stata presentata. A ciò si aggiunge un secondo elemento costituito dall'attenzione che la Corte di giustizia ha prestato alla giurisprudenza che in Germania, con riferimento al mandato d'arresto europeo, è stata resa in linea con il principio del rispetto della dignità umana e che è stata confermata dalla pronuncia della Corte costituzionale del 15 dicembre 2015¹⁹ secondo cui il principio del primato del diritto dell'Unione e la giurisprudenza *Melloni*²⁰ non esimono i giudici nazionali dall'obbligo di assicurare che il diritto al rispetto della dignità umana

¹⁶ F. MUNARI, *Da Pringle a Gauweiler: i tormentati anni dell'Unione monetaria e i loro effetti sull'ordinamento giuridico europeo*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2015, p. 750; in senso conforme cfr. F. FABBRINI, *op. cit.*, p. 7, che cita la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 settembre 2015, nel caso *Da Silva Carvalho Rico c. Portogallo*, secondo cui "budgetary constraints on the implementation of social rights can be accepted".

¹⁷ Per una qualificazione della sentenza *Gauweiler* come "judgment of institutional empowerment" giustificato, tra l'altro, dall'emergenza richiedente un immediato intervento di politica economica, cfr. T. TRIDIMAS, N. XANTHOULIS, *A Legal Analysis of the Gauweiler Case. Between Monetary Policy and Constitutional Conflict*, cit., pp. 31-32. Per un'analoga osservazione svolta con riferimento non all'attività della Corte di Giustizia, ma all'attività legislativa dell'Unione cfr. F. FABBRINI, *Economic Policy in the EU after the Crisis: Using the Treaties to Overcome the Asymmetry of EMU*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2016, p. 545.

¹⁸ Cfr. T. TRIDIMAS, N. XANTHOULIS, *Ibidem*, p. 33. Per un collegamento di uno svolgimento di un siffatto "proactive role" ad un'idea di perseguire "A More Perfect Union" cfr. il Discorso pronunciato alla *Harvard Kennedy School of Government* il 9 ottobre 2013 da Mario Draghi.

¹⁹ *Bundesverfassungsgericht*, BvR 2735/14.

²⁰ Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 26 febbraio 2013, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal*, causa C-399/11.

sia protetto nel contesto dell'esecuzione di un mandati di arresto basato sul diritto dell'Unione²¹. Con la sentenza *Aranyosi et Căldăraru* del 5 aprile 2016 la Corte di giustizia, in relazione all'esecuzione di un tale mandato di arresto, pur confermando la natura esaustiva dei motivi di non esecuzione di un tale mandato e l'importanza dei principi di mutua fiducia e di mutuo riconoscimento nell'applicazione delle regole relative all'area di libertà, sicurezza e giustizia, si è allineata a detta posizione: è giunta addirittura a statuire che l'autorità giudiziaria richiesta di dare esecuzione a quel mandato, se ha una prova obiettiva ed attendibile che una persona richiesta da un altro Stato membro dell'Unione corra il rischio di subire in questo paese un trattamento inumano, deve a) chiedere all'autorità giudiziaria dello Stato emittente di fornire con urgenza e entro un termine ultimo qualsiasi informazione complementare a quelle contenute nella sua originaria richiesta, b) rinviare la consegna della persona di cui si tratta fino all'ottenimento di informazioni che consentano di escludere la sussistenza di un rischio di un suo trattamento inumano o degradante e c) rinviare l'esecuzione del mandato in parola qualora la sussistenza di siffatto rischio non possa essere esclusa in un termine ragionevole²².

Non c'è dubbio che l'apprezzamento a questo modo manifestata dalla Corte di giustizia alla giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca ed il rilievo che questa le ha dato, incrementando, sulla sua scia, la tutela tradizionalmente assicurata ai diritti fondamentali delle persone, spiegano perché i giudici di *Karlsruhe* siano tornati in qualche misura a manifestare lo spirito di cooperazione espresso nella giurisprudenza antecedente²³.

