



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2018 FASC. II

(ESTRATTO)

GIOVANNI COMAZZETTO

LUCI E OMBRE DEL DIALOGO TRA CORTI: LA "SAGA TARICCO"

TRA *REVIREMENTS* E QUESTIONI IRRISOLTE

7 MAGGIO 2018

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Giovanni Comazzetto*

Luci e ombre del dialogo tra Corti: la “saga Taricco” tra *revirements* e questioni irrisolte

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Ciascuno a suo modo*: la “saga Taricco” in tre atti. – 2.1 Atto primo. La controversa decisione di condanna di un sistema irragionevole. – 2.2 Atto secondo. La Corte costituzionale interviene a difesa dell’identità costituzionale, senza rinunciare al dialogo. – 2.3 Atto terzo. L’ambigua risposta della Corte di giustizia, tra volontà di disinnescare l’arma dei controlimiti e salvaguardia della *primauté*. – 3. La base giuridica della decisione e le reticenze della Corte di giustizia. – 3.1 Il dilemma dell’identità, tra autocomprensione e controlimiti. – 3.2 L’enigma costituzionale dell’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. – 3.3 *Es sei denn*: le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tra osmosi interordinamentale, “funzionalizzazione” agli interessi europolitani e salvaguardia delle identità nazionali. – 4. Intersezioni e conflitti tra ordinamenti nel *pluralisme désordonné* dell’Unione europea. Meno d’una conclusione.

1. Premessa

In varietate concordia: nell’efficace e ossimorico motto dell’Unione europea è racchiusa tutta la complessità della sfida che il processo di integrazione (politica, giuridica, economica e culturale) ha rivolto agli studiosi europei negli ultimi decenni. Ci può essere armonia tra diversi su una scala così ampia, tra tante nazioni che provengono da tradizioni talvolta molto distanti? Ci può essere sovranità *condivisa*, priva di un decisore ultimo e di un punto archimedeo? È pensabile un progetto politico che unisca tante identità diverse senza annichilirne l’irripetibile unicità, ed esiste in Europa un pensiero politico davvero *plurale*? Come osserva Edgar Morin, la difficoltà di concepire l’Europa è legata «al modo classico di pensare, in cui l’idea di unità diluisce l’idea di molteplicità e di metamorfosi, in cui l’idea di diversità conduce al catalogo di elementi giustapposti»¹. L’Europa delle diversità, dell’*unitas multiplex*, impone di affrontare sotto differenti prospettive il tema dell’*identità*, della ridefinizione costante del sé a contatto con l’altro, della moltiplicazione e sovrapposizione delle obbligazioni politiche, della crescente e inarrestabile mobilità dei confini, della sussidiarietà – criterio intrinsecamente *mobile* – come principio cardine della distribuzione delle competenze tra i diversi livelli di governo.

È agevole percepire nella dottrina costituzionalistica odierna un diffuso senso di spaesamento dinanzi agli straordinari cambiamenti che hanno attraversato lo scenario giuridico tardonovecentesco: punti fermi, apparentemente inattaccabili dall’usura del tempo, legati ai protagonisti della creazione giuridica (i legislatori), alla concezione del diritto (il normativismo, *in primis*) e all’organizzazione gerarchica dello stesso (la struttura piramidale del sistema delle fonti del diritto), sembrano essere stati travolti da una «rivoluzione costituzionale»². Gli organismi giudiziari si trovano sempre più al centro dei sistemi giuridici, al punto che si parla spesso di “*governance* giudiziaria” o di “*juristocracy*”; carte dei diritti e corti preposte alla garanzia della loro applicazione si moltiplicano e sovrappongono, determinando, in una con la diffusione ed estensione dei valori del costituzionalismo, straordinari problemi di coordinamento tra diversi livelli di tutela e di complicazione della geografia giudiziaria.

In un contesto di eterna transizione nel quale si fatica ad intravedere un disegno coerente e «chiamare le cose coi loro nomi»³, perché sembrano mancare gli strumenti concettuali per cogliere un’architettura straordinariamente più complessa di quella cui ci si era abituati – anche in forza dell’illusione prospettica che viziava il riduzionismo politico-giuridico moderno⁴ –, la costellazione

* Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale nell’Università degli Studi di Padova.

¹ E. MORIN, *Pensare l’Europa*, Milano, 1988, 24.

² M.R. FERRARESE, *Dal «verbo» legislativo a chi dice l’«ultima parola»: le corti costituzionali e la rete giudiziaria*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2011, 63.

³ Qualità massimamente elogiata da Giacomo Leopardi, v. G. LEOPARDI, *Pensieri*, Milano, 2017⁶, 33.

⁴ Cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007³, 55 ss.

di teorie elaborate per ricostruire i rapporti tra le varie componenti dell'Europa unita, in particolare Stati membri e istituzioni dell'Unione, ricomprende concezioni di matrice statocentrica o, all'opposto, eurocentrica, ma anche un coacervo di modelli ibridi e "bidirezionali", vere e proprie teorie della "complessità costituzionale" che afferiscono al *constitutional pluralism*. Teorie, queste ultime, che tuttavia, nella loro esaltazione della complessità e nel rigetto di qualsivoglia gerarchia normativa appaiono, spesso, piuttosto come descrizioni del confuso *status quo*, fotografie giuridiche del *dis-ordine*, che come convincenti ricostruzioni di un possibile ordinamento giuridico "plurale"; è stato correttamente osservato che «we have not seen any convincing proposal of how a non-hierarchical legal order would work in practice while remaining a legal order»⁵. Le più innovative concezioni dell'ordinamento eurounitario rischiano perciò di rivelarsi, così come la celebre scala wittgensteiniana, soluzioni transitorie che, se pure utili a farci raggiungere una migliore comprensione della complessità ordinamentale europea, debbono essere gettate via subito dopo l'utilizzo.

Ciò che accomuna molte di queste ricostruzioni delle relazioni interordinamentali è senza dubbio la centralità riservata al diritto giurisprudenziale: non si può non concordare con l'affermazione secondo cui il diritto costituzionale è oggi «sempre più identificabile attraverso le sequenze di una giustizia costituzionale consegnata non solo alle Corti costituzionali statali, ma anche ad un circuito giudiziario assai più ampio»⁶. Aspetto, questo, che non può certo sorprendere, essendo dotato il diritto eurounitario fin dalla nascita di «caratteri marcatamente giurisprudenziali, e [...] proprio sul terreno dei diritti fondamentali del cittadino europeo»⁷. La Corte di giustizia ha infatti, com'è noto, elaborato casisticamente un catalogo di diritti fondamentali, senza riferimenti normativi espressi nei Trattati istitutivi, sull'onda di alcune pronunce delle Corti costituzionali nazionali e avvalendosi, in quest'opera di autentica *invenzione* del diritto costituzionale europeo, dell'apporto delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Un percorso in ogni caso tutt'altro che lineare: le «magnifiche sorti e progressive» non s'accordano alla storia costituzionale dell'integrazione europea, segnata piuttosto da brusche fermate e inopinate ripartenze, dall'essere costantemente *in fieri*, esposta agli opposti rischi dell'annientamento delle differenze e della frammentazione politica, finanche la disgregazione.

In tempi costituzionalmente difficili, quando non sconcertanti, la Corte di giustizia è chiamata a svolgere un ruolo fondamentale: garantire l'uniforme interpretazione del diritto eurounitario, lasciando al contempo uno spazio adeguato al dispiegarsi delle tradizioni nazionali, dal momento che l'unità assoluta porterebbe all'annichilimento delle identità particolari, mentre l'assoluta diversità determinerebbe la dissoluzione del progetto europeo⁸. Dalla sua giurisprudenza è allora necessario che emerga la «vocazione "pluralista" dell'istituzione stessa, che vuole edificarsi e crescere nello scrupoloso rispetto dell'identità costituzionale di ciascuno degli ordinamenti nazionali da cui risulta composta»⁹, così come dalla giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali è bene che risulti quella *Europarechtsfreundlichkeit*, letteralmente "amichevolezza nei confronti del diritto UE", di cui parla nella sentenza *Mangold/Honeywell*¹⁰ la Corte costituzionale pur storicamente più "diffidente" nei confronti dell'integrazione europea, ovvero il *Bundesverfassungsgericht*.

È coerente con la succitata vocazione pluralista l'atteggiamento mantenuto dalla Corte di giustizia nella cosiddetta "saga Taricco", recentemente pervenuta ad un nuovo capitolo – certamente non

⁵ J. BAQUERO CRUZ, *Legal Pluralism and Institutional Disobedience in the European Union*, in J. KOMÁREK-M. AVBELJ (a cura di), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford-Portland, 2012, 255.

⁶ M.R. FERRARESE, *Dal «verbo» legislativo a chi dice l'«ultima parola»*, cit., 66.

⁷ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017, 99.

⁸ Cfr. K. LENAERTS, *The European Court of Justice and the Comparative Law Method*, 25 *European Review of Private Law*, Issue 2, 2017, 298 ss.

⁹ A. RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema"*, in [Diritti Comparati](#), 2 aprile 2013, 3.

¹⁰ 2 BvR 2661/06, 6 luglio 2010.

l'ultimo¹¹? È lecito dubitarne, soprattutto leggendo i numerosi contributi della dottrina al riguardo. Il caso *Taricco* rappresenta senza ombra di dubbio uno dei non frequentissimi esempi di pronunce della Corte di giustizia che negli ultimi anni hanno suscitato un vivissimo dibattito in dottrina, emergendo dal profluvio di decisioni di “ordinaria amministrazione” giudiziaria, e da cui gli studiosi traggono (o pretendono di trarre) indicazioni preziose circa l'orientamento della massima giurisdizione europea sulle questioni centrali del processo di integrazione, finanche sulla stessa conformazione dell'ordine giuridico europeo.

Con la pronuncia in esame la Corte è andata ad incidere su un settore degli ordinamenti nazionali ritenuto (non c'è quasi bisogno di evidenziarlo) particolarmente sensibile, il diritto penale; settore nel quale massimamente si manifesta la sovranità degli Stati membri. Era forse la prima volta, per quanto riguarda il nostro ordinamento, che una decisione del giudice europeo andava a detrimento, piuttosto che a vantaggio, dei diritti dell'imputato¹². Ad un primo sguardo, erano e sono tutt'ora in gioco, in questa controversa vicenda giudiziaria, due principi altrettanto fondamentali nel patrimonio costituzionale europeo: da una parte la *primauté* del diritto eurounitario, in questo caso del diritto primario (art. 325 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea¹³, paragrafi 1 e 2); dall'altra parte i principi supremi dell'ordine costituzionale interno – con particolare riferimento al principio di legalità in materia penale –, ritenuti limite invalicabile all'ingresso del diritto eurounitario contrastante e tutelati altresì, in via di autolimitazione (ossia di “europeizzazione” dei controllimiti), dall'art. 4 par. 2 del Trattato sull'Unione Europea¹⁴.

Risulta quasi impossibile soffermarsi su tutte le questioni sollevate da questa complessa saga giudiziaria; può giovare piuttosto l'analisi di alcuni delicati, centrali profili di diritto costituzionale, che emergono dal raffronto tra l'ordinanza di rimessione della Corte costituzionale italiana e la replica

¹¹ Il 10 aprile 2018 la Corte costituzionale ha emesso un comunicato stampa nel quale anticipa i contenuti della sentenza che ha deciso sulle questioni di legittimità costituzionale della legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona, nella parte in cui essa dà esecuzione all'articolo 325 del TFUE come interpretato dalla Corte di giustizia con la [sentenza Taricco I](#) (il testo del comunicato stampa è reperibile all'indirizzo telematico https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20180410195603.pdf). In attesa di leggere il testo della sentenza, giova sottolineare come l'interesse suscitato da questa decisione – che risulta attestarsi nel senso dell'infondatezza della questione sollevata, alla luce di quanto statuito dalla Corte lussemburghese nella [sentenza Taricco II](#) – risieda principalmente nel conoscere le indicazioni che darà la Corte costituzionale non tanto ai giudici rimettenti (essendo la disapplicazione delle regole prescrizionali rispetto ai giudizi a quibus esclusa *expressis verbis* dalla stessa Corte di giustizia), quanto a tutti i giudici comuni. Come preconizzato da Roberto Bin (*Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) 2 febbraio 2018), infatti, altri giudizi potrebbero instaurarsi con riguardo ai termini di prescrizione di reati per frodi IVA, commessi dopo la [sentenza Taricco I](#) e dopo l'emanazione della direttiva UE 2017/1371 che ha implicato una parziale armonizzazione dei regimi prescrizionali relativi ai reati in questione. I giudici di merito investiti di questi giudizi si troverebbero nuovamente dinanzi al problema della disapplicazione delle norme del codice penale, come richiesto dalla [Taricco II](#), sia pure subordinatamente alla verifica della sufficiente determinatezza della legge applicabile. Sarebbe dunque opportuno un intervento “a monte” della Corte costituzionale, tale da vagliare la determinatezza della “regola Taricco” – costituendo peraltro già un “precedente” piuttosto significativo quanto affermato sul punto dalla stessa Consulta nell'ordinanza 24/2017 – e inverare appieno quella funzione di *reductio ad unitatem* che il giudice costituzionale è sembrato voler rivendicare a sé con forza in alcune recenti pronunce, anche a fronte del rischio di una sua progressiva emarginazione dal circuito giudiziario europeo a vantaggio del raccordo giudici comuni-Corte di giustizia e di una silente parcellizzazione e dispersione delle garanzie costituzionali nazionali (sul punto v. *infra*, par. 4 del presente scritto). Sul fatto che la questione della “paralisi” della regola *Taricco* nell'ordinamento italiano per difetto di determinatezza non sia affatto chiusa, nonostante il parziale dietrofront della Corte lussemburghese sul punto, v. per tutti E. LUPO, *Gli scenari futuri parzialmente incerti di una sentenza difficile* (Relazione conclusiva al convegno *Primato del diritto dell'Unione e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: la sentenza della Corte di giustizia nella causa C-42/17 e gli scenari futuri*, Corte di cassazione, 1° febbraio 2018, reperibile all'indirizzo telematico http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Pres_Lupo_febbraio_2018.pdf, il quale ad esempio ritiene doveroso per il giudice nazionale un separato esame del par. 2 dell'art. 325 TFUE, il cui disposto, se è accomunato a quello del par. 1 sotto l'aspetto della irretroattività, non può essere travolto dalla valutazione di indeterminatezza data allo stesso par. 1.

¹² Cfr. M. GAMBARDELLA, *La sentenza Taricco 2: obbligo di disapplicazione in malam partem “a meno che” non comporti una violazione del principio di legalità*, in *Cass. pen.*, 1/2018, 121-122.

¹³ D'ora innanzi TFUE.

¹⁴ D'ora innanzi TUE.

della Corte di giustizia, e che attengono all'interpretazione di alcune norme cardine dei rapporti tra ordinamenti nazionali e ordinamento eurounitario; l'analisi delle pronunce indicate darà altresì l'abbrivio ad alcune notazioni in merito alle recenti evoluzioni dei rapporti tra Corti costituzionali nazionali e Corte di giustizia. A una siffatta indagine, foriera piuttosto di interrogativi che di certezze in merito all'attuale stato dello *ius commune europaeum*, e al delicatissimo equilibrio tra i due poli contenuti nel motto dell'Unione citato in esordio al presente scritto, sarà premesso un breve riassunto della vicenda giudiziaria da cui tutto è scaturito, sulla quale si è soffermata lungamente la dottrina sia costituzionalistica che penalistica.

2. Ciascuno a suo modo: la “saga Taricco” in tre atti

Si descriverà sinteticamente, per tappe, il dispiegarsi della trama della saga *Taricco*. Muovendo dal rinvio pregiudiziale sollevato dal Tribunale di Cuneo, si giungerà alla disamina della sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015, [causa C-105/14, Taricco \(d'ora innanzi Taricco I\)](#); di seguito, si affronteranno i temi enucleati dalla Corte costituzionale italiana, tramite domanda di pronuncia pregiudiziale, nell'[ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24](#); si analizzerà infine la replica della Corte di giustizia nella decisione del 5 dicembre 2017, [causa C-42/17, M.A.S. e M.B \(d'ora innanzi Taricco II\)](#). Tra le molteplici letture di questa saga giudiziaria, è possibile privilegiare quella che pone al centro del dialogo tra Corte di giustizia e Corte costituzionale italiana il tema dell'instabilità della propria visione di sé, della realtà ordinamentale cui si appartiene e delle relazioni con ciò che è *altro da sé*. Come la commedia pirandelliana *Ciascuno a suo modo* ha ad oggetto «il dramma dell'insicurezza, dell'inconsistenza, del dubbio di sé e degli altri, del continuo mutar d'opinione, in un dramma quindi che sembra anch'esso lasciato aperto, inconcluso, incompiuto»¹⁵, così la saga *Taricco* palesa in tutta la loro drammaticità l'instabilità e l'incertezza delle relazioni interordinamentali nello spazio costituzionale europeo, rispecchiate dalla difficoltà delle stesse Corti, nazionali e sovranazionali, ad interloquire e trovare punti di riferimento comuni.

