LA VICENDA TARICCO E IL (POSSIBILE) RICONOSCIMENTO DELL'IDENTITÀ NAZIONALE QUALE CONFERMA DEL PRIMATO DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA*

1. Il primato del diritto dell'Unione e alcune recenti reazioni centrifughe degli Stati membri.

Passando in rassegna le più recenti e più note prese di posizione delle supreme corti nazionali in merito ai rapporti inter-ordinamentali a "vantaggio" del diritto nazionale su quello dell'Unione, si ricorda il Tribunal constitucional de España che, nel 2011, nel rinvio pregiudiziale che diede vita alla causa ***Melloni***, invocò i controlimiti (seppur poi sostanzialmente adeguandosi ai *dicta* della Corte di giustizia nella sentenza emessa dopo la pronuncia di tale Corte).

Il Bundesverfassugsgericht, nel 2013 e poi nel 2016, ha invocato l'*ultra vires* rispettivamente nel rinvio pregiudiziale relativo al caso ***Gauweiler*** e nella decisione adottata a valle della pronuncia dei giudici del Kirchberg, analogamente alla Corte costituzionale ceca nel 2012 rispetto alla pronuncia ***Landtová*** della Corte di giustizia. Così, nel 2015, nell'ordinanza ribattezzata ***Solange III***, sempre la Corte costituzionale tedesca si è discostata dalla richiamata giurisprudenza *Melloni*, senza neppure rinviare pregiudizialmente a Lussemburgo ritenendo che la questione non desse adito ad alcun ragionevole dubbio: per tutelare (la natura inalienabile del) la dignità umana, espressione dell'identità costituzionale tedesca, essa ha infatti rifiutato la consegna all'Italia del destinatario di un MAE emesso ai fini dell'esecuzione di una sentenza adottata all'esito di un processo svoltosi in *absentia*.

La Corte costituzionale danese a fine 2016 nel caso ***Ajos***, a valle della pronuncia della Corte di giustizia nel caso ***Dansk Industri***, ha dichiarato che i principi generali di diritto dell'Unione non possono vincolare l'ordinamento danese non avendo alcuna base giuridica nei trattati, con la conseguenza che la giurisprudenza ***Mangold*** (confermata dal giudice di Lussemburgo nel caso ***Kücükdeveci*** e da ultimo, appunto, nel caso *Dansk Industri*) sulla non discriminazione in ragione dell'età non può (più) trovare applicazione in tale Stato.

È il turno (anche) della Corte costituzionale italiana che, per la prima volta in sessant'anni di storia di integrazione europea, dopo aver solamente paventato l'invocazione dei controlimiti nella sentenza ***Fragd*** del 1989, dimostra che, per quanto «sommamente improbabile», non è impossibile che ad essi (*i.e.* il più rilevante condizionamento giuridico di cui soffre il principio del primato) effettivamente si ricorra.

A dire il vero, anche nel caso che ci interessa – il seguito della ormai notissima vicenda ***Taricco*** *e a.* – la Corte costituzionale, nell'ordinanza n. 24/2017, ha, per il momento, solo dichiarato la possibilità di impiegare siffatto strumento. Ma la Consulta ha altresì chiaramente affermato che, se la Corte di giustizia non dovesse accogliere la soluzione da essa proposta in merito, sostanzialmente, ai rapporti tra diritto dell'Unione e diritto nazionale, altro non le resterebbe che attivare il controlimite. Al contrario, se i giudici del Kirchberg, investiti di un nuovo rinvio pregiudiziale finalizzato proprio a consentire loro di meglio specificare i *dicta* della menzionata sentenza *Taricco* (v. causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*), dovessero in qualche modo riconoscere le specificità del nostro ordinamento costituzionale e assicurare tutela ai valori sottesi al controlimite invocato – ovvero dovessero di fatto "ritrattare" sull'obbligo di disapplicazione, riscontrando la violazione di un diritto fondamentale dell'individuo – allora il nostro giudice delle leggi potrebbe dichiarare privata di fondamento la stessa questione di legittimità costituzionale (v. *infra*, § 4).

In questo modo il rischio di un'ulteriore reazione centrifuga da parte di un altro Stato membro sarebbe disinnescato. E siffatta circostanza non potrà non essere tenuta in debita considerazione dalla Corte di giustizia, specie in un momento così delicato del processo di integrazione europea. Benché poi, certo, si potrebbe discutere dell'opportunità, da parte della Corte costituzionale, di "scomodare" il controlimite (*i.e.* il principio di legalità in materia penale operativo anche) rispetto all'istituto della prescrizione e, addirittura, rispetto al regime prescrizionale operativo relativamente a reati che ledono, prima ancora che gli interessi finanziari dell'Unione, quelli dello Stato (per tutti v. F. Viganò, 2016). Ma il conflitto ormai è aperto. E la Consulta potrebbe "difendersi" ricordando che è stata la Corte di giustizia a crearlo; e che sono comunque in gioco "principi supremi" del nostro ordinamento costituzionale. E se anche si trattasse solo (o quasi) di questione di principio, sembra difficile ormai immaginare che sia la Consulta ad indietreggiare qualora la Corte di giustizia dovesse confermare il proprio precedente.

2. L'approccio funzionalistico (e un po' sbrigativo) della Corte di giustizia nel caso *Taricco*.

La Corte di giustizia, nella citata sentenza *Taricco*, sviluppa le proprie argomentazioni mossa dalla volontà di perseguire un obiettivo chiarissimo, quello di assicurare "costi quel che costi" l'effettiva applicazione dell'art. 325, parr. 1 e 2, TFUE, per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione.

A tal fine, senza dilungarsi in approfondite disamine e con affermazioni a tratti apodittiche, essa dispone che il giudice nazionale deve disapplicare la normativa italiana controversa (quella sull'allungamento massimo dei termini di prescrizione di cui agli artt. 160 e 161 c.p.), se (*i*) la frode IVA rilevante è «grave» e si verifica in un «numero considerevole di casi» o se (*ii*) la normativa che tutela corrispondenti interessi finanziari nazionali è sorretta da un regime di prescrizione più efficace/dissuasivo di quello applicabile ai reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione (pt. 58). Tale disapplicazione non potrebbe operare se si riscontrasse una violazione dei diritti fondamentali dell'individuo (pt. 53). E benché la Corte sembri incidentalmente rimettere la verifica di siffatta violazione al giudice nazionale (pt. 55), nella sostanza effettua essa stessa la valutazione *de qua* e giunge ad escludere qualsivoglia violazione (pt. 58 e dispositivo).

L'obbligo di disapplicazione, al verificarsi delle menzionate condizioni, impone di individuare la disciplina applicabile al giudizio penale pendente (e a quelli ove occorre risolvere questioni identiche) nella normativa nazionale che resta vigente espunto, per via della disapplicazione, il regime di prescrizione ritenuto contrario al diritto dell'Unione. Tale accertamento potrebbe tradursi nell'imprescrittibilità delle frodi carosello, ovvero nell'applicazione – in luogo delle previsioni sull'allungamento dei termini massimi di prescrizione sino ad un quarto del termine base – del regime che ne dispone l'allungamento sino a un terzo, o, ancora, nella statuizione del decorso *ex novo* dei termini di prescrizione (o, forse, nella reviviscenza della normativa interna previgente: in quest'ultimo senso v. AG Kokott, conclusioni nella causa *Taricco*, pt. 126. Sulle possibili conseguenze della disapplicazione v., per tutti, E. Lupo). Ciò che è palese è il fatto che qualunque sia la scelta operata dal giudice nazionale, essa si concretizza in una conseguenza *in malam partem* per l'imputato.