6. I motivi e le conseguenze della non contestazione da parte dei giudici di Karlsruhe della forte discrezionalità riconosciuta alla BCE dalla Corte di giustizia

Ci si può domandare se l'indicato cambiamento di tono e la non contestazione della forte discrezionalità riconosciuta dalla Corte di giustizia alla BCE, che hanno accompagnato il seguito dato dai giudici di *Karlsruhe* alla pronuncia pregiudiziale da essi richiesta, siano stati per essi puramente funzionali a non apparire in contrasto con questa²⁴ e quindi non abbiano in alcun modo chiuso il problema della discrezionalità da riconoscere alla BCE nella gestione della politica monetaria. La realtà è che i giudici di *Karlsruhe* non hanno assunto detta posizione solo a quel fine. Hanno dichiarato di

²¹ Cfr. A. PLIAKOS, G. ANAGNOSTARAS, *Saving Face? The German Federal Constitutional Court decides Gauweiler*, cit., p. 228.

²² Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 5 aprile 2016, *Pál Aranyosi e Robert Căldăraru*, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, par. 94 e ss.

²³ Cfr., al riguardo, *Bundesverfassungsgericht*, sentenza del 22 novembre 2005, 2 BvR 2661/06, *Mangold/Honeywell*.

²⁴ Sul punto cfr. M. GOLDMANN, *Constitutional Pluralism as Mutually Assured Discretion: The ECJ, the BVerfG, and the ECB*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, p. 19; L.F. PACE, *The OMT case, the "intergovernmental drift" of the Eurozone crisis and the (inevitable) rectification of the BVerfG jurisprudence in light of the ECJ's Gauweiler judgment*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2017, p. 166.

conformarsi alla sentenza resa dai giudici di Lussemburgo, non perché, come è stato, questi ultimi avevano constatato la conformità del Programma OMT al diritto dell'Unione; hanno, invece, sostenuto che quella sentenza aveva statuito, *ex novo*, le condizioni al cui darsi quel programma e la sua attuazione dovevano conformarsi, precisando che l'atteggiamento, da loro arbitrariamente attribuito ai giudici di Lussemburgo, in linea con l'efficacia *erga omnes* delle loro prese di posizione, è destinato ad imporsi anche con riferimento ad ulteriori casi che presentino caratteristiche identiche o analoghe. Ancora più flagrante è il fatto che gli stessi giudici di *Karlsruhe*, ribadendo il proprio intendimento di contenere il più possibile l'indipendenza della BCE, il 17 agosto 2017, hanno inoltrato alla Corte di giustizia una nuova domanda di pronuncia pregiudiziale con riferimento al Programma *Quantitative Easing* (Q.E.), avente anch'esso ad oggetto l'acquisto di titoli di Stato di Paesi dell'area euro. Con questa domanda hanno chiesto alla Corte di giustizia di valutare la conformità di tale programma alle condizioni che hanno preteso fossero state imposte *ex novo* dalla Corte di giustizia ed hanno ancora una volta asserito che, nel caso in cui si dovesse ritenere che l'attuazione del Programma Q.E. non le rispettasse, dovrebbero essere accolte le domande di incostituzionalità di una sua esecuzione da parte del *Bundestag* e del governo federale tedesco e quella di un suo annullamento o di una sua non esecuzione²⁵.

7. Il nuovo rinvio pregiudiziale effettuato dalla Corte Costituzionale tedesca nel caso Q.E. e la sussistenza del problema del controllo della legittimità delle funzioni tecniche esercitate dalla BCE nel caso OMT

Quanto evidenziato nel paragrafo precedente mostra che l'atteggiamento della Corte costituzionale tedesca è sostanzialmente volto, non solo coprire il proprio cambiamento di tono, ma anche a ribadire il proprio intendimento di contenere il più possibile l'indipendenza della BCE. Non può quindi essere escluso che l'atteggiamento adottato dalla Corte costituzionale tedesca nei confronti del metodo seguito dalla Corte di

