

**Il caso *Taricco* e il gioco degli scacchi:
l’“evoluzione” dei controlimiti attraverso il “dialogo” tra le Corti,
dopo la sent. cost. n. 115/2018***

di **Simona Polimeni** – *Dottoressa di ricerca in Diritto ed Economia, Università Mediterranea di Reggio Calabria.*

ABSTRACT: This essay deals with the critical reconstruction of the *Taricco* case. It retraces the main points of the Court of Justice's arguments in the *Taricco I* and *II* judgments, and that ones of the Constitutional Court, in the judgment n. 24/2017, in the recent communiqué, made last 10 April, and in the decision n. 115/2018. Moreover, it is proposed to reread the process of integration of fundamental rights in a “bidirectional” sense, by an “integrated” system of protections, also on the basis of some suggestions derived from the Constitutional Court’s decision n. 269/2017. To build this, emphasis is placed on the limits and the potentials inherent to a “sliding” of the counter-limits from the constitutional identity (*ex* Article 4.2 TEU), to the common constitutional traditions, which can be co-interpreted by the Constitutional Court and the judges of Luxembourg, in an increasingly intense process of “dialogue”.

SOMMARIO: 1. L’“apertura”: la sentenza *Taricco I* e il ruolo dei giudici nazionali – 2. Il “mediogioco”: il tentativo di “dialogo” della Corte costituzionale, con l’ord. n. 24/2017... – 3. (*segue*) ...*Taricco II*: la risposta “interlocutoria” (ma non troppo) della Corte di giustizia – 4. Il comunicato della Corte costituzionale e lo “scivolamento” dei controlimiti dall’identità costituzionale nazionale alle tradizioni costituzionali comuni: si tratta davvero del “finale di partita”? – 5. L’“arrocco” e la sent. cost. n. 115/2018: l’identità costituzionale come una “torre” dentro cui trincerarsi o come uno strumento di dialogo interordinamentale?

* Scritto sottoposto a referaggio secondo le Linee guida della Rivista.

*Il Re Moro entrò nella scuderia. [...] poi, con fare deciso,
mosse verso il cavallo bianco. Fu questione di pochi attimi:
il cavallo, con un doppio balzo, si avventò sul Re Moro e lo mangiò.
Il Re si era dimenticato di essere il re degli scacchi.*
[S. BENNI, *Il Re Moro*, in *L'ultima lacrima*, Milano, 2002, 87]

1. L'“apertura”: la sentenza Taricco I e il ruolo dei giudici nazionali

La vicenda *Taricco*, iniziata come si sa con la pronuncia della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015¹, può considerarsi alla stregua di una partita a scacchi. Su di essa sono stati scritti copiosi commenti², perciò non si indugerà sulla ricostruzione della vicenda, ormai molto nota³. Ciò che si vorrebbe evidenziare è innanzitutto la particolarità della prima sentenza della Corte di Lussemburgo, che trae da una disposizione del Trattato (l'art. 325 TFUE)⁴ un effetto diretto applicabile *in malam partem*, ossia a danno del singolo, perché produttivo di un trattamento sanzionatorio deteriore rispetto a quello applicabile al momento della commissione dell'illecito⁵.

¹ Corte di giustizia, 8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco et al.*

² Cfr., *ex multis*, i diversi contributi raccolti in AA.VV., *Atti del Convegno “Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo”*, svoltosi a Roma, Istituto Luigi Sturzo, il 4 ottobre 2016, pubblicati su *Rivista Aic*, 4/2016; A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017; A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017; I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017.

³ Come si sa, essa ha avuto origine dalla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte di giustizia dal Tribunale di Cuneo, che aveva promosso un procedimento penale nei confronti del sig. Ivo Taricco e di altre persone, con l'imputazione di aver costituito e organizzato, tra il 2005 e il 2009, un'associazione per delinquere, ponendo in essere operazioni fraudolente (c.d. “frodi carosello”). Grazie a società interposte e falsi documenti, gli imputati avrebbero acquistato ingenti quantitativi di merce (nella specie, si trattava di champagne) in esenzione da IVA. Queste operazioni avrebbero consentito ad una società, denominata *Planet*, di acquistare tali prodotti ad un prezzo inferiore a quello di mercato. In particolare, la *Planet* avrebbe ricevuto fatture emesse dalle società interposte per operazioni inesistenti e le avrebbe annotate nella propria contabilità, detraendo indebitamente l'IVA in esse riportata e, di conseguenza, avrebbe presentato dichiarazioni annuali IVA fraudolente. I reati di cui erano accusati gli imputati si sarebbero prescritti al più tardi entro l'8 febbraio 2018, senza la garanzia che fino ad allora sarebbe stata pronunciata una sentenza definitiva, data la complessità delle indagini e la lungaggine dei tempi processuali. Il Tribunale di Cuneo, con rinvio pregiudiziale, ha perciò chiesto alla Corte di giustizia se, a causa della suddetta impunità di fatto delle persone e delle imprese che hanno commesso una frode in materia di IVA, dovuta allo scadere del termine prescrizione, il diritto italiano non abbia creato una nuova possibilità di esenzione dall'IVA, non prevista dal diritto dell'Unione.