Altrettanto evidente è il fatto che l'operazione effettuata dalla Corte di giustizia nel caso di specie, avvalendosi di una norma pattizia, è operazione che il giudice dell'Unione non ha di regola mai ammesso quando la sostanziale illegittimità di una normativa nazionale dipendeva dal mancato "allineamento" del legislatore interno alle prescrizioni di una direttiva. Infatti, pur a fronte del riconosciuto inadempimento statale, una «direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle [...] disposizioni» della direttiva (v., per tutte, *Berlusconi*, pt. 74). Ciò significa che dalla mancata e/o non corretta trasposizione di tale atto non possono discendere, per consolidata giurisprudenza "comunitaria", conseguenze negative per il singolo (*contra* v., ad es., *Niselli*, che la Corte "si rimangia" in tempi brevi nella citata sentenza *Berlusconi*). Questi, in presenza di una previsione di una direttiva che gli conferisca in modo chiaro, preciso ed incondizionato un diritto, può invocarla contro lo Stato inadempiente (alla scadenza, quindi, del termine di recepimento), per aggirarne la violazione e ottenere comunque tutela della posizione giuridica riconosciutagli da tale norma (effetto diretto verticale delle direttive), ma mai vedere invocata nei propri confronti la violazione dello Stato, ovvero subire le conseguenze dell'illecito ad esso imputabile, con peggioramento della posizione giuridica che riveste (effetto diretto verticale unilaterale: v., per tutte, *Ratti*).

Eppure questo peggioramento è ciò che si verifica se ricorrono le condizioni di disapplicazione fissate nella sentenza *Taricco* dalla Corte di giustizia che, non a caso, impiega una norma di diritto primario (l'art. 325 TFUE, come visto, che neppure era stato menzionato nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale) per ottenere un risultato che non avrebbe potuto raggiungere – se non stravolgendo la propria consolidata giurisprudenza – impiegando una direttiva. Una norma, quel che più stupisce, priva dei requisiti (specie il carattere incondizionato) che tradizionalmente la giurisprudenza "comunitaria" impiega per attribuire ad una norma efficacia diretta (*Van Duyn*, *Becker*), con effetto di esclusione (dell'applicazione) della normativa nazionale controversa che si accompagna all'effetto di sostituzione, ovvero di applicazione – al posto della norma interna – della previsione di diritto dell'Unione che attribuisce (in modo chiaro, preciso ed incondizionato) la posizione giuridica di vantaggio (v., per tutti, D. Simon, *Le Conseil d'Etat et les directives communautaires: du gallicanisme à l'orthodoxie*, in *Rev. trim. droit eur.*, 1993, p. 265 ss.). Anche nei casi in cui la Corte di giustizia ha sancito l'effetto diretto di una norma pattizia, o di pari rango primario, con vantaggio per un singolo e contestuale svantaggio per un altro singolo (effetto diretto orizzontale) la previsione rilevante aveva comunque i requisiti di chiarezza, precisione e incondizionatezza tali da consentire che l'esclusione fosse seguita da sostituzione ed effettivamente, dunque, si rientrasse nell'istituto dell'effetto diretto (v. *Defrenne*, *Mangold*), almeno per come concepito sino ad oggi dalla Corte di giustizia.

Nella sentenza *Taricco*, invece, alla disapplicazione della normativa nazionale "incriminata" non segue alcun effetto di sostituzione, proprio perché la rilevante norma dell'Unione – l'art. 325 TFUE – non soddisfa i requisiti per potersi applicare al posto della disciplina interna "illegittima". Difficile dunque poter configurare concettualmente – e a meno di non essere di fronte ad un nuovo filone giurisprudenziale – l'effetto diretto, pur "invertito", anche nel caso in esame (in particolare, critici sull'effetto diretto dell'art. 325 TFUE v. E. Cannizzaro, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, p. 45 ss., spec. p. 46; D. Gallo, che ritiene che la Corte di giustizia sbagli dove «apoditticamente considera l'articolo 325 TFUE norma idonea a imporre la disapplicazione del diritto nazionale» e che parla di «forma (molto) *sui generis* di efficacia diretta verticale invertita»).

E poi, a ben vedere, se davvero si trattasse di effetto diretto invertito, allo svantaggio per il singolo dovrebbe corrispondere (trattandosi di rapporto verticale) una posizione di *favor* per lo Stato. Certo potrebbe sostenersi che la disapplicazione consente la prosecuzione dei processi pendenti e, quindi, anche l'eventuale (se gli imputati saranno giudicati colpevoli) tutela delle finanze dello Stato (oltre che di quelle dell'Unione). E che, a fronte della sentenza pregiudiziale, lo Stato italiano evita (almeno per il momento: si pensi, ad es., alla causa C-379/10, *Commissione c. Italia* a fronte del persistente inadempimento dello Stato dopo la sentenza *Traghetti del Mediterraneo SpA*) di essere convenuto dinanzi alla Corte di giustizia con un ricorso per inadempimento. Tuttavia, la sentenza pregiudiziale ha già riconosciuto la sostanziale incompatibilità con l'art. 325 TFUE della normativa statale, che è quindi destinata alla disapplicazione da parte del giudice nazionale e alla modifica da parte del legislatore, al fine di renderla conforme ai *dicta*, pur incerti, della Corte di giustizia. (Si noti, per inciso, che la normativa controversa – c.d. legge ex Cirielli – è stata oggetto di modifica ad opera dell'art. 2, c. 36-vicies semel, lett. *l*), del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, 1° c., della l. 14 settembre 2011, n. 148, che ha aumentato di un terzo i termini di prescrizione dei reati puniti dagli artt. 2-10 del d.lgs. n. 74 del 2000; essa tuttavia può trovare applicazione solo per i reati commessi dopo la sua entrata in vigore e quindi non per quelli al vaglio del giudice *a quo* nella vicenda *Taricco*. La Corte di giustizia non ha ancora avuto modo di valutare l'effettività di tale nuova normativa rispetto alle finalità di cui all'art. 325 TFUE).

Pertanto, nel caso di specie l'esigenza di assicurare (il primato e) l'effettività del diritto dell'Unione si risolve a detrimento tanto del singolo, quanto (della normativa) dello Stato, come accaduto, ad es., nel caso *Lucchini* e nel citato caso *Melloni*. Nel primo caso, tuttavia, il soggetto di fatto pregiudicato era un'impresa e non un individuo e, comunque, non si trattava di materia penale. Nel secondo caso, pur limitandosi in ambito penale il *quantum* di tutela di cui l'individuo avrebbe beneficiato in base al principio del giusto processo come regolamentato nell'ordinamento spagnolo, questi non subisce in concreto alcun pregiudizio dei suoi diritti, il principio in parola essendo comunque adeguatamente assicurato dalla normativa dell'Unione (la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo) rilevante nella specie.