2.1 Atto primo. La controversa decisione di condanna di un sistema irragionevole

La saga *Taricco* ha inizio a Cuneo. Questo il *casus belli*: il sig. Taricco e vari altri imputati si trovano dinanzi al Giudice per l'udienza preliminare del Tribunale di Cuneo; trattasi di un procedimento penale per associazione a delinquere allo scopo di commettere vari delitti in materia di IVA (le note “frodi carosello”). Il giudice italiano, invocando l'intervento della Corte di giustizia, precisa che in ordine ai reati contestati (puniti ai sensi degli artt. 2 e 8 del d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74) il termine di prescrizione non potrà essere prorogato, nonostante l'eventuale interruzione della stessa, oltre il limite massimo di un quarto della sua durata iniziale (in applicazione del combinato disposto dell'art. 160, ultimo comma, del Codice penale e dell'art. 161 dello stesso codice). Secondo il giudice del rinvio, è dunque certo che tutti i reati, ove non ancora prescritti, lo saranno entro l'8 febbraio 2018, ossia prima che possa essere pronunciata sentenza definitiva; questo l'esito del citato meccanismo che regola l'interruzione del termine prescrizione. Da ciò consegue che gli imputati, accusati di aver commesso una frode in materia di IVA per svariati milioni di euro, potranno beneficiare di un'impunità di fatto dovuta allo scadere del termine di prescrizione. Il giudice del rinvio si trova pertanto a denunciare non una patologia relativa al singolo caso in esame, bensì un'irragionevole disciplina generale della prescrizione che è idonea a pregiudicare *in modo sistematico* la pretesa punitiva dello Stato in ordine ai reati sopraccennati, ledendo altresì – e, dal punto di vista del diritto europeo, *soprattutto* – gli interessi finanziari dell'Unione. Come evidenzierà in seguito il giudice di Lussemburgo, in questo tipo di casi l'impunità di fatto costituirebbe in Italia «non un'evenienza rara, ma la norma» (punto 24 della [sentenza Taricco I](#)).

¹⁵ U. MARIANI, *La creazione del vero: il maggior teatro di Pirandello*, Firenze, 2001, 96.

La risposta della Corte di giustizia si allinea alle conclusioni dell'Avvocato generale Kokott¹⁶, a parere della quale l'incompatibilità del regime italiano della prescrizione con la legislazione europea – rispetto non tanto alla direttiva 2006/112/UE in materia di IVA e alle altre disposizioni del TFUE invocate dal giudice del rinvio, quanto piuttosto ai paragrafi 1 e 2 dell'art. 325 TFUE, invero neppure citati da quest'ultimo – ne impone in capo al giudice comune la disapplicazione, «senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale», conformemente alla consolidata giurisprudenza della Corte (punti 106-111 dell'*Opinion* e punto 49 della sentenza). L'articolo 325 TFUE obbliga gli Stati membri a lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure dissuasive ed effettive (par. 1) e, in particolare, li obbliga ad adottare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro interessi finanziari (par. 2); tali disposizioni, peraltro di diritto primario, pongono in capo agli Stati membri «un obbligo di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione quanto all'applicazione della regola in esse enunciata» (punto 51 della sentenza). Sono pertanto, a giudizio della Corte, norme dotate di *effetto diretto*, idonee a determinare la disapplicazione delle norme interne contrastanti; nel caso di specie, le norme che sanciscono che anche in caso di atti interruttivi il termine di prescrizione non possa essere aumentato più di un quarto della sua durata iniziale. Ciò, tuttavia, avrebbe la conseguenza di assoggettare gli imputati dei reati suaccennati ad un regime prescrizionale più gravoso di quello vigente al tempo della consumazione del reato; un effetto *in malam partem*, con conseguente dichiarazione di penale responsabilità e irrogazione della pena. Le criticità, già *prima facie*, non sono limitate a questo, già relevantissimo, aspetto: l'obbligo di disapplicazione è infatti condizionato dalla Corte di giustizia alla sussistenza di presupposti dalla portata difficilmente determinabile, ovvero all'accertamento, da parte del giudice interno, che la normativa nazionale impedisce di infliggere sanzioni effettive e dissuasive *in un numero considerevole di casi di frode grave* che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

Nulla quaestio per la Corte di giustizia, che sul primo dei due punti testé richiamati cita anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, a suffragio di una concezione *processuale* della prescrizione, tale da consentire pacificamente la disapplicazione delle norme italiane indubiate senza violazione dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e dell'art. 7 della CEDU (entrambi dedicati al principio di legalità penale). Nella dottrina e giurisprudenza italiana, per contro, le letture *drammatizzanti* della [sentenza Taricco I](#) non si fanno attendere.

Discutibile, e assai discussa in dottrina, l'attribuzione all'art. 325 TFUE dell'idoneità a determinare *effetti diretti*; il medesimo articolo, nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia, sembra contrastare altresì con il principio di legalità in materia penale ex art. 25 comma 2 Cost., in specie con il principio di riserva di legge, nella misura in cui dall'art. 325 TFUE discenderebbe il dovere, per il giudice italiano, di disapplicare disposizioni penali con effetti sfavorevoli al reo, con un effetto di espansione della sua responsabilità penale oltre i limiti previsti dalla legge nazionale; sotto un diverso ma connesso profilo, sarebbe altresì confliggente con il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole (sempre ex art. 25 comma 2 Cost.), in quanto agli imputati dei processi in corso sarebbe applicato retroattivamente e *in malam partem* un regime prescrizionale difforme rispetto a quello vigente al tempo della commissione dell'illecito; *last but not least*, la vaghezza delle clausole che dovrebbero indirizzare il giudice comune riguardo all'*an* della disapplicazione degli articoli "incriminati" del codice penale, ovvero la *gravità* delle frodi e il numero *considerabile* di casi nei quali l'irrogazione delle sanzioni è pregiudicata, sarebbe incompatibile rispetto ad un ulteriore «principio ordinamentale, ispirato alla logica della separazione dei poteri, legislativo e giudiziario»¹⁷, ovvero il principio di determinatezza della norma penale.

Come nell'Intermezzo corale che segue il primo atto della commedia pirandelliana citata in precedenza, alla decisione fa seguito, tutt'altro che imprevedibilmente, un dibattito particolarmente

¹⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, 30 aprile 2015, causa C-105/14, *Ivo Taricco et. al.*

¹⁷ F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 27 marzo 2017, 8.

acceso: si confrontano le opinioni dei critici e degli spettatori sulla rappresentazione, «qualcuno favorevole» e «molti contrari». Dubitandosi della compatibilità dei principi enunciati nella [sentenza Taricco](#) con alcuni profili *identitari* del nostro assetto costituzionale, si evoca da più parti la nota dottrina dei “controlimiti”, una creazione della stessa Corte costituzionale italiana, risalente alla storica sentenza *Frontini*¹⁸ del 1973 (presto seguita da un’analoga presa di posizione da parte del *Bundesverfassungsgericht*¹⁹) ma poi rimasta per molti decenni *in the books*, quantomeno nei rapporti con l’Unione europea (la nota [sentenza 22 ottobre 2014, n. 238](#) sui crimini di guerra nazisti concerneva infatti il diritto internazionale, consuetudinario e pattizio). Lo strumento «da minacciare sempre ma attivare mai»²⁰ acquista un’improvvisa concretezza, così come la prospettiva dello scontro tra Corti che senza dubbio ne deriverebbe. Ma la Consulta sceglie di intraprendere un sentiero diverso: né piegarsi alla volontà della Corte lussemburghese, né attivare immediatamente i controlimiti. Lo strumento del rinvio pregiudiziale, divenuto negli ultimi anni di frequente utilizzo anche da parte delle (storicamente riluttanti) Corti costituzionali nazionali, rappresenta al contempo, e forse paradossalmente, un ultimatum al giudice europeo e una dichiarazione di perdurante disponibilità al dialogo.

2.2 Atto secondo. La Corte costituzionale interviene a difesa dell’identità costituzionale, senza rinunciare al dialogo

A richiedere l’intervento del giudice delle leggi sono in particolare la Corte d’appello di Milano e la terza sezione penale della Corte di cassazione. I rimettenti dubitano che la soluzione rinvenuta dalla Corte di giustizia allo scopo di garantire, in ossequio all’art. 325 TFUE, un’adeguata tutela degli interessi finanziari dell’Unione, sia compatibile con i principi supremi dell’ordinamento costituzionale nazionale e con i diritti inalienabili della persona, con particolare riguardo al principio di legalità in materia penale. Siffatta incompatibilità, secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale in tema di controlimiti, dovrebbe essere pertanto idonea a sorreggere una dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge (nazionale) che ha autorizzato la ratifica e reso esecutivi i Trattati europei, ma solo nella misura in cui essa consenta l’ingresso nel nostro ordinamento degli obblighi contrastanti con il nucleo essenziale dei supremi valori costituzionali. La Corte costituzionale, come anticipato, non applica subito la dottrina dei controlimiti accogliendo le questioni sottoposte; ma, per la terza volta nella sua storia – la seconda a partire da un giudizio incidentale –, attiva il meccanismo del rinvio pregiudiziale di interpretazione.

La decisione della Corte è, già su questo punto, particolarmente significativa: conferma il definitivo abbandono della pregressa concezione ostativa ad un confronto diretto con la Corte di giustizia, ed espressiva della convinzione che un dialogo siffatto avrebbe importato la dismissione dei panni di unico custode supremo dell’ordine giuridico-costituzionale interno, nell’orizzonte della condivisione di tale funzione con un altro giudice, finanche della subordinazione gerarchica a quest’ultimo. Ciò premesso, sarebbe invece imprudente affermare che la Corte costituzionale ha abbandonato definitivamente anche quell’attaccamento all’idea dell’“ultima parola” che è sotteso alla stessa teorizzazione dei controlimiti, e che non è invero smentito neppure dall’ordinanza qui esaminata, per quanto pervasa dall’*amichevolezza* verso il diritto eurounitario.

L’*Europarechtsfreundlichkeit* percorre infatti l’intera trama del rinvio pregiudiziale: la Corte chiarisce che il suo intervento non è diretto a mettere in dubbio il primato del diritto eurounitario (la deferenza al quale è anzi sottolineata fin dall’inizio) né a contestare l’interpretazione dell’art. 325 TFUE fornita dalla Corte di giustizia – la cui competenza *esclusiva* sul punto è ribadita ove si sottolinea che «non spetta certamente a questa Corte fornire all’art. 325 TFUE un significato differente da quello che gli conferisce la Corte di giustizia» (punto 5 dell’ordinanza). Essa perciò non contraddice la – invero discutibile – affermazione della Corte in ordine all’attitudine dell’art. 325

¹⁸ [Corte cost., sent. 18 dicembre 1973, n. 183.](#)

¹⁹ *BVerfG*, *BVerfGE* 37, 271 (*Solange I*).

²⁰ R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 4 luglio 2016, 7.

TFUE a produrre *effetti diretti*; né accoglie tutte le doglianze dei rimettenti in ordine ai profili di incompatibilità tra il *decisum* della [Taricco I](#) e il nostro ordinamento costituzionale.

Di questi, infatti, essa tocca «solo incidentalmente»²¹ il tema della retroattività *in malam partem* della disapplicazione del regime prescrizionale vigente al tempo del fatto – aspetto sul quale la Corte di giustizia si era peraltro già espressa (punti 55-57 della [sentenza Taricco I](#)), negandone l'incompatibilità con l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione –, concentrandosi piuttosto sull'asserita violazione dei principi di *prevedibilità* e *determinatezza* della disciplina penale. Quanto al primo di questi due profili, invero entrambi corollari del principio della riserva di legge, prevedibilità significa accessibilità della fattispecie e calcolabilità delle conseguenze sanzionatorie. Trattasi peraltro di principio pacificamente riconosciuto anche dalla giurisprudenza della Corte EDU, il cui *focus* risiede «nell'interesse dell'individuo ad essere tutelato contro un esercizio del potere punitivo che non sia per lui prevedibile e calcolabile»²², e dunque nella garanzia soggettiva, piuttosto che nella salvaguardia del principio ordinamentale della separazione dei poteri. Una lettura della prevedibilità in chiave eminentemente soggettiva²³ sembra potersi ricavare dal testo dell'ordinanza, ove si sottolinea che «la persona non potesse ragionevolmente pensare, prima della sentenza resa in causa Taricco, che l'art. 325 del TFUE prescrivesse al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen. ove ne fosse derivata l'impunità di gravi frodi fiscali in danno dell'Unione in un numero considerevole di casi» (punto 5 dell'ordinanza). Il secondo profilo del principio di legalità enucleato dalla Corte consiste invece nella determinatezza della norma penale, intesa qui non più come diritto soggettivo ma come principio ordinamentale posto a presidio della separazione dei poteri nel nostro ordinamento costituzionale. L'indeterminatezza dei requisiti per la disapplicazione del regime prescrizionale fissati dalla Corte di giustizia si desume agevolmente dal testo della [Taricco I](#): «numero considerevole di casi» e «gravità delle frodi» costituiscono espressioni inidonee a circoscrivere le normali operazioni ermeneutiche del giudice, e dunque a limitare quel «ruolo creativo» della giurisdizione che gli ordinamenti di *civil law* tentano di arginare anche in un periodo di grave crisi della legge penale. Con le parole della Corte, pertanto, «il tempo necessario per la prescrizione di un reato e le operazioni giuridiche da compiersi per calcolarlo devono essere il frutto dell'applicazione, da parte del giudice penale, di regole legali sufficientemente determinate» (punto 5 dell'ordinanza); non è contemplata dal nostro ordinamento la figura del «giudice penale di scopo», neppure se ad esigerlo è il diritto eurounitario.

Resta invece sullo sfondo un altro aspetto della questione indubbiamente controverso, ovvero la violazione del principio della riserva di legge in materia penale nel suo significato primigenio, in forza del quale soltanto la legge parlamentare può stabilire reati e trattamenti punitivi²⁴; alla base di questa scelta, probabilmente, la consapevolezza di come quest'ultimo principio, a differenza di quelli sopra esposti, fosse maggiormente idoneo ad innescare uno scontro con la corte europea, nonché la constatazione di come esso attraversi incontestabilmente un momento di crisi, quantomeno nella sua accezione «pura». Autentica chiave di volta dell'intero apparato argomentativo resta in ogni caso la riaffermazione della natura sostanziale della prescrizione, che non costituisce *di per sé* il controlimite opposto al diritto eurounitario²⁵; la lesione dell'identità costituzionale deriva piuttosto dalla compressione del *contenuto minimo*, indefettibile del principio di legalità rispetto all'intero suo ambito materiale di applicazione, comprensivo, nel nostro ordinamento, anche della disciplina prescrizionale.

²¹ A. BERNARDI, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, in *Quad. cost.*, 1/2017, 111.

²² F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 19 dicembre 2016, 12.

²³ In senso critico nei confronti di questa declinazione della *foreseeability* in chiave soggettiva, cfr. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a Taricco*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 13 febbraio 2017, 7.

²⁴ Cfr. I. PELLIZZONE, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: principio di determinatezza, separazione dei poteri e ruolo del giudice penale*, in *Quad. cost.*, 1/2017, 114.

²⁵ Cfr. G. LATTANZI, *Il dialogo tra le Corti nei casi Melloni e Taricco*, in *Cass. pen.*, 6/2017, 2135.