⁴ Che, com'è noto, statuisce: «1. L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. 2. Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari [...]».

⁵ Sul punto, v. in particolare C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia?*, in *Forum di Quad. cost.*, 5 ottobre 2016, 9; e Id., *Primato del diritto dell'Unione vs identità costituzionale o*

Infatti, la CGUE risponde al rinvio pregiudiziale del g.u.p. di Cuneo statuendo che il giudice nazionale deve disapplicare la normativa italiana controversa (sull'allungamento massimo dei termini di prescrizione, *ex artt.* 160 e s. c.p.) in due casi: se la frode IVA è «grave» e si verifica in un «numero considerevole di casi»; oppure se il regime di prescrizione previsto per la normativa interna che tutela i corrispondenti interessi finanziari nazionali è più efficace (perché maggiormente dissuasivo) di quello applicabile ai reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, creando così un'inaccettabile diversità di disciplina a livello interno ed eurounitario, per la repressione del medesimo reato.

Il bilanciamento effettuato dalla Corte di giustizia potrebbe apparire, *prima facie*, *funzionalistico*, posto che persegue primariamente l'obiettivo di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione⁶. Tuttavia, si deve riconoscere che i diritti fondamentali (degli imputati) non vengono ignorati dai giudici di Lussemburgo, né *sic et simpliciter* posposti rispetto agli interessi concorrenti. Infatti, la sentenza *Taricco* impone al giudice nazionale di controllare che dalla disapplicazione non derivi una lesione dei diritti fondamentali degli imputati (par. 53)⁷.

È interessante notare il rapporto particolarmente stretto che la Corte di giustizia tenta ancora una volta di instaurare con i giudici nazionali, conferendo loro un potere discrezionale molto ampio nella scelta di disapplicare o meno la normativa interna in tema di prescrizione. La Corte di Lussemburgo sembra ricercare un "alleato" a livello nazionale per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, spingendola fino al punto massimo dell'efficacia, anche a costo di forzare il sistema statale di tutela dei diritti degli imputati, pur senza giungere alla lesione dei loro diritti fondamentali.

Pertanto, è senz'altro apprezzabile la risoluta decisione della Corte d'appello di Milano⁸, prima, e della Corte di Cassazione⁹, poi, di sollevare una questione di legittimità costituzionale del tutto peculiare, il cui oggetto, come è noto, non è la legge interna sulla prescrizione, ma proprio l'art. 2 della legge n. 130/2008, che contiene l'ordine di esecuzione del TFUE, nella parte in cui impone di applicare l'art. 325, par. 1 e s., TFUE, nell'interpretazione fornita dalla CGUE. Insomma, una richiesta espressa di applicazione dei controlimiti e di riconoscimento del principio di legalità penale come fondamentale e pertanto intangibile da parte delle fonti esterne che ne provochino una *deminutio*, riducendo le garanzie interne.

primato del diritto dell'Unione e identità nazionale?, in A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 3 e ss.

⁶ La Corte di giustizia ha sottolineato, infatti, che il bilancio dell'Unione è finanziato anche per mezzo delle entrate provenienti dall'applicazione di un'aliquota uniforme agli imponibili IVA armonizzati e quindi esiste un legame diretto tra la riscossione di tali entrate e gli interessi finanziari dell'Unione: cfr. sent. *Taricco*, cit., par. 50. Sul punto, v. ora G. DI FEDERICO, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in *Federalismi.it*, 11/2018.

⁷ Cfr. sent. *Taricco*, cit., par. 53: «Occorre aggiungere che se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati. Questi ultimi, infatti, potrebbero vedersi infliggere sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggiti in caso di applicazione delle suddette disposizioni di diritto nazionale».

⁸ Corte d'appello di Milano, ord. n. 339/2015, del 18 settembre 2015 - *C.D.B. e altri*.