Tra l'altro, l'approccio funzionalistico abbracciato dalla Corte di giustizia e la disapplicazione *in malam partem* che ne discende sono ancora più peculiari se si pensa al fatto che nel sistema pre-Lisbona le previsioni di diritto derivato (e, si potrebbe pensare, quelle di diritto primario) del terzo pilastro non potevano produrre effetto diretto (v. l'espressa esclusione di cui all'art. 34, par. 2, TUE, su cui in dottrina v., per tutti, M. Condinanzi, *Fonti del "terzo pilastro" dell'Unione europea e ruolo della Corte costituzionale*,in *DUE*, 2007, p. 513 ss.), il singolo non potendo (cioè) invocarlo per reagire ad eventuali inadempimenti statali anche in presenza di norme che comunque fossero chiare, precise ed incondizionate. Ciò benché una qualche deroga a tale impostazione sia a dire il vero rinvenibile nel caso *Pupino*, dove la Corte di giustizia pare delineare una potenziale conseguenza negativa per l'imputato del procedimento penale a fronte della mancata trasposizione nazionale. In tale pronuncia i giudici del Kirchberg, nel sancire l'obbligo di interpretazione conforme della normativa italiana sull'incidente probatorio alla decisione quadro 2001/220/GAI sulla posizione della vittima nel procedimento penale, hanno disposto che siffatta operazione ermeneutica incontra il limite dell'interpretazione *contra legem* e non può comportare una violazione dei diritti di difesa dell'imputato. La scelta di disporre l'incidente probatorio anche in casi non previsti dalla legislazione nazionale, rimessa discrezionalmente al giudice *a quo* (come nel caso *Taricco* la disapplicazione è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice procedente) può certo essere utile nell'ottica di una tutela adeguata della posizione della vittima e di un'efficiente amministrazione della giustizia. Tuttavia, benché il giudice nazionale possa procedere alla sostanziale integrazione della normativa rilevante solo se astrattamente ritiene che, come visto, essa non pregiudichi i diritti dell'imputato, non è escluso che questa operazione (di fatto un'interpretazione *praeter legem*) non si risolva in uno svantaggio per tale soggetto, le cui possibilità di condanna potrebbero ridursi (almeno in linea di principio) se la testimonianza è assunta al dibattimento e non anticipata (come reso possibile dalla sentenza della Corte di giustizia) all'incidente probatorio.

Sempre nel sistema pre-Lisbona, gli Stati membri, escludendo altresì l'esperibilità della procedura di infrazione in tale ambito, si erano assicurati una sostanziale immunità rispetto alla violazione di obblighi dettati dall'Unione nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria penale. Con il trattato di Lisbona si assiste al superamento della distinzione tra primo e terzo pilastro e viene meno l'inciso finale della previsione di cui all'art. 280, par. 4, TCE (oggi art. 325 TFUE) che escludeva l'adozione, da parte dell'Unione, di misure di natura penale per tutelare i propri interessi finanziari. Tali modifiche sembrano essere state idonee a "giustificare" un cambiamento di impostazione della Corte di giustizia, anche se non pare che la sua analisi in proposito sia stata approfondita (ci si potrebbe chiedere se ci sia davvero stata). Il singolo, infatti, che sino al dicembre 2009 non poteva di regola far valere – a fronte di un inadempimento statale – posizioni giuridiche di favore che la normativa di terzo pilastro comunque gli riconoscesse, dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona, pur in caso di illecito commesso dallo Stato (che, come nel caso in esame, ha una normativa in tema di prescrizione che non soddisfa la *ratio* sottesa all'art. 325 TFUE), subisce gli effetti negativi di siffatta violazione. Ciò perché, come visto, qualunque sia la conseguenza della disapplicazione della disciplina nazionale illegittima, quello che è sicuro è che il singolo si trova in una posizione deteriore rispetto a quella in cui si sarebbe trovato in assenza di disapplicazione e, dunque, se il (presunto) effetto diretto del richiamato art. 325 TFUE non fosse stato invocato nei suoi confronti, *rectius* a suo danno.

Ciò, evidentemente, in un ordinamento come quello italiano dove il regime di prescrizione ha, per consolidata giurisprudenza costituzionale, natura sostanziale (sentenza n. 393/2006; sentenza n. 236/2011) e come tale interamente soggiace al principio di legalità di cui all'art. 25, 2° c., Cost. (sentenza n. 324/2008). Circostanza, però, che la Corte di giustizia non ha tenuto in alcuna considerazione nel caso *Taricco*. Anche se certo, forse, a sua parziale discolpa, si può

sostenere che nel rilevante procedimento né il giudice *a quo* né le parti in causa (ivi compreso il governo italiano) hanno evidenziato siffatta peculiarità del nostro sistema costituzionale.

La Corte di giustizia, infatti, per negare che la disapplicazione della normativa contrastante con l'art. 325 TFUE alle condizioni da essa delineate violi i diritti fondamentali dell'individuo, si è acriticamente allineata alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha considerato legittimo *ex* art. 7 CEDU il riconoscimento di natura processuale al regime della prescrizione (v. sentenza *Coëme e. a c. Belgio*); e sulla base di tale premessa, ha escluso qualsivoglia violazione dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, dando ad esso una lettura corrispondente a quella del citato art. 7 CEDU (in linea sì con quanto disposto dall'art. 52, par. 3, Carta, che però non vieta – anzi espressamente legittima – un innalzamento del livello di tutela fornito dalla Corte di Strasburgo). E il giudice di Lussemburgo ha così statuito senza prestare attenzione al fatto che il caso al vaglio della Corte EDU concerneva un ordinamento (quello belga) in cui l'istituto della prescrizione ha natura processuale e non sostanziale, come accade nell'ordinamento italiano. Esso, inoltre, non ha dato rilievo neppure alla circostanza che la Corte EDU ha ritenuto legittima una normativa nazionale che dispone l'allungamento del termine di prescrizione in corso di causa, mentre nel caso sottoposto al suo esame la disapplicazione potrebbe anche comportare, come visto, una sostanziale imprescrittibilità del reato.

Le differenze tra le due fattispecie ben avrebbero potuto legittimare una diversa valutazione della Corte di giustizia che, più attenta alle specificità del nostro ordinamento costituzionale, avrebbe potuto statuire assicurando una maggiore prevedibilità – oltre che, come si dirà, delle condizioni di disapplicazione – del regime prescrizionale, evitandone la retroattività *in malam partem*.

Al contrario, i giudici del Kirchberg, mossi come detto dall'esigenza di tutelare le finanze dell'Unione, hanno elaborato una soluzione giurisprudenziale il cui rispetto confligge con i principi di determinatezza e di irretroattività della norma penale sfavorevole, quali declinazioni del principio di legalità "coperte" dal menzionato art. 25, 2° c., Cost.

Le statuizioni della Corte di giustizia difettano infatti, innanzitutto, del requisito della precisione e della prevedibilità, specie laddove si debba assicurare il rispetto dell'art. 325, par. 1, TFUE, e lasciano eccessiva discrezionalità al giudice nel valutare la possibilità di disapplicare la normativa nazionale controversa. Questi diventa un giudice di scopo (in violazione dei principi costituzionali di separazione dei poteri e di soggezione del giudice soltanto alla legge) e il singolo rischia di essere punito per soddisfare esigenze di prevenzione ed è strumentalizzato per fini di politica criminale (v. V. Manes, p. 23), con conseguente possibile violazione (anche) del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. La Corte di giustizia, inoltre, non tiene in considerazione alcuna il principio di certezza del diritto, pacificamente riconosciuto quale principio generale di diritto dell'Unione (v., per tutte, *Lemmerz Werke c. Alta Autorità*; *Förster*), e dà un'interpretazione non prevedibile dell'art. 325 TFUE, definendo un criterio *de minimis* per guidare il giudice nella disapplicazione, senza nemmeno stabilire che essa possa aversi solo per i reati commessi dopo la sua pronuncia, anche sotto questo profilo violando il principio della prevedibilità e, secondo l'impostazione del giudice costituzionale italiano, il principio dell'irretroattività della norma penale sfavorevole. Attribuendo, infatti, alla prescrizione natura processuale anziché sostanziale, la Corte di giustizia consente che la disapplicazione abbia luogo dal giorno della sua pronuncia anche rispetto ai reati già commessi; mentre una maggior attenzione per le specificità del nostro ordinamento avrebbe consentito, mediante una limitazione nel tempo degli effetti della sentenza (*amplius* sul punto sia consentito rinviare a C. Amalfitano), di predisporre la disapplicazione solo per i reati commessi dal giorno della pronuncia, così assicurando che i loro autori fossero edotti del nuovo regime prescrizionale e non si avesse alcuna disapplicazione, e dunque retroattività, *in malam partem*.