²⁵ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Weiss e a.*, causa pendente C-493/17, in GUUE C 402 del 27 novembre 2017, p. 9. Ciò non è accettabile perché, è vero che sia il Programma OMT sia il Programma Q.E. sono stati adottati dalla BCE nel quadro della sua funzione di assicurare la stabilità dei prezzi, ma è anche vero che ciascuno di essi volge ad affrontare esigenze diverse. Il primo mira a far fronte a perturbazioni del meccanismo di trasmissione della politica monetaria costituito dalle banche e a un frazionamento del mercato dell'euro; il secondo volge a mantenere nell'area euro un'inflazione che si avvicini al 2%. La deflazione, verificantesi in situazioni in cui questo principio non è rispettato, è considerata pernicioso perché capace di innescare un circolo dannoso per l'economia: consumatori e aziende rimandano i loro acquisti non indispensabili con la conseguenza che le imprese, indotte a ridurre i costi, effettuano tagli, in particolare sui costi relativi al personale. È evidente che, anche per quanto riguarda la legittimità del Programma Q.E., la Corte di giustizia dovrà esaminare in modo accurato ed imparziale tutti gli elementi pertinenti della situazione a cui intende far fronte e la loro proporzionalità rispetto agli obiettivi perseguiti. Dovrà, però, rapportarsi, non ai criteri che la BCE ha seguito per varare il Programma OMT, ma agli elementi sulla cui base essa ha adottato il nuovo programma e alle valutazioni tecniche che l'hanno indotta a ritenerlo adeguato al perseguimento dello specifico obiettivo di superare la deflazione e di assicurare così la sopravvivenza dell'area euro.

giustizia analizzando le determinazioni tecniche compiute dalla BCE nell'adozione del Programma OMT possa riproporsi in relazione al nuovo caso riguardante il Programma Q.E. Ne consegue che potranno essere riprese le critiche alla sentenza *Gauweiler* di chi ha sostenuto che con essa la Corte di giustizia è stata troppo deferente nei confronti della BCE, sacrificando la giustizia in nome di un atteggiamento politico-pragmatico²⁶.

Critiche di questo tipo, cioè al modo in cui la Corte di giustizia è chiamata a controllare la gestione della politica monetaria dell'Unione ed il funzionamento dei meccanismi, anche intergovernativi, funzionanti in parallelo ad essa, non possono essere trascurate. Rilevanti, infatti, sono le conseguenze che l'una e l'altro hanno e possono determinare per gli Stati membri e i loro cittadini²⁷.

All'esame approfondito che di quelle critiche potrà essere compiuto, agli argomenti già forniti dalla Corte di giustizia si può sin d'ora aggiungere che: a) l'indipendenza della BCE tiene conto delle particolarità della politica monetaria, secondo cui una Banca centrale indipendente garantisce il valore della moneta e quindi i fondamenti economici generali per la politica di bilancio statale meglio degli organi sovrani, i quali, nel loro agire, sottostanno all'approvazione a breve termine delle forze politiche, b) gli organi giudiziari, se dovessero esercitare un più largo controllo giurisdizionale sugli atti della BCE, dovrebbero basarsi su competenze economiche esterne, con la conseguenza che si giungerebbe ad attribuire una prevalenza di una competenza economica su un'altra, c) le scelte di politica monetaria riguardano tutti gli Stati membri dell'area euro, ed il loro eventuale annullamento da parte di organi giudiziari, incidendo negativamente sulla stabilità della moneta comune, metterebbe a rischio l'esistenza della zona euro e lo stesso processo di integrazione europea.