⁹ Corte di Cassazione, Terza Sez. Penale, ord. n. 212/2016, dell'8 luglio 2016 - *M.C. e altri*.

Tale presa di posizione mostra, a parere di chi scrive, due aspetti degni di nota: *in primis* i giudici interni dimostrano di “prendere sul serio” il principio del primato dell’Unione e il meccanismo della disapplicazione, scegliendo di non utilizzare semplicemente la deroga ammessa dalla stessa CGUE nel citato paragrafo 53 della sentenza *Taricco*, “forzandola” alquanto per tutelare i diritti fondamentali degli imputati, perché ciò comporterebbe un sostanziale svuotamento della pronuncia di Lussemburgo. In secondo luogo e in modo simmetrico rispetto al primo, essi mostrano di prestare *fedeltà ultima* alla Costituzione¹⁰: pertanto, rimettono giustamente la questione alla Corte costituzionale, adottando un saggio atteggiamento di *self restraint*, dato che l’accertamento richiesto dai giudici di Lussemburgo esulerebbe dalla funzione attribuita nel nostro ordinamento agli organi giudiziari. Infatti, in materia penale, valutazioni in merito alla «gravità» della frode e al «numero considerevole di casi» devono essere rimesse al legislatore, nella determinazione delle decisioni di politica criminale che solo a quest’ultimo competono¹¹.

Come nel gioco degli scacchi, insomma, la partita tra Corti è iniziata e già l’“apertura” si presenta alquanto problematica. I giudici nazionali, pur preziosi alleati di Lussemburgo, in questo caso si sono dimostrati prima di ogni altra cosa strenui difensori dei principi fondamentali e, soprattutto, rispettosi del proprio ruolo all’interno dell’ordinamento interno, come si tenterà di mostrare meglio *infra*.

2. Il “mediogioco”: il tentativo di “dialogo” della Corte costituzionale, con l’ord. n. 24/2017

Se l’“apertura” di questa “partita” tra Corti si presenta conflittuale – per restare alla metafora degli scacchi – il “mediogioco” (termine che indica la fase immediatamente successiva all’apertura) appare invece più distensivo, anche se non scongiura *in toto* possibili attriti futuri.

I dubbi della Cassazione (e della Corte d’appello di Milano) sono stati accolti dalla Corte costituzionale, che con la nota ord. n. 24 del 2017¹² ha sospeso il giudizio, optando per un “nuovo”

¹⁰ Per questa nozione, v. A. VON BOGDANDY, C. GRABENWARTER, P.M. HUBER, *Il diritto costituzionale nel diritto pubblico europeo. L’esempio della rete istituzionalizzata della giustizia costituzionale*, in *Rivista Aic*, 4/2015, spec. 16.

¹¹ Come più volte rilevato dalla stessa Corte costituzionale: cfr., in particolare, la sent. n. 327/2008, in cui la Consulta individua uno dei due obiettivi sottesi al principio di determinatezza della norma penale «nell’evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l’illecito» (punto 4 del *Cons. in dir.*). Per un’analisi più ampia sul punto, v. I. PELLIZONE, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: principio di determinatezza, separazione dei poteri e ruolo del giudice penale*, in *Quad. cost.*, 1/2017, 113 e ss.

¹² Questa pronuncia è stata interpretata dalla maggior parte della dottrina come un’apprezzabile apertura al dialogo. Cfr., in questo senso, *ex multis*: C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla corte di giustizia*, in *Dir. pen. contemp.*, 30 gennaio 2017, che la definisce «una decisione “diplomatica”»; O. POLLICINO, M. BASSINI, *When cooperation means request for clarification, or better for “revisitation”*, in *VerfBlog*, 30 gennaio 2017; C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Eurojus.it*, 29 gennaio 2017. Di «decisione diplomatica ma ferma» discute M.L. FERRANTE, *L’ordinanza della Corte costituzionale sull’affaire Taricco: una decisione “diplomatica” ma ferma*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2017. Cfr., inoltre, A. MORELLI, *La capacità parametrica del diritto dell’Unione*

rinvio pregiudiziale di interpretazione alla Corte di giustizia, chiedendo essenzialmente se la «regola *Taricco*» si dovesse applicare anche quando: 1) fosse priva di una base legale sufficientemente determinata; 2) nell'ordinamento dello Stato membro, la prescrizione fosse parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità; 3) fosse in contrasto con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro.