Addirittura, sotto il profilo della determinatezza, meno problemi sarebbero presumibilmente sorti con riguardo "al rispetto" dell'art. 25, 2° c., Cost. se la Corte di giustizia avesse imposto sempre la disapplicazione, senza cioè subordinarla ai criteri *de minimis* di cui si è detto. Il tentativo di limitare la disapplicazione e quindi le conseguenze negative per l'imputato si risolve infatti, a ben vedere, in un effetto *boomerang*, con l'invocazione dei controlimiti cui forse i giudici nazionali non sarebbero ricorsi (o almeno non con la stessa veemenza: sarebbero infatti probabilmente rimasti aperti, comunque, i temi della violazione della riserva di legge, intesa come "norma scritta", e della separazione dei poteri) se la Corte di giustizia avesse statuito per una disapplicazione generalizzata, non rimessa alla valutazione discrezionale del giudice circa il verificarsi di condizioni non ben precisate e quindi neppure rispettose (per ragionare secondo le categorie di diritto dell'Unione) del principio della certezza del diritto (per recenti indicazioni su come valutare la «frode grave» e il «numero considerevole di casi» v. Cass. pen., sez. III, sentenza n. 12160/2017).

3. La reazione (orgogliosa, ma almeno formalmente aperta al dialogo) della Corte costituzionale.

La rigidità dell'approccio della Corte di Lussemburgo e la sua "superficialità" nel non prendere in esame le peculiarità del nostro sistema costituzionale (benché, come detto, sarebbe stata opportuna una sollecitazione in tal senso) né le possibili conseguenze dei suoi *dicta* nell'ordinamento italiano danno avvio al conflitto con la Corte costituzionale, la cui reazione è altrettanto netta e *tranchante*. Certo, a ben vedere, essa avrebbe potuto ricorrere direttamente al controlimite, come ha fatto, da ultimo, la Corte costituzionale tedesca nel menzionato caso *Solange III*, ritenendo imprescindibile l'operatività del principio di legalità come delineato *ex* art. 25, 2° c., Cost. anche rispetto all'istituto della prescrizione e senza quindi tornare ad interrogare la Corte di giustizia sulla rilevanza dell'identità costituzionale italiana nell'ordinamento dell'Unione. Diversamente dal supremo giudice tedesco, la nostra Corte di legittimità preferisce

dialogare con il giudice di Lussemburgo, anche se la sua "apertura" è cortese nei modi ma ferma nel definire la propria impostazione quanto ai rapporti tra ordinamenti e nell'indicare ai giudici dell'Unione la sola soluzione interpretativa idonea a svuotare di fondamento la questione di legittimità costituzionale sollevata dinanzi ad essa dalla Corte di Appello di Milano e dalla Corte di Cassazione (v. pt. 7 e 10 dell'ordinanza n. 24/2017. In proposito V. Manes parla di galateo istituzionale e orgoglio costituzionale; ad es., M. Caianiello, A. Ruggeri e F. Viganò, 2017 si esprimono in termini di *ultimatum* della Consulta alla Corte di giustizia).

Secondo la Corte costituzionale, il principio di legalità in materia penale esprime un principio supremo dell'ordinamento costituzionale italiano, a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo, esigendo – come visto – che le norme penali siano determinate e non abbiano in alcun caso portata retroattiva: se l'applicazione dell'art. 325 TFUE comportasse l'ingresso nell'ordinamento di una regola contraria al principio di legalità in materia penale, quale testé delineato, la Consulta, come anticipato, avrebbe il dovere di impedirlo (pt. 2 dell'ordinanza). Essa ritiene, comunque, che la Corte di giustizia, nella sentenza *Taricco*, non abbia voluto imporre al giudice nazionale di applicare il diritto dell'Unione anche quando ciò implichi un conflitto con un principio cardine dell'ordinamento italiano, ma al contrario che abbia affermato che la regola tratta dall'art. 325 TFUE è applicabile solo se è compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro, e che spetta alle competenti autorità di tale Stato farsi carico di siffatta valutazione (pt. 7 dell'ordinanza, dove si richiama il – e si fa molta leva sul – pt. 55 della sentenza *Taricco* e il ruolo che essa sembra rimettere al giudice nazionale nella verifica della violazione dei diritti fondamentali dell'individuo). In altre parole, il primato del diritto dell'Unione non può mai ledere i valori sottesi a tale identità; se così accadesse, sarebbe ammissibile l'applicazione del controlimite, posto a salvaguardia di siffatti valori.

Tra le diverse argomentazioni impiegate a sostegno della propria impostazione, la Consulta evidenzia le differenze con il sopra menzionato caso *Melloni*, sottolineando come nel caso di specie non si sia in presenza di una normativa armonizzata di diritto dell'Unione e come, pertanto, sembrerebbe possibile l'applicazione del più elevato livello di tutela previsto dalla Costituzione nazionale alla luce di quanto previsto dall'art. 53 Carta. Essa afferma, infatti, che la prescrizione è *circostanza esterna* all'ordinamento europeo e che rispettarne la natura sostanziale assicura, appunto, un più elevato livello di protezione degli imputati senza che vi sia alcun sacrificio del principio del primato (pt. 8 dell'ordinanza). Tale impostazione della Consulta non convince però sino in fondo. Vero è che si potrebbe sostenere che l'istituto della prescrizione assume rilevanza rispetto al diritto dell'Unione, *sub specie* art. 325 TFUE, di fatto *solo dopo* la sentenza *Taricco* e l'approccio funzionalistico, non prevedibile, che la Corte di giustizia ivi abbraccia per assicurare la tutela delle finanze dell'Unione. L'affermazione testé riportata potrebbe quindi, forse, spiegarsi in virtù di questa sostanziale incompatibilità *sopravvenuta* e poco prevedibile della normativa nazionale sull'allungamento massimo dei termini di prescrizione, nella misura in cui essa non garantisca una repressione efficace e dissuasiva dei reati lesivi delle finanze dell'Unione. Nondimeno, pur sopravvenuta, l'incompatibilità riscontrata "attrae" la normativa interna nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. E comunque, in base ad un consolidato orientamento della Corte di giustizia, anche se il legislatore nazionale opera nell'esercizio di una competenza ad esso riservata almeno in linea di principio (come nel caso di specie, trattandosi di definizione della portata dell'istituto della prescrizione), è tenuto al rispetto del diritto dell'Unione (v., per tutte, e proprio con riguardo alla competenza penale, sentenza *Cowan*, pt. 19; e sentenza *Calfa*, pt. 17). Anche nella sentenza *Akerberg Fransson*, coeva alla menzionata sentenza *Melloni*, la Corte di giustizia afferma sì che, in una situazione in cui l'operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell'Unione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, ma pur sempre «a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione» (pt. 29 e 36).