8. Conclusioni

L'analisi svolta nei precedenti paragrafi non ha solo evidenziato il carattere ancora aperto che presenta il problema della conformità al principio di legalità del controllo che la Corte di giustizia svolge sulle funzioni tecniche espletate dalla BCE in un contesto emergenziale rispetto a quello che la Corte svolge in via generale su atti che le Istituzioni UE pongono in essere nell'esercizio di loro poteri discrezionali. Essa ha anche evidenziato il passaggio della Corte costituzionale tedesca da una posizione

²⁶ C. JOERGES, *EUROPE'S Economic Constitution in Crisis and the Emergence of a New Constitutional Constellation*, in *German Law Journal*, 2014, vol.15, n. 5, p. 985. Le critiche rivolte all'eccessiva deferenza manifestata dalla Corte di giustizia nei confronti della BCE per quanto riguarda il Programma OMT sono state espresse dal Parlamento europeo a quelle espresse dalla stessa Corte nei confronti del ruolo e dell'operato della troika (BCE, Commissione e FMI) con riferimento alla negoziazione, alla conclusione e al monitoraggio degli accordi di aggiustamento economico e strutturale a cui la BCE ha previsto fosse condizionata l'assistenza finanziaria prevista da detto programma. Sul punto cfr. la risoluzione del Parlamento europeo (P7_TA(2014)0239) del 13 marzo 2014 relativa all'indagine sul ruolo e le attività della troika (BCE, Commissione e FMI) relativamente ai paesi dell'area dell'euro oggetto di programmi (2013/2277(INI)), in GUUE C 378 del 9 novembre 2017, pp. 182–199.

²⁷ Cfr. R. CAFARI PANICO, *L'affievolimento dei diritti nella crisi economica e politica dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, p. 292 ss.

sovranista ad una posizione quanto meno apparentemente opposta di cooperazione. L'indicato passaggio costituisce un fenomeno interessante perché è stato caratterizzato dall'attenzione prestata dalla Corte di giustizia ad una pronuncia relativa ad un settore dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia che, resa dalla Corte costituzionale di uno Stato membro, ha favorito un clima atto a temperare contrasti tra quelle due Corti esistenti in relazione ad una materia completamente diversa, quale la politica monetaria.

L'attenzione reciproca che, sia pure con i limiti indicati nel paragrafo 5, si è avuta tra la Corte di giustizia e la Corte Costituzionale tedesca è auspicabile sia di esempio per un recupero dell'attenzione vicendevole che, con il passare del tempo, è in via generale maturata nei rapporti tra i giudici di Lussemburgo e quelli della Consulta e che si è attenuata in relazione all'applicazione dell'art. 325 TFUE. Questa attenuazione ha preso avvio dalle modifiche apportate agli artt. 160 e 161 del codice di procedura penale italiano che hanno importato un allungamento dei termini di prescrizione con riferimento a reati in materia di I.V.A., allungamento sulla cui compatibilità con il diritto dell'Unione la Corte di giustizia è stata richiesta di pronunciarsi. La Corte di giustizia, con una sentenza dell'8 settembre 2015²⁸, ha tenuto conto dell'art. 49 della Carta dei Diritti Fondamentali UE che sancisce il principio di legalità in materia penale stabilendo che "nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale" e non ha prestato attenzione all'art. 25, secondo comma, della Costituzione che accoglie un principio di legalità più ampio secondo cui una persona può essere punita per un delitto solo sulla base di una legge, e quindi anche sulla base di ciò che questa dispone quanto al termine di prescrizione entrato in vigore prima del delitto in questione. Di conseguenza, pur lasciando ai giudici italiani la verifica dell'applicabilità di quanto si è premurata fermamente di affermare, ha dichiarato che la regolamentazione italiana, modificativa degli articoli del codice di procedura penale in questione, poteva compromettere il rispetto dell'obbligo dello Stato italiano, previsto dall'art. 325 TFUE, d'imporre sanzioni effettive e dissuasive in relazione a casi di frode lesive degli interessi finanziari dell'Unione.

A seguito di questa sentenza la Corte di Cassazione italiana e la Corte d'Appello di Milano hanno avanzato una questione di costituzionalità della legge di ratifica del Trattato di Lisbona per la parte in cui ha autorizzato l'applicazione in Italia dell'art. 325 TFUE come interpretato dalla sentenza della Corte di giustizia nel 2015. Queste due giurisdizioni hanno lamentato che la Corte di giustizia non avesse prestato alcuna attenzione al principio di legalità delle pene sancito dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione italiana.