I profili di criticità, ovvero i potenziali motivi di scontro tra Corti, non riguardano soltanto il diverso modo d'intendere la natura della prescrizione e dunque l'assoggettamento della sua disciplina a più o meno stringenti requisiti, tra cui in particolare l'irretroattività e la determinatezza; né i differenti modi d'intendere lo stesso principio di legalità; ma involge altresì la tenuta di quel nucleo intangibile di valori che secondo costante giurisprudenza costituzionale resistono a qualsivoglia ingerenza, interna per via di revisione costituzionale, esterna per via dell'ingresso di norme internazionali o eurounitarie. Si palesa così il valicamento, nell'[ordinanza n. 24 del 2017](#), dei confini dati dal caso concreto e dalle tematiche ivi sollevate, ovvero del difficile equilibrio tra una più che discutibile disciplina della prescrizione dei reati in materia di IVA, ritenuta lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, e le garanzie apprestate per gli imputati dal principio di legalità in punto di prevedibilità, irretroattività e determinatezza della disciplina; il "balzo in avanti" della Corte di giustizia suscita infatti la reazione della Corte costituzionale italiana, chiamata quasi per necessità a prendere posizione su delicatissimi profili attinenti alle relazioni interordinamentali e a fissare, nel dialogo con la controparte europea, un "equilibrio provvisorio" tra il primato del diritto eurounitario e la garanzia di aspetti essenziali dell'ordinamento costituzionale nazionale. La Corte italiana coglie pertanto il nucleo essenziale della questione: *ne va*, in questa "saga Taricco", sia della tenuta del principio di legalità a colori italiani (profilo che peraltro adombra ben più della mera contrapposizione tra due concezioni della prescrizione, involgendo un vero e proprio scontro tra paradigmi²⁶), sia del modo di intendere le relazioni tra i due ordinamenti, nazionale ed eurounitario. Non si può non condividere l'affermazione secondo cui questa ordinanza è «una di quelle pronunce destinate a segnare la storia dell'integrazione giurisdizionale (e non solo) europea»²⁷. Fino ad ora non erano certo mancate le occasioni di conflitto, ma si era trattato perlopiù di scontri "a distanza", apparentemente non forieri di conseguenze rilevanti sul piano applicativo. Si pensi, a questo riguardo, alle ben diverse ricostruzioni dei rapporti interordinamentali che sorreggevano da una parte la tradizionale autocomprensione della Corte di giustizia (in chiave, com'è noto, monistica), e dall'altra la visione dualistica proposta dalla Corte italiana nella capitale sentenza [Granital](#)²⁸ così come nelle pronunce successive. La via prescelta ora dalla Corte costituzionale, accantonata oramai ogni diffidenza nei confronti dello strumento del *preliminary ruling*, è dunque quella di non sottrarsi al confronto diretto e immediato con il giudice sovranazionale. Considerando tuttavia le diverse premesse da cui muovono le due Corti, e i ben pochi spiragli offerti dalla [Taricco I](#) ai fini di una *reintepretazione* (della precedente interpretazione) dell'art. 325 TFUE in un senso rispettoso dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano, una risoluzione del conflitto (ovvero, se così si preferisce, un esito costruttivo del dialogo) che soddisfi entrambe le parti risulta quantomeno improbabile.

Le due Corti intendono garantire, *ciascuna a suo modo*, un corretto bilanciamento tra *primauté* del diritto dell'UE e salvaguardia dei principi costituzionali nazionali; a differenza di quanto avviene nella commedia pirandelliana, la vicenda prosegue nel terzo atto; giunge la replica della Corte di giustizia.

2.3 Atto terzo. L'ambigua risposta della Corte di giustizia, tra volontà di disinnescare l'arma dei controlimiti e salvaguardia della primauté

Varie sarebbero potute essere le risposte della Corte di giustizia all'energico rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana: da una conferma dell'impianto della prima sentenza – soluzione caldeggiata dall'Avvocato generale Bot nella sua *Opinion*²⁹, non a torto definita come «probably the

²⁶ Cfr. M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2 novembre 2016.

²⁷ G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Dir. pubbl.*, 1/2017, 229.

²⁸ [Corte cost., sent. 5 giugno 1984, n. 170](#).

²⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Bot, 18 luglio 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*

most conservative and radical view on the supremacy of the EU legal order»³⁰ –, cui avrebbe fatto seguito quasi sicuramente l'azionamento dei “controlimiti” da parte della Corte italiana – per la prima volta rispetto al diritto eurounitario –, ad un ripensamento più o meno radicale di quell'impostazione, scelta che avrebbe forse disinnescato il conflitto con il giudice rimettente ma con un possibile impatto, nel senso della frammentazione e disomogeneità, sull'equilibrio già precario tra istanze di protezione delle identità costituzionali nazionali e garanzia della *primauté* ed effettività del diritto dell'Unione. Tra questi due poli, tra le ragioni del «dinamismo evolutivo» e quelle della «tolleranza costituzionale»,³¹ una grande varietà di possibili soluzioni e *nuances* rispetto alle fondamentali questioni affrontate. La pronuncia, per poter risultare convincente ed aspirare, più che a un'impossibile esaustività o definitività – alla luce della straordinaria complessità dei temi coinvolti –, a dare *quantomeno* una direttiva ed esprimere così un indirizzo chiaro su aspetti cruciali, avrebbe dovuto rispondere al quesito concernente in particolare il rilievo delle “identità nazionali” rispetto alle esigenze di primazia ed effettività del diritto eurounitario ovvero, *ex multis*, sull'interpretazione di una norma chiave del *multilevel constitutionalism*, quell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, inteso da una parte della dottrina come “metapincipio” della tutela più intensa nonché pietra angolare di una sorta di “intercostituzione” europea³², ha però visto ben presto sterilizzate le proprie potenzialità interpretative, a seguito della celebre [sentenza Melloni](#)³³ della Corte di Lussemburgo. Questa era del resto la sostanza della richiesta della Corte costituzionale italiana: essere autorizzata ad accantonare una decisione “imbarazzante” del giudice europeo, e avere direttive più chiare sui temi sopra esposti; come giustamente sottolineato, non c'era realmente spazio per un rinvio pregiudiziale, poiché *in claris non fit interpretatio* e la perentorietà della [Taricco I](#) non lasciava ampi margini all'interpretazione; l'esigenza del rinvio era piuttosto motivata da «scoperte esigenze politico-istituzionali»³⁴.

La scelta della Corte di giustizia è ricaduta su un sostanziale *revirement*, abilmente mascherato purtuttavia da “precisazione” di un orientamento presente già *in nuce* nella pronuncia del 2015. Ma la contraddizione tra i due arresti c'è ed è difficilmente contestabile. Sul *punctum crucis* della lesione arrecata ai diritti fondamentali degli imputati, derivante dalla disapplicazione, con effetto retroattivo, del regime prescrizione ritenuto dalla Corte di giustizia incompatibile con il diritto dell'Unione (in particolare con l'art. 325 TUE, paragrafi 1 e 2), la Corte nella [Taricco I](#) solo formalmente demandava al giudice *a quo* la verifica del rispetto dei diritti fondamentali degli imputati (punto 53). Nei punti immediatamente successivi (in particolare punti 55-57), infatti, essa stessa operava tale verifica e arrivava ad escludere³⁵ l'incompatibilità con le garanzie apprestate dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (il quale sancisce il principio di legalità dei reati e delle pene): diceva la Corte che dalla disapplicazione della disciplina prescrizione «non deriverebbe affatto una condanna degli imputati per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva un reato punito dal diritto nazionale [...], né l'applicazione di una sanzione che, allo stesso momento, non era prevista da tale diritto. Al contrario, i fatti contestati agli imputati nel procedimento principale integravano, alla data della loro commissione, gli stessi reati ed erano passibili delle stesse sanzioni penali attualmente previste» (punto 56).

Eppure proprio il punto 53 della [Taricco I](#) (valorizzato pure dalla Corte italiana nel suo rinvio pregiudiziale) costituisce, nella [Taricco II](#), il grimaldello adoperato dalla Corte di giustizia per piegare

³⁰ M. BASSINI-O. POLLICINO, *The Opinion of Advocate General Bot in Taricco II: Seven “Deadly” Sins and a Modest Proposal*, in [Verfassungsblog on Matter Constitutional](#), 2 agosto 2017.

³¹ J.H.H. WEILER, *Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, Harvard Jean Monnet Paper No. 10/2000, in <https://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/00/001001.html>

³² Per il concetto di “intercostituzione” e la connessione con l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, v. A. RUGGERI, [Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela](#), in questa [Rivista, Studi](#), 2016/II, 275 ss.

³³ Corte giust., 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Stefano Melloni contro Ministero Fiscal*.

³⁴ M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Giur. cost.*, 1/2017, 538.

³⁵ Lo rileva tra i molti C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in [SIDIBlog](#), 15 settembre 2015.

la pronuncia del 2015 ad una interpretazione “adeguatrice”, che, almeno apparentemente, disinnesci il conflitto con la Corte rimettente. La valorizzazione di questo inciso, unitamente alla constatazione della natura sostanziale della prescrizione nell’ordinamento italiano, si rivela fondamentale nell’iter argomentativo della Corte, che dipana con apparente linearità e scioltezza il nodo gordiano del contrasto tra il *quid pluris* di garanzie apprestato dall’ordinamento penale italiano e la lesione arrecata agli interessi finanziari dell’UE dalla “prescrizione breve”. Da tali premesse infatti la Corte desume la preminenza, in ogni caso, del principio di legalità penale, nei suoi profili di prevedibilità, determinatezza e irretroattività, sull’interesse a garantire la riscossione dei crediti in materia di IVA. E l’argomentazione scorre con agilità proprio perché non è più messa in discussione la qualificazione della disciplina della prescrizione come afferente al diritto penale sostanziale: se la Repubblica italiana era effettivamente «libera di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico, detto regime ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati e 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» (punto 45), allora i profili di contrasto della disapplicazione del regime prescrizionale con il principio di legalità, più (quanto alla disapplicazione rispetto ai procedimenti relativi a persone accusate di aver commesso reati in materia di IVA prima della pronuncia della [sentenza Taricco](#)) o meno (quanto al diverso profilo dell’indeterminatezza della base giuridica, la cui valutazione è rimessa ai giudici nazionali) espressamente riconosciuti dalla Corte di giustizia, sono idonei a sorreggere una reinterpretazione di quanto statuito nella [Taricco I](#). L’attribuzione all’art. 325 TFUE dell’idoneità a determinare effetti diretti non è smentita; la precisazione qui effettuata, di non poco momento, riguarda la possibilità per il giudice nazionale di non disapplicare il regime prescrizionale contrastante con gli obblighi europei ove ritenga siffatta disapplicazione a sua volta in conflitto con le garanzie apprestate dal principio di legalità.

Restano purtuttavia quantomeno due ragioni di potenziale contrasto tra le due Corti: in primo luogo, la possibilità per l’ordinamento italiano di attribuire natura sostanziale alla prescrizione è ritenuta *non insindacabile* dalla Corte di giustizia, che richiama infatti l’armonizzazione (parziale) di tale disciplina in relazione ai reati in materia di IVA, avvenuta successivamente alla [prima sentenza Taricco](#)³⁶; per contro, nell’ordinanza di rinvio si diceva che su questo aspetto, che «non riguarda direttamente né le competenze dell’Unione, né norme dell’Unione, non sussiste alcuna esigenza di uniformità nell’ambito giuridico europeo. Ciascuno Stato membro è perciò libero di attribuire alla prescrizione dei reati natura di istituto sostanziale o processuale, in conformità alla sua tradizione costituzionale» (punto 4 dell’ordinanza). Come osservato da Ernesto Lupo, «si pone allora il problema se il recepimento della direttiva [...] comporterà la modifica della disciplina della prescrizione (almeno) dei reati oggetto della stessa direttiva, considerandola come un istituto processuale, sottoposto sempre ad un regime legale (art. 111, primo comma, Cost.), ma non al principio di stretta legalità imposto dall’art. 25, secondo comma, Cost.»³⁷, con tutto ciò che ne può seguire in termini di applicabilità del *quid pluris* di tutela garantito nell’ordinamento penale italiano e di disarmonia tra regimi prescrizionali in relazione ai diversi reati, a seconda del loro maggiore o minore collegamento con il diritto europeo. In secondo luogo, come vedremo *infra*, la Corte di giustizia esita ad affrontare uno dei nodi cruciali posti dal giudice costituzionale italiano, ovvero la portata della dottrina dei controlimiti nel contesto delle relazioni interordinamentali, con particolare riguardo al rispetto delle identità nazionali degli Stati membri. Su questo profilo, la reticenza della Corte è certo significativa, e se da una parte essa vale a disinnescare il potenziale conflitto con la Corte italiana, avendo la prima accuratamente evitato di pronunciarsi sui punti ove era più probabile una deviazione rispetto al sentiero tracciato dalla seconda nell’[ordinanza 24 del 2017](#), dall’altra favorisce una indesiderata e perdurante incertezza sulla ricostruzione delle relazioni tra gli ordinamenti nazionali e l’ordinamento eurolunitario.

³⁶ Ci si riferisce alla Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale.

³⁷ E. LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 12/2017, 119.

3. La base giuridica della decisione e le reticenze della Corte di giustizia

Interrogarsi sulla base giuridica di questa decisione induce a svolgere una riflessione più ampia in merito agli incessanti tentativi di specificazione e coordinamento delle varie clausole europee di diritto positivo volte a prevenire o risolvere i conflitti tra ordinamenti che insistano su questioni *lato sensu* classificabili come “identitarie”. Nelle prime reazioni alla sentenza sin qui esaminata i commentatori più avvertiti si sono divisi tra chi richiamava la clausola di salvaguardia delle identità nazionali ex art. 4 par. 2 del TUE, chi riteneva sottesa alla decisione la valorizzazione del canone della “tutela più intensa” del diritto fondamentale ex art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, e chi infine ha rinvenuto nell’art. 6 par. 3 del TUE, concernente le *tradizioni costituzionali comuni* ai paesi membri, il presupposto di una “interiorizzazione” a livello europeo della concezione più garantista del principio di legalità prospettata dalla Corte italiana. Una siffatta incertezza è conseguenza non soltanto della riluttanza della Corte di Lussemburgo ad affrontare i nodi cruciali esposti dal giudice costituzionale italiano, ma anche della “storica” difficoltà di dottrina e giurisprudenza europee a «proporre formule di razionalizzazione dei rapporti fra ordinamenti e rispettive fonti idonei a stabilizzare una spiegazione accettabile del complesso fenomeno»³⁸. Gioverà pertanto anteporre ad una disamina di ciascuna delle citate disposizioni, nella loro discussa relazione con la soluzione del caso di specie, un quadro sintetico della loro applicazione nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia e del significato da esse progressivamente acquisito nella disciplina delle relazioni interordinamentali.

3.1 Il dilemma dell’identità, tra autocomprensione e controlimiti

Parlare di “rispetto per le identità nazionali” ai sensi dell’art. 4 par. 2 TUE richiama inevitabilmente da una parte il tema, già accennato all’esordio del presente scritto e di straordinario interesse per il diritto costituzionale odierno, dell’incessante, se non addirittura crescente negli ultimi decenni, richiesta di *riconoscimento e conservazione delle peculiarità nazionali* nell’ambito del processo di integrazione europea – istanze particolaristiche poste in ovvia antitesi rispetto alle esigenze di unificazione giuridica presidiate dalla Corte di Lussemburgo –, e dall’altra, più specificamente, la dottrina dei *controlimiti nazionali alle limitazioni di sovranità* discendenti dal diritto eurounitario. Si può quasi sostenere, non certo in solitudine, che l’identità è divenuta categoria centrale del pur fluido diritto costituzionale europeo, protagonista di una traiettoria la cui scaturigine può convenzionalmente collocarsi in alcune storiche sentenze delle Corti costituzionali italiana e tedesca, e le cui tappe hanno visto crescere senza sosta l’interesse da parte di dottrina e giurisprudenza degli ordinamenti nazionali e dell’ordinamento sovranazionale, fino ad un riconoscimento formale, tanto pregnante quanto controverso, prima nel Trattato di Maastricht e poi nel Trattato di Lisbona, passando per il fallito progetto di Trattato costituzionale. Le rivendicazioni identitarie costituiscono peraltro oggetto di sempre maggiore attenzione nelle dinamiche dialogiche che coinvolgono giudici comuni, giudici costituzionali e giudici europei, intrecciando anche in questo aspetto di progressiva attualizzazione il percorso della teoria dei controlimiti, fino a non molti anni or sono «la scure [...] agitata, ma mai calata»³⁹ del diritto costituzionale europeo, e recentemente invece assunta a strumento effettivo di tutela delle identità costituzionali nazionali, dotato di potenziali effetti disgregativi.