Nella prospettiva della Consulta la sola soluzione capace di evitare l'applicazione del controlimite è il riconoscimento, da parte della Corte di giustizia, dell'identità costituzionale italiana; ed essa, in un'ottica di leale cooperazione, ripetutamente evidenzia che siffatta soluzione non pregiudica il primato, ma assicura la corretta tutela dei diritti degli imputati ed altresì la corretta ripartizione di ruoli tra Lussemburgo e Roma. La Corte di giustizia definisce l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, che non è messo in discussione dalla Consulta che, da parte sua, definisce cosa è espressione dell'identità costituzionale dello Stato italiano; e come quest'ultima è tenuta al rispetto del primato, la Corte di giustizia è tenuta a rispettare le diversità degli Stati membri e le loro identità costituzionali, anche sulla base di quanto previsto dall'art. 4, par. 2, TUE (pt. 6 dell'ordinanza).

Quest'ultima previsione, secondo cui «[l]'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale», pur menzionata dalla Consulta nelle argomentazioni a sostegno della soluzione prospettata, non viene richiamata nei quesiti pregiudiziali (come invece era accaduto ad es., con riguardo ad un altro rinvio pregiudiziale italiano, nel caso *Torresi*). Se un riferimento si fosse inserito nel terzo quesito (con cui si chiede alla Corte di giustizia «se la sentenza [...] Taricco, debba essere interpretata nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione, anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro»), forse la Corte di giustizia sarebbe stata più responsabilizzata a prendere posizione sulla portata della previsione o comunque avrebbe avuto più difficoltà a non pronunciarsi espressamente su di essa.

4. Alcune possibili vie per ricomporre il conflitto.

Il mancato richiamo dell'art. 4, par. 2, TUE nei quesiti pregiudiziali non impedirà comunque alla Corte di giustizia di risolverli anche, eventualmente, alla luce di tale previsione (per una loro soluzione senza ricorrere ad essa v., da ultimo, L.S. Rossi). Del resto, come detto, il fatto che il giudice dell'Unione non abbia colto le specificità dell'ordinamento costituzionale italiano nel caso *Taricco* può essere dovuto al fatto che in tale causa esse non sono state messe adeguatamente in luce e non è quindi escluso che, debitamente sollecitato in tal senso, possa variare la propria valutazione. E proprio sotto questo profilo è individuabile una differenza con il caso *Melloni*: non perché, come sostenuto dalla Consulta, l'assenza di armonizzazione rende la prescrizione circostanza esterna al diritto dell'Unione (come visto, dovendo il legislatore nazionale, nel disciplinarla, comunque rispettare, *rectius* non violare, questo diritto), ma perché tale assenza implica che non si sia mai avuto un confronto tra Stati membri, in sede legislativa europea, in cui l'Italia (e, se del caso, altri Stati) potesse(ro) far valere le specificità del proprio ordinamento, eventualmente anche avvalendosi del c.d. freno di emergenza. La normativa rilevante nel caso *Melloni* era stata invece approvata all'unanimità dal Consiglio in base alle regole dell'allora terzo pilastro dell'Unione e la Spagna non si era opposta all'approvazione invocando la propria identità costituzionale, che neppure il governo spagnolo, in udienza dinanzi alla Corte, aveva riconosciuto come tale (v. pt. 141 delle conclusioni dell'AG Bot nella causa *Melloni*). Certo, a tal proposito, sarà interessante conoscere l'impostazione del governo italiano nel nuovo giudizio pendente dinanzi alla Corte di giustizia e se esso negherà la rilevanza del controlimite come ha fatto nel giudizio di legittimità costituzionale o se invece sosterrà, almeno in parte, le argomentazioni della Consulta.

Certo, per la Corte di giustizia accogliere *telle quelle* la tesi della Corte costituzionale implicherebbe di fatto un sostanziale *revirement* della soluzione *Taricco.* Nella storia della giurisprudenza "comunitaria" non mancano, per quanto limitati, ipotesi di *revirement*. Si pensi, giusto per fare un esempio, alle sentenze *HAG I* e *HAG II* o, per restare in materia penale, alla sentenza *Berlusconi* che – seppur allineandosi, come visto, alla propria consolidata giurisprudenza – modifica l'impostazione sostenuta nel precedente *Niselli*. Anche se forse, in quest'ultimo caso si potrebbe sostenere che la sentenza *Niselli* sia una deviazione temporanea, una "distrazione" della Corte di giustizia rispetto al proprio orientamento consolidato: e allora, nella stessa prospettiva, si potrebbe considerare *Taricco* come una momentanea deviazione della Corte dalla propria giurisprudenza per cui la disapplicazione (a fronte dell'inadempimento statale) non può produrre conseguenze *in malam partem* per il singolo. Tuttavia, nel caso di specie, un *revirement* secco dei giudici di Lussemburgo – accogliendo *in toto* l'impostazione della Corte costituzionale – rischierebbe di implicare una "ritrazione" del principio del primato a favore dell'identità costituzionale dell'ordinamento italiano, nonostante le ripetute affermazioni di principio di tale Corte a salvaguardia della *primauté*.

Se non pare dunque verosimile che la Corte di giustizia indietreggi al punto da rinunciare al principio fondante l'essenza stessa dell'Unione europea, nulla le impedisce di delineare una soluzione di compromesso che, senza mettere in discussione il primato, possa soddisfare nella sostanza le richieste della Consulta, così da proteggere le prerogative fondamentali del nostro ordinamento costituzionale. A ben vedere, proprio per evitare il ricorso ai controlimiti, dopo la pronuncia della nostra Corte costituzionale nel citato caso *Fragd* del 1989 – dove sostanzialmente si contestava la scelta del giudice di Lussemburgo di limitare solo per il futuro gli effetti della sentenza pregiudiziale di invalidità – la Corte di giustizia ha modificato la propria giurisprudenza, ammettendo che di tale pronuncia potesse comunque giovarsi la parte nel procedimento *a quo*. Anche in questo caso, dunque, non si esclude un ripensamento dei giudici di Lussemburgo, finalizzato a ricomporre il conflitto e ad evitare un impiego non controllato del controlimite da parte della Consulta.

Ripensamento che può senz'altro passare per un'analisi dei quesiti pregiudiziali in un ordine diverso da come sono stati proposti dal nostro giudice delle leggi e che potrebbe anche passare per una loro riformulazione, magari "raggruppandoli" in un unico interrogativo, ritendendo che la Consulta chieda "in sostanza" alla Corte di giustizia se la violazione del principio di legalità in materia penale (quale principio supremo dell'ordinamento costituzionale) o di un diritto fondamentale dell'individuo può, ed eventualmente a quali condizioni, consentire la non disapplicazione di certe previsioni del diritto dell'Unione, pur assicurando il rispetto di altre (si pensi, per tutti, al principio di certezza del diritto, cui la Corte di giustizia, come detto, non ha dato la minima rilevanza nel caso *Taricco*). E ripensamento che deve essere davvero ben ponderato dal giudice di Lussemburgo: tanto che, benché esso abbia accolto la richiesta di decidere la nuova causa secondo la procedura accelerata (di cui all'art. 23 *bis* St. e agli artt. 105 e 106 del RP CG), che normalmente porta all'emanazione della sentenza in 5-6 mesi dalla presentazione del rinvio pregiudiziale, non è escluso che si prenda qualche mese in più per riflettere adeguatamente sulla soluzione da elaborare, data la delicatezza della questione posta alla sua attenzione e i rischi, come detto, di un possibile conflitto che, anziché essere neutralizzato, venisse confermato da una nuova pronuncia in linea con quella del settembre 2015 o comunque da una decisione che la Consulta ritenesse non sufficientemente garantista (sui rischi di tale esito del rinvio v. *infra*, § 5).