Sono molti i punti di interesse di questa ordinanza, non a caso – come si diceva – oggetto di ampi e approfonditi commenti¹³. Pertanto, senza poter qui adeguatamente analizzare ogni aspetto, si è scelto di metterne in rilievo solo alcuni, che sembrano particolarmente utili per delineare l'evoluzione del “dialogo” inter-giurisprudenziale ed il ruolo assunto dai controlimiti.

Innanzitutto, è apprezzabile la decisione della Consulta di limitarsi a “minacciare” l'uso dei controlimiti senza ancora opporli, optando, invece, per un ulteriore tentativo di dialogo con Lussemburgo. Tuttavia, il “tono” dell'ordinanza¹⁴ è tale da far trasparire l'eventualità del rifiuto della Consulta di conformarsi alla decisione della Corte di Lussemburgo in caso di mancato accoglimento delle soluzioni interpretative prospettate e della conferma dell'applicabilità della “regola *Taricco*”, a riprova, in fondo, della già piena operatività dei controlimiti.

Inoltre, la Corte costituzionale ribadisce chiaramente il principio del *primato con riserva*¹⁵ e il proprio ruolo di “giudice dei controlimiti”, cui spetta il delicato compito di constatare l'avvenuta violazione di un principio supremo dell'ordinamento, da parte di una fonte esterna.

Tuttavia, nel ricostruire il rapporto tra ordinamento nazionale ed ordinamento eurounitario¹⁶, si potrebbe delineare, ad avviso di chi scrive, la contaminazione tra un approccio “costituzionalistico” (tipicamente *dualista*) ed uno tendenzialmente “federalistico” (che si potrebbe definire *pluralistico-*

europa privo di efficacia diretta nel giudizio di legittimità costituzionale, in *Federalismi.it*, 1/2017, spec. 8 e ss.; E. NADILE, *La Corte Costituzionale sceglie il rinvio pregiudiziale sul “caso Taricco”*, in *Quest. giust.*, 1 febbraio 2017; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, in *Dir. pen. contemp.*, 13 febbraio 2017. Più critico e restio a definire il rinvio pregiudiziale della Consulta come uno strumento per favorire il dialogo con Lussemburgo è, invece, R. BIN, *Corte costituzionale. Sul caso Taricco sfida la Corte di giustizia europea*, in *laCostituzione.info*, 26 gennaio 2017; e anche A. BERNARDI, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, in *Quad. cost.* n. 1/2017, 109 e ss. Di «vero e proprio ultimatum» parla A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *Consulta Online*, 1/2017, 81 e ss.

¹³ V., per tutti, i vari contributi raccolti in A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit.

¹⁴ Cfr. D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco*, cit., 455 e ss.

¹⁵ Cfr., in particolare, Corte cost., ord. n. 24/2017, punto 6 del *Ritenuto in fatto e considerato in diritto*: «In linea di principio, che il diritto dell'Unione, e le sentenze della Corte di giustizia che ne specificano il significato ai fini di un'uniforme applicazione, non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale». L'espressione «primato con riserva», ormai di uso frequente, è stata utilizzata in riferimento alla sent. cost. n. 183/1973 da M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino, 2011, spec. 67.

¹⁶ Cfr. ord. n. 24/2017 punto 6 cit.

integrato)¹⁷. È vero, infatti, che diversi elementi concorrono a qualificare l'approccio della Consulta ancora come prettamente "costituzionalistico": la qualificazione del principio di legalità penale come supremo; l'identificazione dell'origine «costituzionale» dei Trattati rinvenuta nella «volontà degli Stati membri»; il riferimento all'art. 4.2 TUE per richiamare le istituzioni europee al rispetto dell'*identità costituzionale* italiana. Inoltre, la visione tipicamente dualista¹⁸ è confermata anche dall'impegnativa affermazione secondo cui la concezione sostanziale o processuale della prescrizione – il cui regime legale è soggetto al principio di legalità penale, *ex art. 25, II co., Cost.* – «non riguarda direttamente né le competenze dell'Unione, né norme dell'Unione, [e pertanto] 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: assunto che, non a caso, sarà smentito dalla Corte di giustizia, nella sentenza *Taricco II*). Eppure – qui si colgono le componenti "federalistiche" dell'approccio – è parimenti vero che la Corte costituzionale non "scrutina" (indirettamente) la "regola Taricco" solo in base all'art. 25 Cost., ma propone un inedito e apprezzabile ampliamento del parametro costituzionale utilizzando l'art. 49 CDFUE e le tradizioni costituzionali comuni (art. 6.3 TUE)¹⁹. In particolare, con riguardo al principio di determinatezza, la Corte costituzionale giunge ad affermare che la "regola Taricco", finendo per trasformare il giudice penale in un "giudice di scopo", eccederebbe «il limite proprio della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto quanto meno nella tradizione continentale, e non pare conforme al principio di legalità enunciato dall'art. 49 della Carta di Nizza» (punto 9). Poi, la Consulta si spinge fino ad avanzare un dubbio di validità su una *norma* eurounitaria, affermando che «se si ritiene che l'art. 325 del TFUE ha un simile *significato* resta allora da verificarne la coerenza con l'art. 49 della Carta di Nizza, [...] sotto il profilo della carente determinatezza della norma europea, quando interferisce con i diritti degli imputati in un processo penale» (*ibidem*, c.vo aggiunto).