Il legame tra controlimiti e identità nazionali merita invero un approfondimento e alcune precisazioni. Riesce infatti difficile, se non a prezzo di notevoli e forse inaccettabili semplificazioni, considerare monoliticamente l’esistenza di *una* teoria dei controlimiti, tale da contrapporre gran parte delle Corti costituzionali degli Stati membri dell’UE, quali supreme custodi degli ordini costituzionali

³⁸ G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, 40.

³⁹ P. FARAGUNA, *Alla ricerca dell’identità costituzionale tra conflitti giurisdizionali e negoziazione politica*, in Costituzionalismo.it, 3/2016, 301.

interni, alla Corte di giustizia, intenta per contro a salvaguardare l'inattaccabile primato del diritto eurounitario. La dottrina dei controlimiti rappresenta piuttosto l'*humus* che ha propiziato il ramificarsi di diverse declinazioni della volontà delle Corti costituzionali nazionali di conservare al proprio ordinamento, e di conseguenza a se stesse, uno strumento ultimativo di controllo sull'altrimenti inarrestabile espansione del diritto eurounitario; quasi una *tradizione costituzionale comune* agli Stati membri, questa dei controlimiti, ma soltanto nella sua idea fondante, nel minimo comune denominatore del riconoscimento di limiti invalicabili posti all'avanzata del diritto eurounitario, ove sia in gioco la sopravvivenza di tratti essenziali e irrinunciabili del sistema costituzionale nazionale. Se infatti si osserva con attenzione, si nota agevolmente come vi sia stata piuttosto una *narrazione polifonica dei controlimiti*: non soltanto, in questo senso, la posizione di indubbia preminenza della Corte di Karlsruhe nello scenario europeo non ha impedito l'insorgenza di declinazioni diverse, quasi *à la carte*, della medesima dottrina – si pensi alle differenti impostazioni date alla questione dalle corti italiana, francese e spagnola⁴⁰, pur muovendo dalla comune premessa del riconoscimento dell'esistenza di alcuni principi invalicabili dall'integrazione comunitaria –, ma essa stessa si è caratterizzata per il suo essere *multidimensionale*, dunque tutt'altro che monolitica e coerente nel suo sviluppo. Si è giustamente osservato che «i controlimiti di Karlsruhe sono passati da una roccaforte costruita attorno allo *standard* di tutela dei diritti fondamentali (*Solange I e II*) a un presidio sul principio di attribuzione e dunque a strumento utile contro l'autoespansione delle competenze dell'Unione europea (*Maastricht-Urteil*), fino a divenire una forma di tutela dell'identità costituzionale tedesca (*Lissabon-Urteil*)»⁴¹. Con altro spirito era stata offerta la prima teorizzazione dei controlimiti da parte della Corte costituzionale italiana nella [sentenza 18 dicembre 1973, n. 183](#) (cosiddetta sentenza *Frontini*): a dimostrazione della natura teorica del pericolo contro il quale si affilava per la prima volta quest'arma, si affermava in questa sentenza, anche alla luce della natura (all'epoca) prettamente economicistica delle competenze comunitarie, che «appare difficile configurare anche in astratto l'ipotesi che un regolamento comunitario possa incidere in materia di rapporti civili, etico-sociali, politici, con disposizioni contrastanti con la Costituzione italiana» (punto 9 del *Considerato in diritto*), e che nell'ipotesi, definita «aberrante», di una violazione da parte degli organi della Comunità dei «principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o dei diritti inalienabili della persona umana», sarebbe stato pur sempre possibile un controllo sulla perdurante compatibilità dei Trattati rispetto ai valori costituzionali. L'*Italian Style* dei controlimiti era pertanto modulato nei termini di un'astratta riserva di competenza ultimativa di controllo contro l'altrettanto astratto pericolo di una aggressione comunitaria al binomio *principi supremi-diritti fondamentali*; i profili di autoconservazione identitaria, pur leggibili tra le pieghe della decisione, non erano particolarmente valorizzati. Per contro, la di poco successiva *Solange I* vedeva i giudici di Karlsruhe fare più volte riferimento all'«identità della costituzione vigente della Repubblica federale di Germania» o alla «struttura fondamentale della costituzione, su cui si fonda la sua stessa identità», al fine di legittimare un controllo di costituzionalità latente, ma attivabile in qualsiasi momento, almeno *fintantoché* (di qui il nome con cui è conosciuta la sentenza) l'ordinamento comunitario non avesse dato vita ad un sistema di tutela dei diritti fondamentali comparabile a quello statale. Il concetto di «identità costituzionale» è allora qui servente rispetto al fine precipuo della garanzia di un adeguato *standard* di tutela dei diritti fondamentali, contro il pericolo di un livellamento verso il basso dovuto al processo di integrazione europea.

Sembra tutt'altro che inappropriato rinvenire proprio in questa decisione un momento *lato sensu* «costituente» del cammino dell'integrazione europea: la decisione del *Bundesverfassungsgericht*

⁴⁰ Per una descrizione delle *nuances* che hanno contraddistinto le diverse impostazioni date dalle suddette Corti al rapporto tra *primauté* e controlimiti, allorché si decideva in merito alla compatibilità tra il Trattato costituzionale europeo e le Costituzioni nazionali, v. M. CARTABIA, «Unità nella diversità»: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 3/2005, 598 ss.

⁴¹ P. FARAGUNA, *Alla ricerca dell'identità costituzionale tra conflitti giurisdizionali e negoziazione politica*, cit., 201.

ebbe un impatto enorme⁴² e contribuì in modo determinante ad innescare un mutamento di sensibilità del diritto comunitario, propiziando così il processo di *comunitarizzazione* del rispetto dei diritti fondamentali e di avvicinamento del diritto del mercato unico a logiche costituzionalistiche. Di quest'ultimo furono progressivamente “umanizzati” i tratti essenziali; iniziò un progressivo ravvicinamento dell'ordinamento comunitario agli ordinamenti nazionali sul fronte della tutela dei diritti, a sua volta tale da flessibilizzare al contempo la pretesa di *primauté* del diritto sovranazionale e la rivendicazione di supremazia degli ordinamenti nazionali⁴³. Riguardo al secondo degli aspetti testé segnalati, giova evidenziare la – quantomeno a prima vista – paradossale eterogenesi dei fini cui la teoria dei controlimiti è andata incontro, nel corso della sua “prima stagione”: più che «usbergo della statualità»⁴⁴, essa si è rivelata essere un “via libera” alla prevalenza del diritto europeo, con la riserva da parte dei giudici costituzionali di intervenire nei casi *sommamente improbabili ma pur sempre possibili* di gravi violazioni dei diritti fondamentali o di lesioni alle identità costituzionali degli Stati membri.

Solo queste ultime evenienze avrebbero legittimato l'intervento del giudice costituzionale interno; l'argine al flusso di norme comunitarie, per quanto espresso con toni altisonanti e “pericolosi” alle orecchie della suprema giurisdizione comunitaria, costituiva un filtro non particolarmente selettivo. Al contrario, come è stato acutamente osservato, «paradossalmente la difesa del nucleo dei diritti più importanti, lungi dall'essere la causa di applicazione di un controlimite, è stata usata come base di armonizzazione: [...] le Corti hanno sacrificato la propria concezione particolare in modo da tributare atto di fedeltà alla CGCE, o da offrirle supporto»⁴⁵. Questa funzione quasi pedagogica dei controlimiti ha così caratterizzato la prima stagione del concetto di cui si discute. Contrapporre alla concezione monista delle relazioni interordinamentali, propugnata dalla Corte di giustizia, visioni differenti (ma non necessariamente “sovraniste”) e tali da salvaguardare l'autonomia costituzionale degli ordinamenti nazionali; mantenere una possibilità di controllo sull'espansione delle competenze comunitarie, ancorando queste ultime al rispetto del principio di attribuzione; stimolare lo sviluppo di un sistema sovranazionale di tutela dei diritti fondamentali, anche alla luce dell'inarrestabile espansione delle aree di interesse del diritto comunitario; scongiurare una competizione, sul piano interpretativo, con la Corte di giustizia, approcciandosi al dialogo secondo un criterio di *comity*: queste le ragioni alla base delle prime sentenze sui controlimiti.

Soltanto negli ultimi anni sembra aver preso l'abbrivio una valenza autenticamente *difensiva* dello strumento in questione, dotata di risvolti pratici di straordinario interesse. Si può forse parlare di una nuova stagione dei controlimiti, una stagione di conflitti costituzionali più evidenti, aperti e numerosi di quelli cui ci si era abituati⁴⁶. La “seconda vita” dei controlimiti affonda le proprie radici nelle riflessioni che precedono e seguono l'adozione del Trattato di Maastricht e che hanno originato uno straordinario dibattito sulla natura giuridica dell'ordinamento eurounitario, e trova la propria concretizzazione più rilevante ed eclatante in un trittico di sentenze del *Bundesverfassungsgericht*, ovvero *Maastricht-Lissabon-Honeywell*. Creatosi e raffinosi un sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali, accolte e interiorizzate a livello sovranazionale le “tradizioni costituzionali comuni” agli Stati membri, adottata anche in sede europea una Carta dei diritti fondamentali – sotto certi aspetti persino più avanzata delle carte nazionali – e affermatosi in ogni dove, ma in particolare nel Preambolo al Trattato sull'Unione Europea, che questa si ispira ai «valori universali dei diritti

⁴² P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2016, 435.

⁴³ Cfr. sul punto F. FONTANELLI-G. MARTINICO, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del «dialogo nascosto» fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multi-livello*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2008, 367 ss.

⁴⁴ M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione giustizia*, 1/2015, 89.

⁴⁵ F. FONTANELLI-G. MARTINICO, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del «dialogo nascosto» fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multi-livello*, cit., 376.

⁴⁶ Per una condivisibile disamina delle ragioni alla base della riemersione di quest'uso antagonistico o almeno difensivo della teoria dei controlimiti e del concetto di identità costituzionale, alla luce dell'allargamento a est dell'UE e dei limiti intrinseci all'integrazione attraverso il diritto, v. A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/2014, 37 ss.

inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto», è evidente che la teoria dei controlimiti sembrava aver perso la propria ragion d'essere, se non nella misura in cui fossero controverse le operazioni di bilanciamento tra diritti fondamentali, e in ogni caso nell'alveo di conflitti dovuti alla *convergenza* di più livelli di tutela, piuttosto che all'*assenza* di tutela a livello sovraordinato⁴⁷. Difficile dunque che si abbia ora l'occasione di opporre i controlimiti a fronte dell'evenienza – *sempre meno probabile* – di gravi violazioni dei diritti fondamentali caratterizzanti gli Stati costituzionali di diritto; nuova linfa alla teoria in questione può invece provenire – e così è accaduto – dalle controversie inerenti a “identità costituzionali asimmetriche” o tradizioni costituzionali peculiari, dunque non qualificabili come comuni perché proprie soltanto di alcuni ordinamenti nazionali. Si pensi alla tutela rafforzata del nascituro nel diritto costituzionale irlandese; alle intense garanzie dei diritti del contumace nel diritto penale costituzionale spagnolo; alla concezione sostanziale della prescrizione nell'ordinamento penale italiano. Ecco allora che la ratio dei controlimiti, di garanzia dei livelli essenziali di tutela dei diritti fondamentali “classici” a fronte dell'espansione di un diritto comunitario del tutto disinteressato sul punto, si è tramutata in opportunità di protezione di diritti fondamentali (o di un *quid pluris* di tutela di un diritto fondamentale) che, mentre caratterizzano l'identità costituzionale di uno Stato membro, risultano debolmente tutelati a livello sovranazionale; ovvero, come nel caso *Gauweiler*⁴⁸, in possibilità di opporsi all'ingresso nei sistemi costituzionali nazionali di atti *ultra vires*, ossia violativi del riparto di competenze fissato nei Trattati⁴⁹.

Quale dunque, alla luce di questa evoluzione della dottrina dei controlimiti, il significato dell'introduzione della clausola di salvaguardia delle identità nazionali nei Trattati? Si è verificata davvero una “europeizzazione” dei controlimiti, come immaginato da una parte dei commentatori? Quale, poi, il rapporto tra il concetto di «identità nazionale insita nella [...] struttura fondamentale, politica e costituzionale» e l'*Identitätskontrolle* creato in via pretoria dal *Bundesverfassungsgericht*?

L'introduzione, prima nel Trattato di Maastricht, poi nel Trattato di Lisbona, di una clausola di “rispetto delle identità nazionali” ha suscitato fin dall'inizio un vivace dibattito in dottrina. Se guardiamo in particolare alla clausola nella sua attuale formulazione, più completa e raffinata rispetto alle precedenti versioni – prive del riferimento alle *strutture fondamentali, politiche e costituzionali* e al *sistema delle autonomie locali e regionali* – notiamo qualcosa di più di una semplice assonanza con il concetto di identità costituzionale enucleato da alcune Corti costituzionali nazionali – Karlsruhe in testa –; né dev'essere sopravvalutata la scelta terminologica di parlare di identità *nazionali* anziché di identità *costituzionali*, potendosi le due nozioni agevolmente sovrapporre, e così è infatti avvenuto nella giurisprudenza. Per contro, giova sottolineare come l'affermazione – tutt'altro che infrequente, soprattutto nella dottrina che inizialmente commentò l'introduzione di questa clausola⁵⁰ – dell'avvenuta europeizzazione dei controlimiti ad opera dell'articolo in questione si sia scontrata fin dall'inizio con svariate obiezioni, *in primis* con la necessità di mettere in relazione il principio del rispetto delle identità nazionali con gli altri principi elencati nel Titolo I del TUE, con i quali esso si trova inevitabilmente a *fare sistema*: si pensi, *ex multis*, al principio della leale cooperazione enunciato nel paragrafo immediatamente successivo. In un senso ostativo all'affermazione dell'avvenuto accoglimento *sic et simpliciter*, da parte del Trattato UE, del principio del rispetto delle identità nazionali così come enucleato nella teoria dei controlimiti, vale inoltre considerare ulteriori aspetti, tra i quali spicca senza dubbio una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia tutt'altro

⁴⁷ Cfr. G. MARTINICO, *The “Polemical” Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law*, in *German Law Journal*, 2015, 1346.

⁴⁸ BVerfG, 2 BvR 2728/13.

⁴⁹ Numerose le decisioni di Corti costituzionali o supreme degli Stati membri che negli ultimi anni hanno attivato i controlimiti o comunque messo in discussione alcuni tratti fondamentali del diritto dell'Unione: si pensi alla Corte costituzionale ceca che ha dichiarato *ultra vires* una sentenza della Corte di Lussemburgo, o alle Corti tedesca, italiana, danese, slovacca e ungherese che hanno variamente interpellato la Corte UE lamentando la lesione dell'identità nazionale o il valicamento da parte del diritto eurounitario dei limiti fissati nei Trattati.

⁵⁰ V. per tutti A. VON BOGDANDY-S. SCHILL, *Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty*, 48 *Common Market Law Review*, Issue 5, 2011, 1417-1453.

che incline a relativizzare il principio del primato del diritto eurounitario. Non si è finora osservata, in verità, un'autentica soluzione di continuità nella giurisprudenza della Corte quanto alla valorizzazione delle istanze di differenziazione e salvaguardia delle identità avanzate dalle Corti costituzionali nazionali, nonostante l'avvenuta positivizzazione del principio fin qui esaminato⁵¹. Non sono certamente mancate, nella giurisprudenza recente, le occasioni in cui l'art. 4 par. 2 TUE è stato invocato dinanzi alla Corte ovvero citato espressamente dalla stessa nella decisione. I casi più ricorrenti hanno riguardato le deroghe alla libertà di circolazione, giustificate dagli Stati membri allo scopo di tutelare l'identità nazionale, in molti casi specificamente la lingua ufficiale nazionale. Uno dei casi più discussi, la [sentenza Sayn-Wittgenstein](#)⁵², concerneva il rifiuto da parte dell'Austria di riconoscere il cognome acquisito da una cittadina austriaca a seguito di adozione in altro Stato membro, cognome di cui faceva parte un titolo nobiliare. La decisione austriaca, fondata sull'abolizione della nobiltà quale elemento dell'identità nazionale, è stata confermata dalla Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale, alla luce del limite dell'ordine pubblico, che, sia pure a certe condizioni e inteso in senso restrittivo, può sorreggere deroghe alle libertà fondamentali garantite dai Trattati, nel quadro di una tipica operazione di bilanciamento. Il riferimento da parte della Corte alla necessità di salvaguardare l'identità nazionale austriaca è fatto *ad abundantiam*, essendo piuttosto le ragioni di tutela dell'identità ricomprese nell'ampia nozione comunitaria di "ordine pubblico", declinato nel caso di specie come necessità di garantire il rispetto dell'uguaglianza formale di tutti i cittadini austriaci. Non solo, dunque, l'invocazione del limite del rispetto delle identità nazionali non vale, in questo caso come in altri casi simili, a giustificare *di per sé sola* la deroga ad una libertà fondamentale; ma il nucleo dell'argomentazione della Corte risiede piuttosto in una sorta di *interiorizzazione*, a livello sovranazionale, delle ragioni nazionali nell'alveo dell'ampia nozione di ordine pubblico; e il controllo della Corte stessa sugli *scopi* e sulla *proporzionalità* della misura di deroga risulta in ogni caso particolarmente intenso. Da questo, così come da altri esempi di utilizzo più o meno pregnante e significativo della clausola fin qui esaminata, emerge come la Corte l'abbia finora interpretata, in relazione al principio della *primauté*, «non come limite esterno assoluto, come vorrebbe la teoria dei controlimiti, ma come limite relativo, interesse legittimo dello Stato suscettibile di bilanciamento con altri interessi meritevoli di tutela»⁵³; si è trattato dunque di una sorta di «funzionalizzazione eurounitaria»⁵⁴ che, come vedremo *infra*, ha caratterizzato in modo non dissimile il destino delle «tradizioni costituzionali comuni» agli Stati membri.