Come già accennato, non sembra concepibile una soluzione fondata sull'art. 53 Carta e la possibilità di un maggior livello di tutela assicurato dalle Costituzioni nazionali che tale previsione parrebbe consentire, perché la Corte di giustizia ha già avuto modo di affermare in *Melloni*, interpretando esplicitamente tale disposizione, e altresì in *Akerberg Fransson*, che un siffatto innalzamento (anche in materia non pienamente armonizzata) non deve comunque pregiudicare il primato, l'effettività e l'unità applicativa del diritto dell'Unione.

Una possibile soluzione potrebbe consistere, come già altrove più ampiamente argomentato (C. Amalfitano, cit.), in una lettura più garantista dell'art. 49 Carta (ovvero estensiva, e pertanto inclusiva anche del regime di prescrizione) o nella configurazione di un principio generale di diritto idonei (appunto) a ricomprendere il principio di legalità in materia penale come declinato nell'ordinamento italiano *ex* art. 25, 2° c., Cost. Quanto al *volet* della determinatezza, una siffatta soluzione sembra, a ben vedere, imposta dalla stessa Corte EDU (v., ad es., sentenza *Yukos c. Russia*. Sotto il profilo in

esame la Corte di giustizia pare dunque aver già violato il principio di legalità quale imposto *ex* art. 7 CEDU e art. 49 Carta) ed è già enucleabile come principio generale codificato nel citato art. 49 (e, forse, nell'art. 47) Carta. Il giudice del Kirchberg dovrebbe dunque dettare condizioni più precise per procedere alla disapplicazione, definendo, innanzitutto, cosa significa frode "grave" ed eventualmente anche generalizzando l'obbligo di disapplicazione, o chiarendo che il numero dei casi da prendere in esame è, ad es., quello oggetto del singolo procedimento pendente dinanzi al giudice competente (in tal senso v. la citata sentenza n. 12160/2017, p. 7). Quanto al *volet* dell'irretroattività della norma penale sfavorevole, un innalzamento ad opera della Corte di giustizia del livello di tutela previsto dalla Corte di Strasburgo *ex* art. 7 CEDU è ammesso dall'art. 52, par. 3, ultima frase, Carta. Tale risultato potrebbe perseguirsi con una limitazione nel tempo degli effetti della sentenza pregiudiziale (*amplius*, v. C. Amalfitano, cit.) e, quindi, con obbligo di disapplicazione (alle condizioni meglio delineate dalla Corte di giustizia) solo per i reati commessi dopo il deposito della nuova pronuncia.

Vero è che una soluzione come quelle prospettate si imporrebbe, per il tramite della pronuncia della Corte, a tutti gli Stati membri dell'Unione, anche a quelli (e sembrano la maggioranza) dove la prescrizione ha natura processuale e la lettura dell'art. 49 Carta delineata nella sentenza *Taricco* non ha creato i problemi che sono invece sorti nell'ordinamento italiano. Ma è altrettanto vero che la limitazione (eccezionale) degli effetti della sentenza nel tempo, per assicurare la certezza del diritto (italiano), potrebbe (*rectius*, dovrebbe) essere territorialmente circoscritta e quindi operare solo con riguardo all'ordinamento interessato dal rinvio pregiudiziale (v. conclusioni AG Stix-Hackl nella causa *Banca Popolare di Cremona*, pt. 178 ss.; in dottrina v. M. Condinanzi, R. Mastroianni, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 236).

Ed è altresì vero che si potrebbe anche obiettare che una siffatta limitazione aveva già nel caso *Taricco* e quindi avrebbe anche oggi poco significato perché, nel mentre, il legislatore italiano ha adottato una nuova disciplina sulla prescrizione (v. il citato art. 2, c. 36-vicies semel, lett. *l*), del d.l. 13 agosto 2011, n. 138). Tuttavia – ferma la necessità di verificare la compatibilità di tale nuova normativa con l'art. 325 TFUE (e quindi, a fronte di una sua illegittimità, applicare la regola *Taricco* come meglio definita nella pronuncia relativa alla causa C-42/17 anche per i reati commessi nella vigenza della nuova legislazione) – essa si applica (per ora, ovvero in attesa di un'eventuale dichiarazione di incompatibilità) ai reati commessi successivamente alla sua entrata in vigore. Pertanto, i reati della vicenda *Taricco* e quelli commessi prima della riforma in parola continuano ad essere soggetti al previgente regime di prescrizione. E se è vero che la Corte di giustizia con una nuova pronuncia interpretativa non può limitare gli effetti nel tempo di una precedente sentenza pregiudiziale (v., per tutte, *Barber*, pt. 41; *Blaizot*, pt. 28. Per la prospettazione di una possibile diversa soluzione v. le conclusioni dell'AG Tizzano nella causa *Meilicke e a.*, pt. 43 ss.), è altresì vero che i *dicta* della nuova sentenza dovrebbero essere rispettati anche dai giudici di quei procedimenti che siano eventualmente proseguiti in applicazione della regola *Taricco*, ovvero dove la prescrizione non sia stata dichiarata a seguito della disapplicazione della normativa nazionale ritenuta contraria al diritto dell'Unione dal giudice di Lussemburgo. Anche siffatti procedimenti, quindi, a partire dalla nuova pronuncia della Corte di giustizia, soggiacerebbero alla limitazione degli effetti nel tempo eventualmente in essa contemplata e dunque, anche se proseguiti – come detto – in applicazione della sentenza *Taricco*, potrebbero (*rectius*, dovrebbero) essere chiusi quando dovesse maturare la prescrizione, in applicazione del regime prescrizionale ritenuto sì illegittimo, ma ancora operativo, perché, come detto, la disapplicazione della normativa nazionale contrastante con l'art. 325 TFUE potrebbe aversi solo per i reati commessi dopo la pronuncia della Corte nella causa C-42/17.

Un'altra soluzione, volta ad evitare una regressione del *quantum* di tutela assicurato in Italia agli imputati, senza imporre un innalzamento del livello di tutela negli Stati membri che riconoscono natura processuale all'istituto della prescrizione, potrebbe estrinsecarsi proprio nel ricorso all'art. 4, par. 2, TUE. Siffatta strada non pare percorribile se si accoglie quell'impostazione per cui tale clausola può essere impiegata solo in assenza di uno standard comune europeo di tutela (per tale possibile impiego dell'art. 4, par. 2, TUE v. G. Di Federico, *Identifying National Identities in the Case Law of the Court of Justice of the European Union*, in *DUE*, 2014, p. 769 ss.), nel caso di specie essendo comune agli Stati membri e all'ordinamento dell'Unione, seppur diversamente declinato, il principio di (certezza del diritto e quello di) legalità in materia penale. Ciò a meno di ritenere che il carattere sostanziale della prescrizione sia di per sé – e non come declinazione del principio di legalità – un'identità costituzionale specifica del nostro ordinamento che può consentire un'applicazione "pura", ovvero senza bilanciamento alcuno, dell'art. 4, par. 2, TUE. Tale strada pare invece praticabile se la Corte di giustizia impiegasse la previsione in parola secondo l'impostazione sottesa, ad es., ai casi *Omega* e *Sayn-Wittgenstein*, dove a fronte di un livello condiviso (dagli Stati membri e dall'Unione) di tutela di un certo valore (rispettivamente la dignità umana e il principio di non discriminazione) ha ammesso che gli Stati interessati (Germania e Austria) concedessero a quei valori un livello di tutela (diverso e) più elevato rispetto a quello condiviso in ambito europeo. Anche se poi certo, nel caso oggi all'esame del giudice del Kirchberg, si ha una lesione anche del bilancio dell'Unione e quindi di un bene "comune" degli Stati membri, profilo che probabilmente non è trascurabile ai fini dell'uso "impuro" (e non invece di quello "puro") dell'art. 4, par. 2, TUE.