La Corte costituzionale, dunque, considera con attenzione sia il livello di tutela interno, sia il processo di integrazione eurounitario, che non può essere ostacolato dall'opposizione meramente

¹⁷ Per la descrizione dei diversi approcci, "costituzionale" (che individuerrebbe «il nucleo "intangibile" dell'autonomia [...] nei valori fondamentali delle costituzioni nazionali»), "internazionalistico" (autonomia costituzionale come "intangibilità" della "sovranità-indipendenza" degli Stati membri) e "federalistico" (autonomia costituzionale come autonomia istituzionale), cfr. A. CANTARO, *Il rispetto delle funzioni essenziali dello Stato*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo*, vol. I, *I principi dell'Unione*, Milano, 2006, spec. 521 e ss.

¹⁸ V., per questo, A. ANZON 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 *Osservatorio Aic*, 2/2017, spec. 17, secondo cui la Corte costituzionale, nell'ordinanza in questione, avrebbe mantenuto chiaramente una concezione dualista.

¹⁹ Cfr. ord. n. 24/2017 cit., punto 3: «Occorre perciò preliminarmente stabilire se l'art. 325 del TFUE vada effettivamente applicato nel senso indicato dai rimettenti, oppure se sia suscettibile di interpretazioni anche in parte differenti, tali da escludere ogni conflitto con il principio di legalità in materia penale formulato dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione italiana, oltre che con analoghi principi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e, in una versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri».

“difensiva” dei controlimiti²⁰. Infatti, questi ultimi – *sub specie* di elementi propri non solo dell’“identità costituzionale”, ma anche delle tradizioni costituzionali comuni – possono fungere da argini per contenere e indirizzare tale processo e mantenerlo «nel segno del rispetto dei diritti umani» (punto 8).

Inoltre, rimarca l’importanza fondamentale del principio di separazione dei poteri e del ruolo del giudice, a livello nazionale ed eurounitario, poiché elementi costitutivi e irrinunciabili dello Stato di diritto (nella tradizione europea), che rischiano di essere gravemente distorti dall’applicazione della “regola *Taricco*”²¹.

Ebbene, l’apertura della Corte costituzionale al diritto eurounitario, con il tentativo di “europeizzare” (almeno in parte) la portata del principio di legalità, *ex art. 25, II co., Cost.*, ha determinato al contempo aspetti positivi e negativi, che si evincono nella risposta della Corte di giustizia.

Infatti, riprendendo ancora la metafora della partita di scacchi, se la Consulta ha “giocato in attacco”, i giudici di Lussemburgo non si sono limitati a difendere.

3. (segue) ...*Taricco II: la risposta “interlocutoria” (ma non troppo) della Corte di giustizia*

Le conclusioni dell’Avvocato Generale Yves Bot²², invero, non lasciavano sperare in una pronuncia interlocutoria, che risolvesse la questione ripresentata alla Corte di giustizia senza alimentare il conflitto interordinamentale. Infatti, l’A.G. ha affermato decisamente che non si trattava di mettere in discussione la “regola *Taricco*”, ma semplicemente «di precisare i criteri in base ai quali tale obbligo deve essere attuato»²³, riconoscendo, dunque, l’eccessiva indeterminatezza dei criteri stabiliti a Lussemburgo.

È interessante notare come Yves Bot affronti questioni molto delicate, talvolta in modo fin troppo *tranchant*. Se ne segnalano soltanto due. La prima riguarda la portata dell’art. 53 della Carta

²⁰ Per l’uso di questa terminologia (“controlimiti difensivi”), e per ulteriori approfondimenti sul punto, ci permettiamo di rinviare a S. POLIMENI, *Controlimiti e identità nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” fra le Corti*, Napoli, 2018 (in corso di stampa, nel momento in cui si scrive, per i tipi dell’Editoriale Scientifica).