La Corte costituzionale, in uno spirito di leale cooperazione e di fiducioso dialogo con la Corte di giustizia, prima di pronunciarsi sulla questione sottoposta, con ordinanza n. 24 del 23 novembre 2016, ha rivolto a quest'ultima una ulteriore questione pregiudiziale con la quale l'ha invitata a ritornare sulla propria pronuncia del 2015,

²⁸ Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, sentenza dell'8 settembre 2015, procedimento penale a carico di *Ivo Taricco e altri*, causa C-105/14.

sostenendo che l'art. 49 della Carta e l'art. 25 della Costituzione italiana esprimono sostanzialmente il medesimo principio. Per essa la legittimità e la forza dell'unità in seno ad un ordinamento composito e plurale, quale l'ordinamento UE, nascono dalla capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare l'identità nazionale insita nella struttura fondamentale degli Stati membri. Le ha, di conseguenza, chiesto di precisare se devono essere lasciati inapplicati i nuovi articoli 160 e 161 del codice di procedura penale in relazione all'incompatibilità che essi presentano con l'art. 325 TFUE, anche se ciò concreterebbe una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene.

La Corte di giustizia, pronunciandosi al riguardo il 5 dicembre 2017 con la sentenza *M.A.S. e M.B.*²⁹, ha risposto negativamente al quesito sottoposto rilevando che alla data dei fatti di causa il regime della prescrizione applicabile ai reati in materia di I.V.A. non era oggetto di armonizzazione da parte del legislatore dell'Unione e che l'Italia era libera, a tale data di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico, detto regime ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati ed alla determinazione delle pene, nel diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto, come queste ultime norme, al principio di legalità dei reati e delle pene.

La comprensione e la cooperazione reciproca, manifestate al punto di vedere la Corte costituzionale italiana cercare di far pacatamente comprendere il suo punto di vista alla Corte di giustizia e questa ritornare sulla posizione presa l'8 settembre, sono state rilevantemente favorite da incontri tra larghe delegazioni delle due Corti, avvenuti nell'ultimo anno a Roma e Lussemburgo, in cui la tematica in questione è stata ampiamente trattata. Questi incontri sono stati, però, seguiti da una conferenza in Spagna tra i membri delle Corti supreme degli Stati membri. Ad essa un membro della Corte costituzionale italiana, che era entrato a far parte di questa dopo quegli incontri e non aveva potuto risentire dell'avvicinamento tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia in essi maturato, ha presentato una relazione con la quale ha reagito fortemente alla sentenza *Taricco I* ed alle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale nella causa *M.A.S. e M.B.* che tendevano a rigidamente confermare quella sentenza. In quella relazione, ampiamente articolata ed argomentata, e certamente portata a conoscenza di tutti i membri della Corte costituzionale italiana incidendo sensibilmente su di essi, si è sostenuto che a) l'asse costituitosi tra i giudici comuni e la Corte di giustizia rischia di erodere ruolo e poteri della giurisdizione costituzionale e di emarginare la Costituzione nazionale ed i valori identitari in essa espressi e b) si è avuto un "traboccamento" della Carta dei diritti fondamentali rispetto alle Costituzioni degli Stati membri.

La posizione così espressa ha trovato eco, all'interno della Corte costituzionale, in una procedura in cui questa, su richiesta della Commissione tributaria provinciale di Roma, il 7 novembre 2017 con sentenza n. 269 si è pronunciata sulla legittimità costituzionale di un Decreto Legge del 24 gennaio 2012, convertito con modificazioni dalla Legge 24 marzo 2012, che, al fine di assicurare il funzionamento dell'Autorità

²⁹ Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, sentenza del 5 dicembre 2017, procedimento penale a carico di *M.A.S. e M.B.*, causa C-42/17.

Garante della Concorrenza e del Mercato, prevede l'applicazione di contributi a carico di imprenditori con fatturato superiore a 50 milioni di euro.