In questo caso, anziché rimettere la valutazione circa la necessità di assicurare le specificità nazionali al giudice del rinvio (come di fatto suggerito dalla Consulta), la Corte di giustizia potrebbe verificare essa stessa tale necessità ed elevare il valore che è espressione dell'identità costituzionale dello Stato italiano a valore espressione di identità nazionale tutelata *ex* art. 4, par. 2, TUE. Del resto, se è certo la Corte costituzionale a dover definire i contorni dell'identità del suo ordinamento, il giudice ultimo della previsione in esame è la Corte di giustizia (per tutti v. A. Tizzano, *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico istituzionale: la Corte di giustizia dell'UE*, in *DUE*, 2012, p. 811 ss., spec. p. 830; M. Condinanzi, *I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare*, in B. Nascimbene (a cura di), Costa/Enel: *Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*,

Milano, 2015, p. 119 ss., spec. p. 129). Essa, in un'ottica di leale cooperazione, potrebbe dare rilevanza all'identità nazionale nell'ordinamento dell'Unione, ivi legittimandone l'esistenza e l'efficacia (anche eventualmente delineandola secondo contorni non perfettamente coincidenti con quelli definiti dal giudice nazionale di legittimità: v. P. Mengozzi, *La Corte di giustizia dell'Unione e il diritto nazionale degli Stati membri*, in *DUE*, 2016, p. 167 ss., spec. p. 186, dove si afferma che lo Stato membro definisce il contenuto della sua identità nazionale e la Corte di giustizia è responsabile a delineare l'estensione del dovere dell'Unione di rispettarla nel caso concreto).

In tal modo il ricorso all'art. 4, par. 2, TUE non dovrebbe intendersi come negazione (o ritrazione) del primato, bensì come sua conferma. Certamente, pur nel rispetto del primato, una siffatta soluzione implicherebbe una limitazione dell'effettività e dell'uniformità applicativa del diritto dell'Unione, una sorta di integrazione differenziata legittimata dalla Corte di giustizia. Ma a ben vedere una siffatta lettura ed impiego della previsione in parola paiono avallati, o avallabili, anche in base a quanto disposto dall'art. 19 TUE, secondo cui la Corte di giustizia «assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati» e nella nozione di "*diritto*" può (*rectius*, deve) rientrare anche il diritto degli Stati membri, o almeno quello che caratterizza il nocciolo duro della loro identità nazionale. Del resto, il rapporto tra Stati membri ed Unione è sempre stato un rapporto osmotico, anche grazie al principio di leale cooperazione: e come l'identità nazionale è definita anche in virtù dell'appartenenza all'ordinamento sovranazionale (A. Tizzano, *Le ricadute della sentenza* Costa/Enel *nei rapporti tra giurisdizioni europee*, in B. Nascimbene (a cura di), cit., p. 67 ss., spec. p. 73), così l'identità costituzionale dell'Unione (concetto dinamico quanto lo è l'identità nazionale) non può non tenere conto delle specificità dei singoli ordinamenti degli Stati membri che la compongono (su tali *bottom down* e *bottom up effects* v. per tutti, K. Lenaerts, J. A. Gutierrez-Fons, *The Role of General Principles of EU Law*', in A. Arnull, C. Barnard, M. Dougan, E. Spaventa (eds), *A Constitutional Order of States?: Essays in EU law in Honour of Alan Dashwood*, Oxford, 2011, p. 179 ss.). Ciò è ben evidente, oggi, con riguardo al rispetto dei diritti fondamentali dell'Unione, tutelati *ex* art. 6 TUE (e comunque in quanto principi generali di diritto ad opera della giurisprudenza della Corte già prima del trattato di Maastricht) e valore su cui si fonda l'Unione (art. 2 TUE). E potrebbe, *rectius* dovrebbe esserlo, o comunque il sistema dovrebbe svilupparsi nel senso di una siffatta osmosi, anche con riguardo ai principi supremi degli ordinamenti costituzionali nazionali, specie nella materia penale dove anche le norme pattizie prevedono che nel procedimento legislativo europeo si tenga conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche dei diversi Stati membri (v. artt. 82 e 83 TFUE) e tali diversità, dunque, non possono non essere tenute nella debita considerazione dalla Corte di giustizia quando interpreta il diritto dell'Unione.

Una soluzione del tenore prospettato impedirebbe la disapplicazione della normativa nazionale contrastante, secondo quanto chiarito dalla stessa Corte di giustizia nella causa *Taricco* (pt. 53-57 della sentenza). Ma non è escluso che, fatta salva l'identità nazionale per i reati già commessi, la Corte di giustizia possa statuire nel senso che la disapplicazione potrebbe aversi per i reati commessi dopo la sua pronuncia, in ossequio alla certezza del diritto (*sub specie* determinatezza e irretroattività *in malam partem*). Forse, in questo caso, peraltro, più che far leva sull'identità nazionale, si dovrebbe semplicemente dare rilevanza ad una certa "lettura" del principio di legalità (quella imposta dall'art. 25, 2° c., Cost., più garantista di quella di cui all'art. 49 Carta). Risulta infatti difficile il riconoscimento dell'identità nazionale ma solo per il passato, con obbligo di disapplicare la normativa controversa a partire da una certa data (quella della nuova pronuncia). Se si tratta di identità nazionale ("pura"), essa non pare bilanciabile e non sembra possibile che la Corte di giustizia imponga allo Stato membro di rinunciare *pro futuro* a tale sua identità per assicurare l'applicazione effettiva (nel caso in esame) dell'art. 325 TFUE.

5. I rischi di una conferma (difficilmente immaginabile e comunque non auspicabile) della sentenza *Taricco* da parte della Corte di giustizia.

Come già anticipato, ciò che ad ogni modo è fuor di dubbio è la necessità che la soluzione della Corte di giustizia, anche se diversa da quelle delineate, sia comunque dettata dall'autorità della ragione (che dovrebbe dunque prevalere sulla ragione dell'autorità) ed idonea a ricomporre il conflitto e non, al contrario, a fomentarlo. Specie a fronte della crisi che sta vivendo l'Unione europea, è assolutamente opportuna infatti una soluzione "dialogica".

Non può comunque non prendersi, seppur sinteticamente in esame, lo scenario che potrebbe profilarsi laddove il giudice di Lussemburgo confermasse il proprio precedente o comunque fornisse una soluzione interpretativa "non gradita" alla Consulta, perché non pienamente idonea a garantire l'operatività del principio di legalità in materia penale rispetto al regime di prescrizione secondo le specificazioni fornite dallo stesso giudice di legittimità.