Tanto vale a smentire l'idea per cui i controlimiti siano stati "europeizzati" dalla clausola in oggetto. Di certo inserire il principio del necessario rispetto delle identità nazionali nei primi articoli del TUE, accanto a principi fondamentali del patrimonio costituzionale europeo quali quelli tipici dello Stato di diritto e a un principio cardine del progetto europeo quale il principio di attribuzione, al fine di orientare l'azione delle istituzioni europee e lo stesso senso del processo di integrazione verso la custodia di quel «mosaico di differenze»⁵⁵ che costituisce l'eredità più preziosa offerta dall'Europa ad un mondo sempre più omologato, è stato sul piano simbolico un passaggio rilevante. L'affermazione del rispetto delle differenze nazionali all'esordio del Trattato andrebbe infatti letta non tanto come una concessione, di valenza piuttosto politica – se non declamatoria – che autenticamente prescrittiva, agli Stati timorosi della sempre più pervasiva legislazione europea, quanto piuttosto come volontà di fissare, in tutta la sua portata significativa e problematica, il nodo gordiano tra identità e differenza che costituisce il principio fondativo del progetto di integrazione sovranazionale, e dell'idea stessa di Europa unita. Da ciò consegue che l'introduzione di questa clausola ha comportato, più che una impossibile "europeizzazione dei controlimiti", l'affiancamento

⁵¹ Cfr. J. KOMÁREK, *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, 12 *International Journal of Constitutional Law*, Issue 3, 2014, 535-536.

⁵² Corte giust., 22 dicembre 2010, C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein contro Landeshauptmann von Wien*.

⁵³ O. POLLICINO, [Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovvero l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione](#), in questa [Rivista, Studi, 2015/I](#), 255.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ R. ESPOSITO, *Da fuori. Una filosofia per l'Europa*, Torino, 2016, 203.

al limite *esterno* – dato appunto dalla succitata dottrina, in ogni caso tutt’ora contestata dalla Corte di Lussemburgo – al primato assoluto del diritto eurounitario un limite *interno* allo stesso diritto UE, rappresentato dai principi supremi degli ordinamenti costituzionali statali, da intendersi purtuttavia in armonia con i valori fondanti l’Unione, costituendo, questi ultimi, «la cornice entro la quale l’identità costituzionale degli Stati membri va ricostruita»⁵⁶.

Nella saga *Taricco*, se da una parte l’impostazione data dalla Corte costituzionale italiana al rinvio pregiudiziale riflette senza ombra di dubbio la concezione tradizionale dei controlimiti, da intendersi come strumento eccezionale nelle mani delle autorità nazionali per la verifica ultima circa l’osservanza da parte del diritto sovranazionale dei principi supremi dell’ordinamento costituzionale interno e dunque dell’*identità nazionale*, dall’altra parte nessun cenno a quest’ultimo concetto né all’art. 4 par. 2 TUE è fatto nella replica della Corte di giustizia, incentrata piuttosto sul tentativo di inclusione del principio di legalità “a colori italiani” in una visione maggiormente sfaccettata e pluralista delle garanzie penalistiche apprestate dal diritto sovranazionale, nel combinato disposto di normativa e giurisprudenza rispettivamente del sistema CEDU e del diritto eurounitario. La decisione [Taricco II](#) risulta infatti fondata su di una nuova operazione di bilanciamento tra principio di legalità penale e tutela degli interessi finanziari dell’Unione, che ha esito differente, se non opposto, rispetto alla sentenza precedente; fondamentale a questo riguardo l’accoglimento della premessa, su cui insisteva molto il giudice rimettente, della libertà dell’ordinamento italiano di adottare una concezione sostanziale della prescrizione, *in difetto di un’armonizzazione a livello eurounitario*; da una siffatta premessa, implicante la necessità di involgere il regime prescrizione delle più forti garanzie proprie del diritto penale sostanziale, discende la sostanziale neutralizzazione, pur non priva di ombre e profili controversi, degli effetti della prima sentenza *Taricco*.

Per quanto concerne la tutela dell’identità nazionale e il paventato azionamento dei controlimiti, per contro, la Corte di giustizia evita di esprimersi sulla ricostruzione proposta dalla Corte costituzionale italiana, che imposta l’*actio finium regundorum* tra le rispettive competenze nei termini tradizionali di un “dualismo cooperativo” tra gli ordinamenti e le rispettive Corti. L’obiettivo dell’unità, dice la Corte italiana, in un ordinamento creato al fine di conseguire pace e giustizia tra le Nazioni, giustifica limitazioni di sovranità anche molto sensibili (al punto da determinare modifiche dell’assetto costituzionale), ma non può essere conseguito al prezzo di conculcare l’anima pluralista del progetto europeo; né il diritto dell’Unione né l’interpretazione che ne dà la Corte di giustizia possono pertanto costringere gli Stati membri a rinunciare ai «principi supremi del proprio ordine costituzionale». E la salvaguardia del «tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro» (punto 6 dell’[ord. n. 24 del 2017](#)) deve essere garantita dalle «autorità nazionali» (nel caso italiano, ribadisce la Corte, di tale verifica è investita in via esclusiva la medesima); nessuna “europeizzazione dei controlimiti” dunque, poiché sono pur sempre i custodi *nazionali* delle “ragioni ultime”, del nucleo duro dell’assetto costituzionale⁵⁷ (ovvero, in gran parte degli ordinamenti, i tribunali costituzionali), gli affidatari di questa autocomprendimento identitaria.

⁵⁶ M. STARITA, *L’identità costituzionale degli Stati membri dell’Unione europea nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in [Diritto & questioni pubbliche](#), 1/2015, 255; nel senso che la strada del controllo di validità del diritto europeo derivato alla luce dell’art. 4 par. 2 TUE da parte della Corte di giustizia non esaurisca il problema del contrasto con le norme costituzionali interne, dal momento che «non è possibile alcuna europeizzazione dei controlimiti», O. CHESSA, Meglio tardi che mai. *La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 10 luglio 2016.

⁵⁷ Nel senso che l’*ultima parola* sia lasciata alle Costituzioni nazionali e per esse ai relativi giudici costituzionali, in una sorta di «primato invertito», e che i controlimiti non siano più da intendersi come «un rigido muro di confine fra ordinamenti, bensì come il punto di snodo, la cerniera dei rapporti tra UE e Stati membri, divenendo ormai – gli stessi – un elemento positivo e dinamico di integrazione fra gli ordinamenti», S. GAMBINO, *I diritti fondamentali in Europa*, in *Civitas Europa*, 1/2013, 62-63; posizione non dissimile, sia pure in riferimento al quadro giuridico pre-Lisbona e con la consapevolezza che «in Europa è finita l’epoca del diritto all’ultima parola o dei poteri ultimi», si legge in M. CARTABIA, *“Unità nella diversità”: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, cit., 598 ss.

A commento di una siffatta esposizione seguono purtuttavia due osservazioni su altrettante questioni irrisolte. La prima, inidonea nel caso di specie a determinare conseguenze pratiche rilevanti, ma foriera almeno in potenza di importanti tensioni tra le Corti nel prossimo futuro, è legata all'affermazione della Corte italiana per cui «l'impedimento del giudice nazionale ad applicare direttamente la regola enunciata dalla Corte non deriva da una interpretazione alternativa del diritto dell'Unione, ma esclusivamente dalla circostanza, *in sé estranea all'ambito materiale di applicazione di quest'ultimo*, che l'ordinamento italiano attribuisce alla normativa sulla prescrizione il carattere di norma del diritto penale sostanziale e la assoggetta al principio di legalità espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost. È questa una qualificazione esterna rispetto al significato proprio dell'art. 325 del TFUE, che non dipende dal diritto europeo ma esclusivamente da quello nazionale». L'idea che l'applicazione del diritto eurounitario nel contesto nazionale rappresenti una questione in qualche modo esterna al diritto sovranazionale, vieppiù trattandosi di effetti diretti di una norma di diritto primario, contrasta senza ombra di dubbio con la più che consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia a norma della quale gli Stati membri non possono invocare norme di diritto interno, neppure di rango costituzionale, per sottrarsi agli obblighi derivanti dal diritto europeo. Da questo inciso, così come dall'intero segmento argomentativo del rinvio pregiudiziale contenente la ricostruzione dei rapporti tra i due ordinamenti, si ricava pertanto la (persistente) differenza di prospettiva delle due Corti rispetto alla “divisione dei compiti” sul punto dell'applicazione del diritto sovranazionale.

In secondo luogo, giova ribadire come nella [Taricco II](#) nessun cenno sia fatto al contrasto tra la previsione di cui all'art. 325 TFUE (*rectius*: all'art. 325 come interpretato dalla Corte di giustizia), i cui *effetti diretti* sono suscettibili di essere “sterilizzati” dai giudici italiani con l'assenso della stessa Corte di giustizia, e l'identità costituzionale della Repubblica italiana. La terza questione pregiudiziale, vertente su questo punto, nonché particolarmente delicata sul piano delle relazioni interordinamentali, è giudicata assorbita dalla risposta alle prime due, imperniata piuttosto sul rapporto tra il *decisum* della [prima sentenza Taricco](#) e le garanzie insite nel principio di legalità. La reticenza della Corte – un «elegante *glissé*»⁵⁸ – ad affrontare apertamente questo profilo risulta solo parzialmente compensata dalla valorizzazione dei segmenti argomentativi meno “identitari” del complesso rinvio della Corte italiana, in particolare ove quest'ultima invoca il principio di leale cooperazione a sostegno di una concezione delle relazioni interordinamentali effettivamente “amichevole” nei confronti del diritto sovranazionale, mitigando l'asprezza della dottrina dei controlimiti “alla tedesca”, e soprattutto ove sembra argomentare affinché siano generati già all'interno del diritto dell'UE «quei dispositivi idonei a rendere l'utilizzo dei controlimiti a livello nazionale qualcosa che non incrina il paradigma dell'uniforme applicazione del diritto eurounitario, ma al contrario contribuisce a rafforzare la possibile continuità di valore, sul terreno delle garanzie del diritto penale, tra i diversi sistemi»⁵⁹. L'appello in particolare alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, categoria tutt'ora centrale del diritto costituzionale europeo ad onta del rischio di marginalizzazione che si sarebbe potuto immaginare per esse a seguito del conferimento alla Carta di Nizza dello stesso valore giuridico dei Trattati – come si vedrà *infra* dopo aver trattato sinteticamente della rilevanza dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione ai fini della decisione della Corte –, sembra acquistare un rilievo preminente e di certo superiore rispetto alla nozione di identità nazionale nell'argomentazione della Corte di giustizia. Ciò che chiede la Corte italiana è appunto un approccio autenticamente *pluralista* alle tradizioni costituzionali, che mitighi una concezione assolutistica del primato del diritto eurounitario quale si legge nella già citata *Opinion* dell'Avvocato generale, e quale si legge pure “tra le righe” della [Taricco I](#). La risposta della Corte di giustizia è in questo senso ambivalente, in quanto, pur disinnescando il conflitto *nell'immediato*, è caratterizzata da “parole e silenzi” che possono senz'altro adombrare futuri conflitti costituzionali.

3.2 L'enigma costituzionale dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

⁵⁸ R. BIN, *Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2 febbraio 2018.

⁵⁹ G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy*, cit., 235.

«Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri» (art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

Se l'appello della Corte costituzionale italiana al rispetto dell'identità nazionale non ha trovato un espresso riscontro nella decisione del giudice eurounitario, alla clausola del *favor* per la "tutela più intensa" del diritto fondamentale ex art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione è stato invece dedicato quantomeno un rapido passaggio, peraltro di controversa rilevanza ai fini della risposta alla questione pregiudiziale⁶⁰. Questa *horizontal clause* rappresenta senz'altro un enigma irrisolto del diritto costituzionale europeo, rinvenendosi agevolmente una notevole sproporzione tra le attese della dottrina in merito al possibile ruolo centrale della stessa quale "cerniera" tra i diversi sistemi intersecantesi nello spazio costituzionale europeo – in specie ordinamenti nazionali, ordinamento eurounitario, sistema CEDU e altre convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati sono parti contraenti – e la valenza effettivamente rivestita dall'art. 53 nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Dubbi sul destino di questa previsione potevano essere e sono stati effettivamente avanzati fin dall'adozione della Carta di Nizza, prima dunque che quest'ultima conquistasse una definitiva collocazione nel sistema delle fonti europee. La formulazione piuttosto macchinosa e involuta della clausola è dovuta in particolare alla volontà dei redattori di affidarle a un tempo il compito di salvaguardia del *quantum pluris* di tutela approntato dagli ordinamenti nazionali rispetto ai diritti fondamentali – funzione che s'attaglia piuttosto a convenzioni internazionali dirette a garantire un *minimum standard* di tutela, che a un ordinamento *sui generis* quale quello dell'Unione – e lo scongiuramento del pericolo di minare il principio del primato del diritto dell'Unione, preoccupazione cui si devono in particolare i riferimenti alle sole costituzioni degli Stati membri (e non al diritto degli Stati membri complessivamente inteso) e al «rispettivo ambito di applicazione» (nell'orizzonte di una complessa e forse impossibile delimitazione precisa del *dominium* di ciascuna Carta).

Trattasi pertanto di una tessera di difficile collocazione nel mosaico costituzionale europeo. Concepita inizialmente come norma di coordinamento tra Carta di Nizza e Convenzione EDU, essa ha poi accolto in sé, nel complesso iter di redazione del testo, il riferimento alle costituzioni nazionali, affiancato dalle cautele necessarie a non insidiare la *primauté* del diritto eurounitario. Non sorprende pertanto che i primi commentatori della Carta di Nizza si siano divisi in merito all'interpretazione dell'art. 53, leggendovi un possibile attentato alla supremazia del diritto eurounitario sui sistemi giuridici nazionali ovvero una semplice clausola di coordinamento, dotata di valenza piuttosto politica o esplicativa che autenticamente normativa, finalizzata a assicurare gli Stati membri circa la non necessità di modifiche costituzionali a seguito dell'adozione di una carta di diritti fondamentali a livello sovranazionale⁶¹. Quel che è certo è il limite intrinseco a clausole siffatte, che accomuna – su questo aspetto, senza ambiguità – l'art. 53 della Carta all'omologa previsione di salvaguardia della maggior tutela di cui all'art. 53 della CEDU: il livello di tutela di un diritto fondamentale, infatti, «non è espresso da ciascun ordinamento in valore assoluto ma ha una dimensione relazionale, contraddistinta normalmente dal fatto che la maggior tutela di un diritto corrisponde alla minor tutela di quello antagonista o concorrente con cui viene equamente temperato»⁶². Risulta pertanto

⁶⁰ Cfr. M. BASSINI-O. POLLICINO, *Defusing the Taricco Bomb through Fostering Constitutional Tolerance: All Roads Lead to Rome*, in [Verfassungsblog on Matter Constitutional](#), 5 dicembre 2017.

⁶¹ Cfr. J.B. LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?*, 38 *Common Market Law Review*, Issue 5, 2001, 1190 ss.