In tale sentenza la Corte Costituzionale, pur rilevando che la questione sottoposta non concernesse il contrasto di norme nazionali con il diritto dell'Unione Europea, in quanto tali norme erano destinate a trovare applicazione in relazione ad una società italiana avente sede in Italia, ha inserito una precisazione che più che un *obiter dictum* pare costituire l'enunciazione di una sua nuova dottrina sulla diretta applicabilità di norme dell'Unione sufficientemente determinate³⁰. Con tale precisazione ha profilato che, ove davanti ai giudici italiani sia invocata l'incompatibilità di una disposizione legislativa interna non solo con norme del diritto dell'Unione direttamente applicabili, ma anche con la Carta dei diritti fondamentali UE e con la Costituzione italiana e la questione del contrasto con quest'ultima sia stata devoluta alla Corte costituzionale, quei giudici devono comportarsi tenendo conto di quanto sancito dalla Corte di giustizia con la sentenza del 22 giugno 2010 nella causa *Aziz Melki* (C-188/10) e *Sélim Abdeli* (C-189/10), a termini della quale il diritto dell'Unione "non osta" al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità di competenza delle Corti costituzionali, purché i giudici ordinari restino liberi di sottoporre alla Corte di giustizia "in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata" e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria, di "adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione"; di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione³¹.

È ragionevole ritenere che questo atteggiamento sia stato determinato dalla mancata attenzione al principio di legalità di cui all'art. 25 della Costituzione italiana, riscontrabile nella sentenza *Taricco*, e dal fatto che esso sia stato espresso prima della sentenza resa dalla Corte di giustizia nel caso *M.A.S. e M.B.* e dopo le conclusioni che, nello stesso caso, a difesa della sentenza *Taricco*, l'Avvocato generale ha presentato il 18 luglio 2017.

È stato giustamente notato che, ove i giudici ordinari italiani di fronte ad una pretesa di incompatibilità della legge interna con la Costituzione e con la Carta dei diritti fondamentali non facciano rinvio alla Consulta, nessun problema si pone³². La precisazione dei giudici della Consulta contenuta nella sentenza 269/2017 assume, invece, una significativa rilevanza ove un tale rinvio sia stato effettuato. Ciò perché, mentre la non applicazione di una legge interna incompatibile con norme comunitarie

³⁰ Per una sua analoga qualificazione come "*constitutional canon*" cfr. C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il "cammino comunitario": invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 2017, n.12.

³¹ Corte Costituzionale, sentenza del 7 novembre 2017, n. 269, punti 5.2 e 5.4.

³² L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi ?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 3, del 31 gennaio 2018, p. 7.

direttamente applicabili lascia sussistere la vigenza della prima nell'ordinamento interno, la dichiarazione di una sua illegittimità mediante procedura costituzionale la elimina completamente da tale ordinamento. Si tratta di due fenomeni distinti ed autonomi, la cui distinzione e la cui autonomia implica naturalmente che l'uno possa prendere grado e svolgersi parallelamente all'altro. Non è, perciò, privo di significato che la precisazione contenuta nella sentenza n. 269/2017, per prospettare ai giudici ordinari come si devono comportare, faccia puntualmente richiamo, al punto n. 5.2 di questa, all'affermazione secondo cui il funzionamento dell'art. 267 TFUE esige che il giudice nazionale sia libero "di disapplicare, al termine del procedimento incidentale di costituzionalità, la disposizione legislativa di cui trattasi" e non sia libero comunque di disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, la disposizione in questione, come invece qualcuno fa³³.

Il fatto che la Corte costituzionale profili che la non applicazione di una legge interna incompatibile con norme del diritto dell'Unione direttamente applicabili, e a un tempo con la Carta dei diritti fondamentali UE e con la Costituzione italiana, debba avvenire tenendosi conto del fatto che la Corte di giustizia ha affermato che essa possa essere sospesa sino al completamento della procedura di legittimità costituzionale non può non apparire segno di una sua intenzione di incidere innovativamente sul principio sin qui rispettato della diretta applicabilità di norme dell'Unione generalmente chiare, precise e determinate³⁴.