Quello che si tenderebbe ad escludere, o che comunque si auspica che non accada, è che la Consulta – ad es. non concordando con le specificazioni in punto di "frode grave" e di "numero considerevole di casi" effettuate dalla Corte di giustizia, al fine di soddisfare il principio di legalità sotto il profilo della determinatezza e prevedibilità – invochi quale espressione dell'identità costituzionale italiana la riserva di legge (eventualmente anche assoluta, intesa cioè non solo nel senso che la materia penale deve essere disciplinata da una disposizione scritta e non può essere oggetto di normazione "giurisprudenziale", ma anche nel senso che il solo legislatore può essere quello nazionale: *amplius* v. F. Viganò, 2017, cit.). Tale *volet* del principio di legalità non è stato preso in esame dalla Consulta nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale. Il suo impiego solo *a posteriori*, per discostarsi dai *dicta* del giudice di Lussemburgo, sarebbe perciò contrario al principio di leale cooperazione, che pur la Corte costituzionale mostra di ben conoscere, richiamandolo espressamente nella propria ordinanza di rinvio. Inoltre, un siffatto impiego (se si invocasse la riserva assoluta di legge) equivarrebbe sostanzialmente a dire che la materia penale non è coperta, di fatto, dalla cessione di sovranità *ex* art. 11

Cost., in netto contrasto con la devoluzione di competenze, anche in ambito penale, sino ad oggi realizzata a favore dell'Unione. Ed esso, comunque, implicherebbe la negazione *tout court* del potere di disapplicazione (*in peius*) imposto dalla Corte di giustizia e, quindi, la negazione dell'essenza stessa del meccanismo finalizzato, nei rapporti tra ordinamenti, a garantire il primato (in violazione proprio dell'art. 11 Cost.).

Non può invece escludersi, come accennato, e come dalla stessa Consulta già anticipato in sede di rinvio pregiudiziale, che essa, ritenendo la soluzione interpretativa della Corte di giustizia non sufficientemente garantista, decida di applicare il controlimite rispetto ai due *volets* del principio di legalità chiaramente enucleati nell'ordinanza di rinvio.

Vero è che se il nuovo regime sulla prescrizione di cui si è detto fosse ritenuto non lesivo delle finanze dell'Unione si tratterebbe di controlimite dall'operatività temporalmente circoscritta, ovvero utilizzabile solo nei procedimenti penali ancora in corso rispetto a reati commessi prima dell'entrata in vigore della novella del 2011. Più estesa nel tempo sarebbe invece l'applicazione del controlimite se anche la nuova legislazione si rivelasse sostanzialmente incompatibile con il diritto dell'Unione e quindi la Corte di giustizia (*i*) ritenesse che anche tale nuova disciplina deve essere disapplicata perché non soddisfa le finalità di cui all'art. 325 TFUE, e (*ii*) non tenesse in considerazione l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali dell'imputato in base alle specificità del nostro ordinamento costituzionale.

Anche nel primo caso, si assisterebbe comunque ad un conflitto (non sanato) tra Corti. E per quanto non sia la prima volta, in sessant'anni di integrazione europea, che la Corte di giustizia e una corte costituzionale nazionale assumono posizioni differenti (v., ad es., il caso *Filipiak* o, più recentemente, il non allineamento alla sentenza *Melloni* da parte della Corte costituzionale tedesca nel caso *Solange III* e il mancato rispetto della giurisprudenza *Mangold* da parte della Suprema Corte danese nel caso *Ajos*), non è certo agevole prevedere quale sarebbe l'atteggiamento dei giudici comuni, cui sarebbe rimessa la scelta ultima di quale impostazione rispettare. In altri termini, non è dato sapere con assoluta certezza se essi comunque utilizzerebbero, secondo le indicazioni della Consulta, il controlimite e, dunque, non procederebbero alla disapplicazione, o se invece, privilegiando la fedeltà "comunitaria", si allineerebbero ai *dicta* della Corte di giustizia e disapplicherebbero la normativa nazionale illegittima alle condizioni da quest'ultima fissate (su tale interrogativo v. già R. Mastroianni, p. 18).

A ben vedere ci si potrebbe chiedere se anche la sola invocazione del controlimite da parte della Consulta sarebbe di per sé sufficiente a legittimare l'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione. La risposta è positiva, almeno in teoria, al pari di quanto potrebbe accadere a seguito della "semplice" entrata in vigore di una legge incompatibile con il diritto dell'Unione e a prescindere dalla sua pratica applicazione: anche se certo è diverso (almeno nella prospettiva nazionale) il caso di una violazione del diritto dell'Unione ad opera di una qualsivoglia normativa nazionale e quello di una violazione "giustificata" dall'applicazione di un controlimite. Anche autorevole dottrina (J.-P. Jacqué, *La Cour de justice de l'Union européenne et la theorie des «contre limites»*, in A. Bernardi (a cura di), cit., p. 3 ss., spec. p. 14) si era espressa nel senso del possibile esperimento di una procedura di infrazione rispetto alla menzionata decisione *Solange III*. Anche se poi, in concreto, nei confronti della Germania la guardiana dei trattati non ha reagito *ex* art. 258 TFUE e ci si può chiedere se la sua decisione sia stata dettata proprio dalla specificità della violazione, ovvero dalla sua natura in un certo qual senso "politica" (sulla nuova "strategia" della Commissione nell'esercitare il controllo sul rispetto del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri v. la comunicazione del gennaio 2017). E lo stesso tipo di "inerzia" si potrebbe quindi prospettare nel caso in esame.

Altra questione sarebbe – e una diversa risposta anche in concreto da parte della Commissione potrebbe invece aversi rispetto a – una reazione generalizzata dei giudici nazionali che, in "attuazione" dei *dicta* della Consulta, sistematicamente facessero applicazione dei controlimiti, non rispettando la sentenza della Corte di giustizia che decidesse di negare rilevanza alle specificità del nostro ordinamento e, quindi, non disapplicando la normativa nazionale ritenuta "illegittima" (per un esempio di procedura di infrazione per censurare una prassi giudiziaria contraria al diritto dell'Unione v. causa C-129/00, *Commissione c. Italia*).

Ferma restando la peculiarità della non applicazione del diritto dell'Unione dettata dall'esigenza di salvaguardare i valori sottesi al controlimite, in quest'ultimo caso il risultato potrebbe essere, più probabilmente, quello di una procedura *ex* art. 258 TFUE avviata per censurare una prassi giurisprudenziale che, seppur a tutela dell'identità nazionale, non disapplica una normativa ritenuta comunque contraria al diritto dell'Unione da una sentenza pregiudiziale della Corte di giustizia. Forse, allora, sarebbe stato preferibile l'avvio immediato di una siffatta procedura per censurare la legislazione nazionale contrastante anziché la sua persistente applicazione da parte dei giudici a fronte di un controlimite invocato dalla Consulta, ma non riconosciuto degno di "protezione" da parte del giudice di Lussemburgo.

Anche per evitare un epilogo di tal fatta, oltremodo saggia sarebbe, come ormai più volte detto, una pronuncia dei giudici del Kirchberg che tenga conto delle specificità dell'ordinamento costituzionale italiano. I descritti, preoccupanti, "strascichi" giurisprudenziali non prometterebbero nulla di buono, specie in tempi di crisi come quelli che sta oggi vivendo l'Unione europea. Per evitare un passo ulteriore verso il rischio di disintegrazione, l'auspicio è che la Corte di giustizia tuteli dunque, in qualche modo, i diritti fondamentali del singolo, ricordando la centralità che esso ha, sin dagli anni '60, in quell'«ordinamento giuridico di nuovo genere» (v. sentenza *Van Gend en Loos*) che la Corte stessa ha contribuito a definire e vieppiù, nei decenni, a sviluppare e rafforzare.

* Le considerazioni qui svolte riprendono e in parte sviluppano le osservazioni del mio contributo *Primato del diritto dell'Unione* vs *identità costituzionale o primato del diritto dell'Unione* e *identità nazionale?*, in corso di pubblicazione in *A. Bernardi, C. Cupelli (a cura di), Il caso «Taricco» e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale, Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Ferrara il 24 febbraio 2017, Jovene, Napoli, 2017*.