⁶² A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, 76; nello stesso senso T.E. EPIDENDIO, *Il caso Melloni: il nodo irrisolto del massimo standard di tutela dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2/2013, 453 e P. PAROLARI, *Tutela giudiziale dei diritti fondamentali nel contesto europeo: il "dialogo" tra le corti nel disordine delle fonti*, in [Diritto & questioni pubbliche](#), 1/2017, 37 ss.; molti gli scritti di J.H.H. Weiler critici sulla possibilità di risolvere

decisamente arduo risolvere eventuali conflitti tra la Carta dei diritti fondamentali dell'UE e le altre fonti nazionali, sovranazionali e internazionali sulla base di questa disposizione, essendo spesso controversa proprio l'individuazione della fonte che predispone la maggior tutela del diritto fondamentale di cui si denuncia la violazione. E se è senz'altro vero che «è nella natura stessa del sistema policentrico che possano convivere opinioni diverse circa la tipologia delle relazioni tra atti normativi provenienti da sottoinsiemi diversi»⁶³, lo è pure il fatto che l'art. 53, a causa dell'indeterminatezza dei suoi riferimenti intertestuali, dà – e ha dato – adito a una pluralità di soluzioni interpretative tra loro anche significativamente divergenti.

Ad onta della peculiare collocazione della disposizione in esame⁶⁴ – costituendo infatti l'Unione europea ordinamento *sui generis*, concepito in termini di autonomia rispetto agli ordinamenti nazionali, ed il cui diritto prevale su quello degli Stati membri in forza del principio del primato – la si potrebbe interpretare come una classica clausola di salvaguardia, diretta ad evitare regressioni della tutela dei diritti ove su di una fattispecie insistano più sistemi di tutela. In tal senso, la Carta costituirebbe una «*garantía de mínimos*» non diversamente dalla CEDU, e dovrebbe recedere ogniqualvolta le costituzioni nazionali prevedano una tutela più intensa del diritto fondamentale azionato. Già *prima facie* una siffatta interpretazione è suscettibile di minacciare la *primauté* del diritto dell'Unione, finora affermata dalla Corte di giustizia anche a discapito del diritto costituzionale degli Stati membri e solo in parte mitigata dall'accoglimento, in seno al diritto eurounitario, delle tradizioni costituzionali comuni agli stessi quali fonti di ispirazione per la tutela dei diritti fondamentali a livello sovranazionale.

Ben diverso il tono e le conseguenze di un'altra possibile interpretazione dell'art. 53, tale da farne piuttosto un corollario dell'art. 51 della medesima Carta – ai sensi del quale *le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione* – e dunque da attribuire ad esso, quasi tautologicamente, la funzione di ribadire come la Carta non determini un'espansione dell'ambito di applicazione del diritto eurounitario. Una siffatta opzione interpretativa adombra purtuttavia l'intento di attuare un'*actio finium regundorum* tra i sistemi di tutela citati, quasi che ad ognuno possa essere assegnato un ambito di applicazione definito e non sovrapponibile a quello degli altri. In tal senso, se la Carta non è idonea ad incidere sui livelli di tutela apprestati *nel rispettivo ambito di applicazione* da costituzioni nazionali e convenzioni internazionali di cui (tutti) gli Stati ovvero l'Unione sono parte, dev'essere vera pure l'ipotesi inversa, ossia che questi – eventualmente più elevati – livelli di tutela non rilevano *ove ci si trovi nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e pertanto della Carta dei diritti fondamentali*. Conseguenza che farebbe della disposizione in oggetto qualcosa di molto diverso rispetto alle classiche – ed espresse in termini non dissimili – clausole di salvaguardia contenute nelle convenzioni internazionali sui diritti umani.

La pletora di opzioni interpretative cui dava luogo l'art. 53⁶⁵ ha subito un improvviso, per quanto non imprevedibile, “colpo di falce” da parte della Corte di giustizia nella celebre [sentenza Melloni](#)⁶⁶, ove essa rispondeva al primo rinvio pregiudiziale effettuato dal *Tribunal Constitucional*. *Casus belli*

siffatte disarmonie tra livelli di tutela dei diritti fondamentali sulla base dell'individuazione dell'*higher standard of protection*, v. tra i molti *Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities*, 61 *Washington Law Review*, 1986, 1127 ss; *contra* L.F.M. BESSELINK, *Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union*, 35 *Common Market Law Review*, 1998, 638 ss.

⁶³ R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in [Rivista AIC](#), 1/2015, 4.

⁶⁴ Cfr. AA.VV., *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, 1087.

⁶⁵ Per una rassegna delle principali opzioni interpretative proposte in dottrina e giurisprudenza, v. M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Osservatorio AIC*, 1/2013.

⁶⁶ Corte giust., 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Stefano Melloni contro Ministero Fiscal*; per una narrazione esaustiva della saga *Melloni*, v. A. TORRES PÉREZ, *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, 10, *European Constitutional Law Review*, 2014, 308-331.

era in questo caso l'interpretazione dell'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri. Dopo aver chiesto alla Corte di giustizia di esprimersi in merito all'interpretazione e alla validità di questa previsione, il *Tribunal* la invitava a pronunciarsi altresì sulla controversa questione se uno Stato membro potesse rifiutarsi di eseguire un mandato d'arresto europeo sulla base dell'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a motivo della “maggior tutela” disposta dalla propria Costituzione nazionale. Nel caso di specie, infatti, applicando la decisione quadro, e dando così luogo all'extradizione del Sig. Melloni, i giudici spagnoli avrebbero determinato una violazione “indiretta” del contenuto essenziale del diritto a un processo equo ex art. 24 della *Constitución española*. Concedere l'extradizione verso Stati che, in caso di reati molto gravi, considerano legittime le sentenze di condanna pronunciate *in absentia*, senza subordinare la consegna del condannato alla condizione che quest'ultimo potesse impugnare tali sentenze per tutelare i suoi diritti di difesa, sarebbe stato comportamento consentito, anzi dovuto, ai sensi della citata decisione quadro, e al contempo *contrario ad un principio supremo della Costituzione nazionale*. Delle tre diverse letture della “disposizione orizzontale” dell'art. 53 offerte dal *Tribunal* nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale, in un *climax* che muoveva dall'interpretazione più eurocentrica – tale da rendere l'art. 53 un corollario quasi superfluo dell'art. 51, e da costringere il giudice spagnolo ad una rilettura “euro-orientata” delle garanzie costituzionali in materia penale – a quella più pericolosa per la Corte di giustizia – ovvero la prevalenza in ogni caso dello *standard* di tutela più elevato, anche a discapito dell'uniformità di applicazione e del primato del diritto dell'Unione – questa presceglie, non imprevedibilmente, la prima. Lo spettro di un'applicazione “a geometria variabile” del diritto dell'Unione induce la Corte ad una risposta molto decisa sul punto. Non solo, dicono infatti i giudici di Lussemburgo, nel caso di specie rimettere in discussione l'uniformità dello *standard* di tutela dei diritti fondamentali definito dalla citata decisione quadro avrebbe cagionato una lesione dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci che essa mira a rafforzare e, pertanto, un pregiudizio per la sua effettività; ma più in generale – e su questo profilo la pronuncia travalica i confini del singolo caso aspirando a fissare un punto fermo nell'interpretazione dell'art. 53, dunque a *fare giurisprudenza* – alle autorità e ai giudici nazionali è consentito applicare gli *standard* nazionali di tutela dei diritti fondamentali in sede di attuazione del diritto dell'Unione solo nella misura in cui non ne siano pregiudicati «né il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione» (punto 60 della sentenza).

Le potenzialità della *horizontal clause* fin qui trattata sembrano dunque essere state «stroncate in tenera età»⁶⁷ dopo questa sentenza; le interpretazioni più ardite della stessa sembrano non avere alcuna possibilità di essere recepite nella giurisprudenza europea, prevalendo il timore di un'attuazione *à la carte* della normativa sovranazionale. L'art. 53 sembra essersi pertanto avviato verso un destino non meno incerto dell'art. 4 par. 2 TUE inerente alla tutela delle identità nazionali, al quale peraltro esso è connesso – in alcune interpretazioni – in una sorta di combinato disposto, vedendosi nel riferimento alle costituzioni nazionali una sorta di “europeizzazione dei controlimiti”. In questo senso, si potrebbe rinvenire una sovrapposizione tra le due previsioni ove la “maggior tutela” di un diritto fondamentale disposta dalle previsioni costituzionali nazionali rientri in quel nucleo essenziale e immodificabile dell'ordinamento che, ai sensi dell'art. 4 par. 2, resiste anche alle esigenze di uniformità del diritto sovranazionale.

Un precedente “ingombrante” quale la sentenza [Melloni](#) non poteva non rilevare nella saga *Taricco*, come si legge nel punto 8 dell'[ordinanza 24/2017](#) della Corte costituzionale italiana. Quest'ultima infatti, dopo aver messo a fuoco i profili di incompatibilità della “regola Taricco” con il principio di legalità penale, dopo aver magistralmente dipinto il quadro delle relazioni interordinamentali alla luce del binomio “unità-diversità” e offerto alla Corte di giustizia un appiglio che, sia pure elaborato nel quadro della teoria dei controlimiti, può essere con altri argomenti

⁶⁷ G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy*, cit., 235.

valorizzato da quest'ultima (ovvero il riferimento, fatto *en passant* nella [Taricco I](#), al dovere in capo ai giudici nazionali di garantire i diritti fondamentali degli imputati nell'attuazione della sentenza europea, e inteso dalla Corte italiana come una sorta di “delega” all'azionamento dei controlimiti), accenna, in guisa di mera “integrazione” di un ragionamento già esaustivo, al fatto che attribuire alla disciplina della prescrizione natura di norma di diritto penale sostanziale costituisce anche «un livello di protezione più elevato di quello concesso agli imputati dall'art. 49 della Carta di Nizza e dall'art. 7 della CEDU [...] salvaguardato dallo stesso diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 53 della Carta». A questo proposito, ben consapevole di quanto statuito dalla Corte di giustizia nel caso [Melloni](#), il giudice costituzionale si avventura in un'ardua enucleazione delle differenze tra i due casi: mentre nel caso spagnolo la scelta di salvaguardare la “maggior tutela” avrebbe cagionato «la rottura dell'unità del diritto dell'Unione» e inciso, nel senso della frammentazione, sul «consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme a proposito della portata da attribuire, secondo il diritto dell'Unione, ai diritti processuali di cui godono le persone condannate *in absentia*», nel caso di specie non sarebbe stata messa in pericolo l'unità e uniformità del diritto dell'Unione, né sarebbe stata contrastata l'interpretazione data dalla Corte di giustizia all'art. 325 TFUE, avendosi piuttosto «un impedimento costituzionale alla sua applicazione diretta [...] che non dipende dalla contrapposizione di una norma nazionale alle regole dell'Unione ma solo dalla circostanza, esterna all'ordinamento europeo, che la prescrizione in Italia appartiene al diritto penale sostanziale». Un *distinguishing* piuttosto debole, potendosi replicare che «qui la posta in gioco dovrebbe considerarsi – nell'ottica dell'Unione – semmai ancora più alta che nel caso [Melloni](#): lì si trattava di assicurare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione; qui l'efficace lotta contro le frodi contro gli interessi economici euro unitari, cioè contro interessi che l'Unione considera da sempre fondamentali per la sua stessa sopravvivenza»⁶⁸. Riesce dunque difficile concordare con la Corte costituzionale sul punto, in quanto l'asserita impossibilità di applicare la “regola Taricco” nell'ordinamento italiano, per quanto presentata come conseguenza di principi supremi del sistema costituzionale non incidenti se non “dall'esterno” sull'applicazione del diritto dell'Unione, finisce per attentare al primato e all'unità del diritto sovranazionale in modo non dissimile rispetto alla regola che il *Tribunal constitucional* proponeva alla Corte di giustizia nel caso [Melloni](#). Una norma di diritto primario, così come interpretata dalla Corte di giustizia, non può e non deve trovare applicazione nell'ordinamento italiano: questo il senso e l'oggetto della richiesta della Corte costituzionale. E se quest'ultima sostiene che l'applicazione del diritto dell'Unione negli ordinamenti nazionali è questione in fondo esterna rispetto al diritto sovranazionale, possono essere richiamati, a contrasto, sessant'anni di giurisprudenza della Corte di giustizia⁶⁹, *in primis* la massima della [sentenza Internationale Handelsgesellschaft](#)⁷⁰ ove si legge che «il diritto nato dal Trattato, che ha una fonte autonoma, per sua natura non può trovare un limite in qualsivoglia norma di diritto nazionale senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che sia posto in discussione il fondamento giuridico della stessa Comunità» (punto 3).

La prevalente lettura “minimalista” dell'art. 53 della Carta data finora dalla Corte di giustizia, non smentita neppure nel caso di specie, impedisce pertanto di ritenere che esso costituisca la base della decisione. All'ambigua rilevanza di questa previsione ove siano in discussione appelli all'interpretazione *magis ut valeat* da parte degli Stati membri, con ovvi pericoli di compromissione degli obiettivi eurounitari, è peraltro sottesa una questione d'indole più generale, che attiene alle straordinarie difficoltà a separare con sufficiente chiarezza gli ambiti di applicazione delle Carte di diritti – *lato sensu* intese – nello scenario giuridico europeo. Se l'applicazione dell'art. 53 è

⁶⁸ R. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei controlimiti e scontro tra paradigmi*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 3/2017, 206; nello stesso senso A.A. DEMMIG, *La Corte costituzionale è ferma sui “controlimiti”, ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in *Giur. cost.*, 1/2017, 531.

⁶⁹ G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy*, cit., 236.

⁷⁰ Corte giust., 17 dicembre 1970, causa 11-70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contro Einfuhr - und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

pacificamente esclusa nelle due ipotesi in cui, rispettivamente, Unione e Stati membri abbiano competenza esclusiva, i problemi di coordinamento sorgono nei sempre più numerosi ambiti ove i due ordinamenti regolano contestualmente la stessa materia. È in siffatte situazioni che la Corte di giustizia ritiene applicabili i maggiori *standard* di tutela garantiti dalle Costituzioni nazionali, a patto che non ne siano compromessi il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione. Il confine tra gli *standard* nazionali applicabili in quanto inidonei a pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto sovranazionale e quelli invece inammissibili risulta tuttavia molto labile, e rimesso ad un bilanciamento che la Corte di giustizia sembra voler ascrivere esclusivamente a sé stessa. In presenza di quali presupposti, inoltre, può dirsi che una determinata materia sia entrata nel cono d'ombra del diritto dell'Unione? È sufficiente in questo senso un intervento di armonizzazione da parte del legislatore europeo a rendere *ipso iure* inapplicabili gli *standard* nazionali di protezione dei diritti fondamentali, in quanto forieri almeno in potenza di un'applicazione *à la carte* del diritto sovranazionale? A questo, così come ad altri interrogativi, la [Taricco II](#) non sembra poter dare una risposta.

3.3 *Es sei denn: le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tra osmosi interordinamentale, "funzionalizzazione" agli interessi eurounitari e salvaguardia delle identità nazionali*

«L'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato» (dispositivo della [sentenza Taricco II](#)).

Es sei denn: la locuzione «a meno che», impiegata dalla Corte di giustizia nella [sentenza Taricco II](#) al fine di circoscrivere la portata della precedente pronuncia pregiudiziale, disinnescare almeno in parte il conflitto che ne è derivato e assicurare il giudice costituzionale rimettente, svolge nella "saga" fin qui raccontata una funzione che richiama, *mutatis mutandis*, quella esercitata dalla congiunzione *solange* («fintantoché») nella tormentata storia dei rapporti tra la Corte di giustizia e il *Bundesverfassungsgericht*. Una funzione di autolimitazione dunque, di *self-restraint* nell'orizzonte della *comity* giudiziale, quivi diretta ad evitare che i diritti fondamentali degli imputati siano conculcati a seguito dell'applicazione di una regola tratta in via interpretativa da una disposizione dei Trattati. E una siffatta valutazione è rimessa ai giudici nazionali, affermando la Corte di giustizia una continuità argomentativa sul punto – invero non così agevole da rintracciare – rispetto alla precedente, controversa decisione; essa consente in questo modo all'ordinamento nazionale coinvolto di dispiegare la propria *diversità* in punto di ampiezza e portata del principio di legalità penale, quantomeno *finché* – sembra affermarsi al punto 44 della decisione – non interverrà una piena armonizzazione del regime prescrizione a livello eurounitario (con le possibili ulteriori tensioni interordinamentali paventate *supra*).