Sarà interessante vedere quanto, sulla scia di ciò che, come sopra indicato, è avvenuto in Germania, la sopravvenienza della sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 2017 nel caso *M.A.S. e M.B.* potrà rimuovere questa apparenza.

³³ A. BARBERA, *La carta dei diritti: per un dialogo fra la corte italiana e la corte di giustizia*, in *Rivista Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2017, n. 4.

³⁴ Dal contenuto globale di quanto sopra riportato, in corrispondenza della nota 32, la Corte di Cassazione, seconda sezione civile, con ordinanza interlocutori del 19 febbraio 2018 (punto 11.3.8), adottata su ricorso proposto da *B. c. Consob Commissione nazionale Società di Borsa*, ha, in sostanziale sintonia con quanto qui sostenuto nel testo, tratto che parrebbe doversi desumere, nel sistema delineato dalla sentenza n. 269/2017, dopo il giudizio di legittimità costituzionale, il potere del giudice comune di disapplicare la disposizione legislativa nazionale che abbia superato il vaglio di costituzionalità, sia limitato all'ipotesi che tale giudice ravvisi – eventualmente all'esito di un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE – un contrasto con il diritto dell'Unione per profili diversi da quelli esaminati dalla Corte costituzionale. Ha, poi, immediatamente svolto un'osservazione articolata in due punti. Ha, innanzitutto, rilevato che tale limitazione "non sembra compatibile con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea"; ha, inoltre, ancora direttamente dopo, proseguito precisando che ancora nella recentissima sentenza del 20 dicembre 2017, *Global Starnet Ltd c. Ministero dell'Economia e delle Finanze e Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato* (causa C-322/16) la Corte ha affermato, in un secondo punto, che "l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa e l'effetto utile dell'art. 267 TFUE risulterebbe sminuito se, a motivo dell'esistenza di un procedimento di controllo di costituzionalità, al giudice nazionale fosse impedito di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte e di dare immediatamente al diritto dell'unione un'applicazione conforme alla decisione o alla giurisprudenza della Corte". Anche se tra il primo ed il secondo punto dell'osservazione non c'è coerenza, l'importante è che la Corte di cassazione ha ritenuto necessario un chiarimento e per averlo ha fatto rinvio alla Corte costituzionale, che potrà far chiarezza non solo sul secondo punto, ma anche sul primo.

ABSTRACT: Lo studio analizza il contributo che l'attenzione vicendevole della Corte costituzionale tedesca e della Corte di giustizia a rispettive pronunce in materia di spazio di libertà, sicurezza e giustizia ha avuto per il miglioramento dei loro rapporti relativamente al controllo giurisdizionale della politica monetaria della BCE. Auspica che quell'attenzione serva di esempio per il superamento di recenti incomprensioni tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia in relazione all'applicazione nel nostro Paese dell'art. 325 TFUE.

KEYWORDS: controllo giurisdizionale – funzioni tecniche BCE – situazione emergenziale – libertà, sicurezza e giustizia/giurisprudenza – politica monetaria – principio di legalità – prescrizione

THE LEGALITY PRINCIPLE RESPECT, THE COURT OF JUSTICE AND THE CONTROL OF THE TECHNICAL COMPETENCES OF THE EUROPEAN CENTRAL BANK

ABSTRACT: The essay illustrates show the reciprocal attention paid by the Court of Justice and the *Bundesverfassungsgericht* top their freedom, security and justice's case law has contributed to better their relations to the jurisdiction control of the European Central Bank monetary policy and indicates that reciprocal attention as an example to be followed to overcome a misunderstanding recently arisen between the Court of Justice and the Italian Constitutional Court with reference to the application in Italy of article 325 TFEU.

KEYWORDS: jurisdictional control – technical functions ECB – emergency situation – freedom, security and justice/case law – monetary policy – legality principle – prescription.