Se, come già accennato, a fronte delle argomentazioni del giudice costituzionale italiano non è invece richiamato dalla Corte lussemburghese il doveroso rispetto delle identità nazionali quale base della decisione, né il riferimento – quasi *en passant* – all'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea risulta dirimente ai fini della pronuncia, giova soffermarsi sul vero nucleo del percorso argomentativo della Corte di giustizia, articolato piuttosto intorno ad una concezione

maggiormente *inclusiva* e *pluralistica* della legalità penale, tale da accogliere in sé il diverso e più ampio contenuto e livello di tutela conferito alla stessa dall'ordinamento italiano. A questo proposito risulta condivisibile un approccio alla questione che non sia immemore del ruolo essenziale, per quanto tutt'altro che semplice da definire e circoscrivere, delle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» nella costruzione dell'ordinamento giuridico eurounitario. Questa nozione, autentico rompicapo per gli studiosi di diritto costituzionale europeo, nonché foriera di plurime tensioni dicotomiche⁷¹, in particolare – ai fini della nostra disamina – con la nozione di identità costituzionale, percorre l'intero processo dell'integrazione europea, e non sembra destinata a perdere di rilievo neppure nell'Unione post-Lisbona, dunque a seguito dell'acquisizione di piena efficacia giuridica da parte della Carta dei diritti fondamentali. Senza avventurarsi in imprese definitorie che esulano dall'oggetto del presente scritto, vale la pena purtuttavia soffermarsi brevemente sul significato dell'utilizzo di questo sintagma per designare, più che una fonte del diritto in senso tecnico, quel retroterra culturale e giuridico-costituzionale dal quale la Corte di giustizia ha tratto ispirazione, tramite un procedimento «*inventivo/interpretativo*»⁷², per elaborare e consolidare un breviario europeo dei diritti fondamentali, solo successivamente accolto in un testo scritto. Lo *ius commune europaeum* dei diritti fondamentali nasce infatti nel segno della giurisprudenzialità⁷³, in assenza di riferimenti normativi nei Trattati e grazie all'opera, appunto, *inventiva* della Corte di Lussemburgo, la quale si è sforzata di *reperire* i principi generali del diritto sovranazionale sulla base delle tradizioni proprie degli Stati membri, nell'orizzonte della costruzione di un «patrimonio costituzionale europeo»⁷⁴ che, nell'equilibrio sempre provvisorio e *in progress* tra unità e diversità, potesse condurre a un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa⁷⁵. La cifra dell'impresa compiuta a questo scopo dalla Corte di giustizia risulta in particolare da due note e risalenti decisioni, che illuminano non soltanto alcune caratteristiche essenziali del metodo seguito dalla medesima nel reperimento delle *common constitutional traditions*, ma anche alcuni elementi costitutivi delle stesse, tali da circoscriverne un altrimenti indeterminato e forse indeterminabile spettro di significati.

La prima delle due pronunce, invero antecedente rispetto alla “stagione” delle tradizioni costituzionali comuni, è la sentenza *Algera*, ove la Corte, trovandosi dinanzi ad una lacuna dell'ordinamento giuridico comunitario, conclude di essere «tenuta a risolvere tale problema informandosi alle leggi, alla dottrina e alla giurisprudenza dei Paesi membri»⁷⁶. In assenza di un riferimento normativo chiaro, la Corte è così vincolata dalla *rule of law* a “trovare” – appunto, il latino *invenire* – il diritto, avvalendosi del diritto degli Stati membri e ricorrendo alle tecniche proprie del *comparative law method*⁷⁷.

La seconda è invece la già citata [sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*](#)⁷⁸, ove la Corte mitiga la dirompente affermazione dell'indifferenza, per il diritto comunitario, delle disposizioni anche di rango costituzionale degli Stati membri («il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato»), con l'altrettanto pregnante affermazione per cui «la tutela dei diritti fondamentali costituisce [...] parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza»; la

⁷¹ Cfr. O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero la incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, cit., 244-245.

⁷² P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., 100.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ L'espressione, coniata da Alessandro Pizzorusso, dà il titolo ad una delle opere più significative sull'argomento: v. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.

⁷⁵ Così l'art. 1 del Trattato UE.

⁷⁶ Corte giust., 12 luglio 1957, cause riunite C-7/56, C-3/57, C-7/57, *Dineke Algera, Giacomo Cicconardi, Simone Couturaud, Ignazio Genuardi e Félicie Steichen contro l'Assemblea Comune della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*.

⁷⁷ K. LENAERTS, *The European Court of Justice and the Comparative Law Method*, cit., 299.

⁷⁸ Corte giust., 17 dicembre 1970, causa 11-70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contro Einfuhr - und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

salvaguardia dei diritti fondamentali nel diritto comunitario è «informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri», ma al contempo «garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità». Sono quantomeno tre le osservazioni che si possono enucleare già a una prima lettura di queste affermazioni.

In primo luogo, la dichiarazione dell'irrelevanza del diritto – finanche di rango costituzionale – degli Stati membri rispetto all'uniforme applicazione del diritto comunitario, per quanto “scioccante” nella prospettiva degli Stati membri⁷⁹, discende quasi pianamente dall'impostazione data dalla Corte alle relazioni interordinamentali fin dalla seminale [sentenza Costa contro Enel](#)⁸⁰. La lunga sequenza di decisioni che segue questa sentenza “capostipite” è infatti coerentemente improntata all'affermazione di un «nuovo ordine giuridico», *sui generis* e affrancato rispetto agli ordini giuridici nazionali; da tale affrancazione, nonché dalle esigenze intrinseche al corretto funzionamento del mercato comune, è fatta a sua volta discendere una costellazione di principi, tra i quali emergono in particolare la supremazia del diritto comunitario sul diritto interno degli Stati membri e l'efficacia diretta dello stesso. Sono dunque piuttosto le determinazioni della Corte di giustizia, che le scarse indicazioni contenute nei Trattati, ad aver plasmato un'esperienza istituzionale del tutto inedita, il cui inquadramento secondo la tradizionale prospettiva stato-centrica è risultato fin dall'inizio particolarmente arduo⁸¹.

In secondo luogo, giova evidenziare come a tale impegnativa dichiarazione di disinteresse per le rotture costituzionali eventualmente conseguenti all'espansione del diritto comunitario faccia da contrappunto il richiamo alle «tradizioni costituzionali comuni» quali fonti di ispirazione per la costruzione di un sistema di tutela dei diritti fondamentali a livello sovranazionale. Se, dice la Corte, le peculiarità dei singoli sistemi costituzionali non possono incidere sull'uniforme applicazione del diritto comunitario, esse purtuttavia rilevano nella misura in cui concorrano alla formazione dei principi generali del diritto sovranazionale nel campo della tutela dei diritti fondamentali.

La terza osservazione verte invece sul segmento finale dell'impegnativa dichiarazione della Corte, ovvero sul fatto che la tutela dei diritti fondamentali nel contesto europolitano sia in ogni caso «garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità». In questo passaggio, ripetuto poi nella [sentenza Hauer](#)⁸², la Corte sembra voler chiarire la natura di fonti di *ispirazione*, piuttosto che di autentiche fonti di produzione giuridica, propria delle *common constitutional traditions*. Il reperimento di queste ultime non è allora vincolato ad un procedimento di “stretta comparazione” tra gli ordinamenti nazionali, di valutazione “quantitativa” e confronto dei diversi *standard* di tutela, finanche di composizione e sintesi puramente giustappositiva delle prassi costituzionali seguite dagli Stati membri. Trattasi di una sintesi che si può paragonare piuttosto ad un processo osmotico, di alimentazione – reciproca – tra Unione e Stati membri delle rispettive esperienze costituzionali, in ogni caso *funzionale al perseguimento degli scopi* (della Comunità, e ora) *dell'Unione*. Nella costruzione dell'*ethos* costituzionale europeo si rinviene allora una chiara volontà, da parte del massimo organo giurisdizionale europolitano, di non abdicare al proprio ruolo di garante della realizzazione degli obiettivi propri del progetto sovranazionale; le tradizioni costituzionali comuni rappresentano il “materiale” cui attingere precipuamente nel dare forma allo *ius commune europaeum*, ma senza che ciò attenni l'autonomia e la specificità dell'ordine giuridico europeo⁸³; nel *reasoning* della Corte pertanto il *comparative law method* si intreccia indissolubilmente alla *teleological interpretation*⁸⁴. Non sorprende come, quantomeno «nel periodo glorioso della

⁷⁹ Cfr. O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero la incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, cit., 248.

⁸⁰ Corte giust., 15 luglio 1964, causa 6-64, *Flaminio Costa contro E.N.E.L.*

⁸¹ Per uno straordinario affresco del processo di integrazione europea, con particolare attenzione alla logica integrazionista perseguita con successo dalla Corte di giustizia e all'“inevitabilità retrospettiva” con cui si guarda all'evoluzione della sua giurisprudenza, si veda NEIL MACCORMICK, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, 1999.

⁸² Corte giust., 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Liselotte Hauer contro Land Rheinland-Pfalz*.

⁸³ Cfr. M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, 223 ss.

⁸⁴ K. LENAERTS, *The European Court of Justice and the Comparative Law Method*, cit., 308.

giurisprudenza comunitaria», la narrazione della Corte sulle tradizioni costituzionali comuni si sia spesso risolta in un «paravento retorico ad alta matrice simbolica, in cui la Corte di giustizia cerca nel collegamento, spesso più preteso che effettivo, tra la soluzione prospettata nel caso oggetto di giudizio e quella che emerge dalla esperienza costituzionale degli Stati membri, una legittimazione argomentativa per poter continuare a fare quello che soltanto in un primo periodo la stessa corte ha potuto fare indisturbata»⁸⁵. Ne è esempio preclaro la celebre [sentenza Mangold](#)⁸⁶, ove la Corte, tramite un'interpretazione «ai confini della manipolazione»⁸⁷, ritiene sussistente un principio generale di non discriminazione sulla base dell'età, invero poggiante «su basi decisamente instabili, non essendo così facilmente desumibile [...] da “vari strumenti internazionali e dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri”»⁸⁸.

L'enfasi sull'indubbia “funzionalizzazione eurounitaria” delle *common constitutional traditions* non deve tuttavia far perdere di vista l'ambivalente potenzialità delle medesime, nell'orizzonte della creazione di un patrimonio costituzionale comune che dia (e lasci) spazio alle diversità nazionali e al pluralismo. La soluzione delle numerose “questioni costituzionali” poste all'attenzione della Corte ha infatti sempre oscillato tra l'individuazione dell'opzione maggiormente condivisa dagli Stati membri, *generalizzata* dalla Corte e interiorizzata a livello sovranazionale, e l'opposta strada dell'accoglimento di opzioni minoritarie ma maggiormente funzionali al raggiungimento degli obiettivi dell'Unione. Tra questi due poli, una pleora di soluzioni che hanno dimostrato maggiore o minore attenzione per l'impatto sui sistemi nazionali delle decisioni sovranazionali, e che hanno lasciato maggiore o minore spazio al dispiegamento di identità e peculiarità nazionali “minoritarie”, ma la cui conservazione non era ritenuta incompatibile con i principi del primato e dell'uniforme applicazione del diritto sovranazionale. In questo senso, la constatazione della notevole libertà con cui negli ultimi decenni la Corte di giustizia ha enucleato i principi generali del diritto eurounitario dev'essere relativizzata alla luce di una differente e parallela linea di indagine, rivolta ad associarne la rilevanza «a quell'insieme veramente esteso di riferimenti ai valori che stanno a presidio della identità culturale e giuridica dei diversi ordinamenti statali per consolidare una forte garanzia delle diversità che è stata pretesa soprattutto nel momento in cui l'estremo ampliamento delle adesioni alla Unione porta l'emergere di non facili rapporti con ordinamenti sensibilmente eterogenei rispetto al nucleo primitivo dei partecipanti alla costruzione comunitaria»⁸⁹.

Giova dunque sottolineare come le *common constitutional traditions* abbiano svolto un ruolo complesso e multidimensionale, di certo di centrale rilevanza, nella formazione del patrimonio costituzionale europeo, proteggendo le diversità nazionali ben più che le clausole di diritto positivo a ciò preposte, analizzate nei paragrafi precedenti; né un ridimensionamento della stessa rilevanza sembra essersi verificato a seguito dell'acquisizione di piena efficacia giuridica da parte della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Notava ad esempio Antonio Ruggeri, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – e dunque anteriormente alla piena acquisizione di efficacia giuridica vincolante da parte della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione – come «diversamente da quanto ipotizzato a stare all'ordine di idee del carattere *ad tempus* delle tradizioni comuni, queste ultime proprio dalla codificazione [...] potranno ricevere una spinta ancora più vigorosa alla loro riproduzione ed al loro consolidamento, ponendosi a doppio titolo come giuridicamente significative,

⁸⁵ O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero l'incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, cit., 251.

⁸⁶ Corte giust., 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Werner Mangold contro Rüdiger Helm*.

⁸⁷ O. POLLICINO, *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, 98.

⁸⁸ P. FARAGUNA, *Il Mangold Urteil: controllo ultra vires ma da maneggiare «europarechtsfreundlich»*, in *Quad. cost.*, 4/2010, 864.

⁸⁹ G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali comuni e Costituzione europea*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 6 novembre 2014.

tanto in sede interpretativo-applicativa quanto in sede produttivo-normativa»⁹⁰. Un simile processo sembra essersi effettivamente avverato, se solo si considera, da una parte, il fondamentale ruolo rivestito dalle *common constitutional traditions* nel vivificare le previsioni della Carta dei diritti fondamentali, nell'alimentarne continuamente le potenzialità ermeneutiche, nell'impedirne una sclerotizzazione; dall'altra il contributo dato dalle stesse alla protezione delle diversità nazionali, come avvenuto specificamente nella saga *Taricco*, ove esse, unitamente ad altri fattori, consentono un sostanziale *revirement* grazie ad un ampliamento dell'orizzonte normativo e giurisprudenziale preso in considerazione. Le obiezioni mosse dalla Corte costituzionale in sede di rinvio pregiudiziale determinano infatti un significativo mutamento di prospettiva da parte del giudice eurounitario nell'analisi della questione in oggetto: nella *Taricco II* il contenuto del principio di legalità penale è definito forzando gli angusti confini dati alla questione dalla precedente sentenza, e *interiorizzando* a livello sovranazionale, in un certo qual modo, il *quantum pluris* di tutela dei diritti fondamentali dell'imputato che l'ordinamento italiano riconosce alla luce di una concezione sostanziale della prescrizione, consentita in quanto alla data dei fatti di cui al procedimento principale la materia non era stata ancora oggetto di armonizzazione a livello europeo. Cos'è, dunque, quel quadro normativo più completo nell'ambito del quale enucleare il principio di legalità, concentrandosi in particolare sui requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale, delineato dalla Corte di giustizia nel recente arresto sul caso *Taricco*, se non la ricognizione di principi già presenti e consolidati nella giurisprudenza europea, a loro volta alimentati dalle *tradizioni costituzionali comuni* agli Stati membri? L'analisi dei principi rilevanti avviene dunque oltrepassando la letteralità delle previsioni normative (in particolare dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che a differenza dell'art. 25 Cost. italiana non sembra consentire un'estensione alla disciplina prescizionale delle garanzie ivi apprestate⁹¹), per il tramite di una ricostruzione maggiormente *inclusiva* e *pluralistica* della legalità penale, tale da consentire alla particolare *declinazione* italiana della stessa di dispiegarsi e di prevalere, nel bilanciamento con la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, in forza non dell'opposizione di un controlimito, ma di una sorta di autolimitazione da parte dello stesso diritto eurounitario.

4. *Intersezioni e conflitti tra ordinamenti nel pluralisme désordonné dell'Unione europea. Meno d'una conclusione*

Se corrisponde al vero che «il giurista è un cercatore d'ordine, un tessitore d'ordine, perché il diritto è essenzialmente scienza ordinante»⁹², e che «egli si sforza di individuare e segnare la ragnatela dell'ordine che soggiace, invisibile ma reale, al di sotto della incomposta rissa delle cose», *ordinare* l'Europa del diritto rappresenta senza ombra di dubbio una delle principali sfide del costituzionalismo odierno. Nel diritto costituzionale, così come in molte altre discipline non solo giuridiche, è sempre concreto il rischio che la teoria non stia al passo della realtà, che l'autorevolezza – talvolta, il peso⁹³ – di certe categorie dogmatiche inibisca o rallenti lo sviluppo di diverse ipotesi ricostruttive, più acconce ai nuovi “paesaggi giuridici” che si delineano nella società. D'altra parte si corre talvolta il pericolo in un certo senso opposto, di abbandonare sbrigativamente orientamenti consolidati e convinzioni ben radicate in dottrina, ritenendo che ne sia sopraggiunta l'obsolescenza, e pretendendo di sostituire ad esse nuove categorie e soluzioni interpretative. Si pensi a quanti, nel vivace dibattito sul sempre più intricato sistema di protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa,

⁹⁰ A. RUGGERI, *Struttura e dinamica delle tradizioni costituzionali nella prospettiva dell'integrazione europea*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 7/2003, 390.

⁹¹ In merito alla differente «portata» dell'art. 25 comma 2 Cost., rispetto all'art. 49 par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e all'art. 7 par. 1 della CEDU v. G. LATTANZI, *Il dialogo tra le Corti nei casi Melloni e Taricco*, cit., 2134.

⁹² P. GROSSI, *Le molte vite del giacobinismo giuridico (ovvero: la “Carta di Nizza”, il progetto di “Costituzione europea” e le insoddisfazioni di uno storico del diritto)*, in *Jus*, 3/2003, 405.

⁹³ Degli «aspetti di vischiosità nelle ideologie giuridiche» parla *ex multis* G. ZAGREBELSKY ne *Il diritto mite*, Torino, 1992, 50.

ritengono meritevoli di una ridefinizione – tale da mutarne l'essenza –, quando non di una vera e propria *archiviazione*, i concetti di *sovranità*, *potere*, *costituzione*, *governo*. Dovremmo dunque iniziare a prender congedo da quella vicenda intellettuale, storica e istituzionale che è culminata, nel secondo dopoguerra, nella consolidazione in molti paesi europei degli “Stati costituzionali di diritto” a pieno titolo, e avventurarci in un itinerario completamente nuovo, in un diritto senza sovranità, senza confini e senza gerarchie?

Quel che è certo, è che approcci semplificanti al fenomeno dell'integrazione europea non hanno finora condotto ad esiti soddisfacenti. Né le ricostruzioni in senso monistico dell'ordine giuridico sovranazionale, dirette a subordinare gerarchicamente i sistemi giuridici dei singoli Stati membri, né tantomeno le oramai superate concezioni internazionaliste dell'integrazione spiegano adeguatamente l'intreccio di relazioni e competenze che caratterizza lo spazio costituzionale europeo. Come osserva Delmas-Marty, è allora preferibile la «pedagogia della complessità alla demagogia della semplicità»⁹⁴. Ma come si può procedere all'abbandono dei rassicuranti modelli piramidali e gerarchici senza arrendersi ad un *dis-ordine giuridico* modellato dal fluire magmatico e spesso incoerente delle decisioni dei giudici nazionali e sovranazionali? Come sfuggire all'anomia del presente, senza rinunciare ad un *pensiero complesso*? Di certo «il pensiero semplice risolve i problemi semplici senza problemi di pensiero», mentre «il pensiero complesso in sé non risolve i problemi, ma costituisce un contributo alla strategia che li può risolvere»⁹⁵. Tracce di pensiero complesso si possono rinvenire negli studi che sempre più frequentemente cercano nel principio dialogico la chiave per operare una ricostruzione delle relazioni interordinamentali nello spazio giuridico europeo. I dialoghi talvolta “conflittuali” tra le supreme giurisdizioni nazionali e sovranazionali hanno in effetti contribuito in modo determinante all'elaborazione delle più diverse teorie sulla natura dell'ordine giuridico sovranazionale e sui suoi rapporti con gli ordinamenti nazionali, cercando di sopperire alla povertà o ambiguità delle indicazioni contenute nelle previsioni normative di diritto primario. In verità, quasi tutti i principi fondamentali in materia sono stati elaborati dalle corti⁹⁶ (ad esempio il principio del primato del diritto eurounitario, la teoria dei controlimiti, la dottrina del «margine di apprezzamento»). Neppure le pronunce dei giudici si sono tuttavia sottratte alle tentazioni di una visione gerarchica delle relazioni tra fonti e tra ordinamenti: si pensi, anche da un punto di vista prettamente terminologico, ad espressioni come «primato del diritto UE» o «predominio assiologico della Costituzione»⁹⁷. La prevalente concezione ecumenica e totalizzante del “dialogo tra Corti” fa sì che non si veda, ovvero sia sovente sottovalutato, il carattere autoreferenziale della giurisprudenza delle Corti costituzionali e sovranazionali, nonché la tendenza delle medesime a non abbandonare del tutto lo strumentario concettuale proprio di una ricostruzione “verticale” dei rapporti interordinamentali. Alla difficoltà di stabilizzare e sistematizzare una gerarchia tra gli ordinamenti e tra le rispettive fonti⁹⁸, come pure di immaginare relazioni *alternative*, non gerarchiche, tra le stesse, corrisponde peraltro l'incapacità di ricostruire in maniera soddisfacente le relazioni tra le stesse corti

⁹⁴ M. DELMAS-MARTY, *Lo spazio giudiziario e giuridico europeo: verso un pluralismo ordinato*, in AA.VV., *Giustizia più efficiente e indipendenza dei magistrati a garanzia dei cittadini (Atti del XXVII Congresso nazionale Associazione Nazionale Magistrati)*, Milano, 2004; per un'interpretazione del processo di integrazione alla luce del concetto di “complessità”, v. G. MARTINICO, *Complexity and cultural sources of law in the EU context: from the multilevel constitutionalism to the constitutional synallagma*, in *German Law Journal*, 3/2007, 205-230 e ID., *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: On Complexity as a Constitutional Theory of the EU*, in *Yearbook of European Law*, 2012, 198-226.

⁹⁵ E. MORIN, *Introduzione al pensiero complesso*, Milano, 1990, 84.

⁹⁶ Cfr. *ex multis* S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009, 10 ss.

⁹⁷ Cfr. P. PAROLARI, *Tutela giudiziale dei diritti fondamentali nel contesto europeo*, cit., 41; l'espressione «predominio assiologico della Costituzione», riferita al rapporto con la CEDU, è contenuta in particolare in [Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49](#).

⁹⁸ Nel senso che non siano seriamente ipotizzabili «né interventi normativi volti a sancire gerarchie, peraltro impensabili, oltre che inappropriate, né, per gli stessi motivi, la creazione di giurisdizioni terze destinate a...regolare il traffico» A. TIZZANO, *Qualche considerazione dal versante lussemburghese a proposito dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2/2017, 73.

europee, tutte inclini a considerare fondamentale la conservazione della propria funzione di interpreti qualificate e supreme custodi dell'ordine giuridico cui appartengono. Le confliggenti pretese ad avere l'*ultima parola* sui conflitti costituzionali sono conseguenza di una «sovranità non decisa»; la stessa saga *Taricco* conferma, nel “combinato disposto” dell'ordinanza della Corte costituzionale confermativa della teoria dei controlimiti e dell'eloquente silenzio sul punto nella replica della Corte di giustizia, che entrambi i giudici «rivendicano la sovranità dell'ordinamento di cui sono custodi: la prima, attraverso la tutela, anche dinanzi al diritto europeo, dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale (cui appartiene il principio di legalità penale); la seconda, attraverso una specifica distribuzione dei compiti (tra giudice nazionale e legislatore nazionale) in ossequio al prevalente interesse europeo»⁹⁹.

Osservando l'indubbio incremento dei conflitti costituzionali negli ultimi anni, anche in ragione del progressivo superamento della riluttanza di molte Corti costituzionali nazionali rispetto all'uso del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, è agevole constatare che *lo spettro dei controlimiti si aggira per l'Europa*. Il termometro dei rapporti interordinamentali registra così un innalzamento della percentuale di conflitti e, conseguentemente, dell'incertezza che circonda l'interpretazione di principi e norme nello scenario giuridico europeo. In un simile contesto le Corti costituzionali nazionali, come testimonia la recente e discussa [sentenza 14 dicembre 2017, n. 269](#) della Corte italiana, sembrano voler riaffermare il proprio ruolo a fronte di un sempre più evidente rischio di isolamento nel circuito giudiziario dell'Unione. Un inserimento più deciso delle Corti costituzionali nazionali nel dialogo che finora vedeva quali interlocutori immediati della Corte di giustizia soprattutto i giudici comuni potrebbe infatti scongiurare il rischio di una progressiva marginalizzazione dei giudici delle leggi dal sistema di protezione dei diritti fondamentali in Europa¹⁰⁰. È un motivo ricorrente, negli scritti dei costituzionalisti sull'integrazione europea, sottolineare come la sovrapposizione di ordinamenti e di livelli di governo, ciascuno dotato di un proprio sistema di protezione di diritti e libertà fondamentali, non solo ponga alle corti straordinari e inediti problemi di coordinamento, ma vada altresì a minare alcuni presupposti essenziali della giustizia costituzionale accentrata. Se è vero che «la speciale funzione della Corte costituzionale come giurisdizione costituzionale delle libertà poggia sulla premessa acquisita per il costituzionalismo moderno che la garanzia dei diritti è anzitutto nella Costituzione nazionale»¹⁰¹, allora la moltiplicazione di Carte e Corti nello spazio costituzionale europeo minaccia proprio quel ruolo privilegiato di interpreti e custodi dei principi fondamentali dell'ordinamento statale, che nel costituzionalismo del secondo dopoguerra è affidato in primo luogo alle Corti costituzionali.

La questione con cui bisogna fare i conti, è pertanto quella di una sorta di ridefinizione dei compiti attribuiti alle Corti costituzionali nel contesto europeo, alla luce della consolidazione di un sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali nel quale altre Carte e altre Corti rivendicano spazi autonomi per agire e regolare situazioni giuridiche soggettive di carattere “fondamentale”, talvolta sulla base di priorità assiologiche e criteri di bilanciamento che sottopongono a forti tensioni le “tavole di valori” contenute nelle Costituzioni nazionali¹⁰². Sembra più che mai urgente allora che i giudici delle leggi si presentino come «istanza di *reductio ad unitatem* che risponda all'esigenza,

⁹⁹ V. MARCENÒ, *La sentenza M.A.S.: conseguenze di una sovranità incerta*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 232.

¹⁰⁰ In merito alla rilevanza di alcune decisioni della Corte di giustizia nell'ambito del processo di “*displacement*” delle Corti costituzionali nazionali e alla necessità di conservare a queste ultime un ruolo di primo piano nell'orizzonte della costruzione di una autentica «democrazia costituzionale europea», v. J. KOMÁREK, *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, cit., 527 ss.

¹⁰¹ M. CARTABIA, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana*, in AA.VV., *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003, 204.

¹⁰² In merito al ruolo fondamentale e insostituibile dei tribunali costituzionali d'Europa, consistente nell'orientare i giudici comuni nel «labirinto rappresentato dall'intersezione fra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Convenzione», v. *ex multis* A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in [Rivista AIC](#), 4/2017, 16 ss; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in [Rivista AIC](#), 3/2017, 15 ss.

anche “psicologica”, di uno strumento di chiusura del sistema»¹⁰³; in ciò può consistere l’opportunità per ciascun tribunale costituzionale d’Europa di «rivendicare il proprio ruolo di custode dei diritti anche nell’era della tutela multilivello: fare uso dei poteri ermeneutici di cui dispone come interprete privilegiato della Costituzione nazionale per orientare il diritto costituzionale vivente verso la dimensione costituzionale europea, o meglio verso la costruzione di una dimensione costituzionale europea; “orientare” qui assunto nel senso di addivenire, per via interpretativa e nel dialogo con la Corte di giustizia, alla determinazione del più intenso grado di tutela quale cornice dei bilanciamenti operati in concreto dal giudice comune»¹⁰⁴. Con particolare riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione, osserva recentemente la Corte italiana che «le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l’ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall’art. 6 del Trattato sull’Unione europea e dall’art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito»¹⁰⁵.

Quale il possibile ruolo, in questo difficile percorso di ridefinizione della funzione e dello stesso significato della giustizia costituzionale accentrata, della dottrina dei controlimiti e dell’opposizione delle identità nazionali ai presunti “eccessi” del processo di integrazione? A questo proposito la nota affermazione di Joseph Weiler secondo cui «to protect national sovereignty is *passé*; to protect national identity by insisting on constitutional specificity is *à la mode*»¹⁰⁶ merita di essere relativizzata, operando un’interpretazione alternativa della nozione di *identità nazionale* che, pur non ponendosi in aperto conflitto con le esigenze di unità e di uniforme applicazione del diritto dell’Unione, neppure abdichi all’irrinunciabile esigenza di tutela del “nucleo duro” delle identità costituzionali particolari, la cui protezione dovrebbe costituire peraltro uno dei pilastri dello stesso progetto di Europa “unita nelle diversità”. I principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale italiano, e tra questi in particolare la sovranità popolare¹⁰⁷ (art. 1 Cost.), l’apertura all’ordinamento sovranazionale (art. 11) e la natura accentrata del controllo di legittimità costituzionale (art. 134), *fanno sistema* immettendo nel “dialogo tra Corti” i termini del patto costituzionale, da intendersi come «patto reciprocamente obbligante»¹⁰⁸, meritevole di tutela anche a fronte delle esigenze di unità e di garanzia del primato proprie del diritto sovranazionale. Trattasi dunque di una lettura alternativa dei controlimiti, da intendersi non in senso sovranista, come «usbergo della statualità», bensì come *strumenti di salvaguardia del suddetto patto*, il quale non si pone né si dovrebbe porre in radicale contrasto con il progetto di integrazione sovranazionale, rappresentandone al contrario una fonte di arricchimento nell’orizzonte della costruzione di un *ethos* costituzionale europeo che non annichisca ma salvaguardi le diversità.

Un passo in avanti in questa direzione è stato fatto dalla Corte costituzionale italiana, che agendo tramite rinvio pregiudiziale di interpretazione è sembrata voler accogliere una concezione *procedurale* dell’attivazione dei controlimiti (quasi un *audiatur et altera pars*, prima di disinnescare autonomamente gli effetti della *Taricco I*). Nel caso di specie, era in gioco un’*identità costituzionale asimmetrica* in materia di diritto penale, in particolare una determinata concezione (certo non l’unica possibile) del principio di legalità. Lo scontro tra paradigmi in questa delicata materia induce ad affermare come «il disincanto rispetto a mitologie giuridiche non tocca il dover essere incorporato (nella Costituzione italiana) nel principio di legalità: riserva di legge e soggezione del giudice alla

¹⁰³ A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit., 77.

¹⁰⁴ *Ibidem*, 78.

¹⁰⁵ [Corte cost., sent. 14 dicembre 2017, n. 269](#), punto 5.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁶ J.H.H. WEILER, *On the power of the Word: Europe’s constitutional iconography*, 3 *International Journal of Constitutional Law*, Issue 2-3, 2005, 184.

¹⁰⁷ Per una condivisibile lettura dei controlimiti radicata nella valorizzazione del principio democratico, v. M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2/2016, 6 ss.

¹⁰⁸ M. BERTOLISSI, *Autonomia e responsabilità sono un punto di vista*, Napoli, 2015, 590.

legge»¹⁰⁹; principio irrinunciabile, cui la Corte italiana ha dato il giusto rilievo stimolando la riaffermazione, anche da parte del giudice europeo, di una visione autenticamente pluralistica e rispettosa delle identità nazionali, quale emerge tuttavia solo in parte nella [sentenza Taricco II](#).

Il dialogo tra Corti è dunque qui contraddistinto da luci e ombre, come più volte accennato: tra le prime, figura senz'altro l'invito da parte della Corte italiana alla Corte di giustizia a "prendere sul serio" le tradizioni costituzionali a fronte di un'inopinata accelerazione del travagliato percorso di unificazione dei principi generali in materia di diritto penale, tramite un'ordinanza di rinvio che, letta unitamente alla di poco successiva [sentenza 269/2017](#), denota anche una volontà di ridefinire il proprio ruolo nel circuito giudiziario della tutela multilivello; tra le seconde, spicca il silenzio della Corte di giustizia in merito a questioni centrali dell'integrazione giudiziaria (e non solo), che di certo fomenteranno nei prossimi anni ulteriori conflitti costituzionali.

¹⁰⁹ D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2/2015, 48.