²¹ Come evidenza in particolare M. DONINI, *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta. Tra disapplicazioni “punitive” della prescrizione e stupefacenti amnesie tributarie*, in *Dir. pen. contemp.*, 3 aprile 2018.

²² Su cui non ci si può qui adeguatamente soffermare. Si rinvia, *ex multis*, almeno a: M. BASSINI, O. POLLICINO, *The opinion of Advocate General Bot in Taricco II: Seven “Deadly” Sins and a Modest Proposal*, in *www.verfassungsblog.de*, 2 agosto 2017; F. CAPOTORTI, *Le conclusioni dell’Avvocato Generale Bot nella causa c.d. Taricco bis stentano a trovare un’auspicabile soluzione di compromesso: verso un conflitto tra le Corti?*, in *Eurojus.it*, 8 agosto 2017; L. DANIELE, *Il seguito del caso Taricco: l’Avvocato generale Bot non apre al dialogo tra Corti*, in *European Papers*, 7 settembre 2017; A. RUGGERI, *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, in *Dir. pen. contemp.*, 2 ottobre 2017; C. CUPELLI, *Le conclusioni dell’avvocato generale sul caso Taricco: aspettando la corte di giustizia...il dialogo (non) continua*, *ivi*, 3 ottobre 2017; R. BIN, *Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot*, *ivi*, 20 novembre 2017.

²³ Cfr. le *Conclusioni* dell’Avvocato Generale Yves Bot sul caso c.d. *Taricco-bis* (Causa C-42/17, *M.A.S., M.B.*), presentate il 18 luglio 2017, par. 71.

dei diritti fondamentali dell'Unione (CDFUE): il ragionamento è stringente e volto essenzialmente a garantire la prevalenza del diritto dell'Unione, anche quando si tratti di tutelare i diritti fondamentali (insieme nazionali ed eurounitari). Infatti, secondo l'A.G., occorrerebbe sempre tener presenti «gli interessi specifici che muovono l'azione dell'Unione» (par. 154, *Conclusioni* cit.) e la diversità degli ordinamenti (eurounitario e nazionale) in cui si deve garantire tale tutela (parr. 148 e ss.). Ma portando alle estreme conseguenze questo ragionamento, si potrebbe giungere alla *funzionalizzazione* dei diritti fondamentali e al loro assoggettamento agli *obiettivi* dell'Unione, fino ad affermare l'inconciliabilità delle tutele nei diversi livelli ordinamentali, con la conseguente *gerarchizzazione* dei rapporti eurounitari e nazionali, a favore dell'Unione, che tende ad attrarre sempre più materie nel proprio ambito di applicazione, per cui il principio del primato non sarebbe più rintracciabile nella specificità delle materie trasferite dagli Stati membri all'Unione, ma negli *scopi* stessi dell'ordinamento eurounitario²⁴.

Inoltre, l'A.G. ha escluso l'utilizzo della *identity clause*, ex art. 4.2 TUE, adoperando un'interpretazione letteralistica dei principi fondamentali contenuti nella Costituzione italiana (limitando l'analisi ai primi dodici articoli della Carta costituzionale)²⁵, per poi ammettere che i principi supremi possono essere individuati dalla Corte costituzionale anche al di fuori dei primi dodici articoli, senza però ricomprendere *tutti* i diritti fondamentali, nella loro accezione completa e integrale, ma solo il loro nucleo essenziale.

A chi scrive, non sembra tuttavia che la Corte costituzionale volesse fare riferimento al solo nucleo essenziale dei principi supremi quando, nell'ord. n. 24/2017, afferma: «I rapporti tra Unione e Stati membri sono definiti in forza del principio di leale cooperazione, che implica reciproco rispetto e assistenza. [...] Non vi sarebbe rispetto se le ragioni dell'unità pretendessero di cancellare il nucleo stesso dei valori su cui si regge lo Stato membro. E non vi sarebbe neppure se la difesa della diversità eccedesse quel nucleo giungendo ad ostacolare la costruzione del futuro di pace, fondato su valori comuni, di cui parla il preambolo della Carta di Nizza» (par. 6). L'impressione, leggendo il passo ora riportato, è che la Consulta spinga la tutela dei “valori” fondanti l'ordinamento statale fino al punto di estensione oltre il quale la loro affermazione rischierebbe di compromettere il processo di integrazione europea, esso stesso parte del nucleo intangibile dei valori costituzionali, ma non sempre e necessariamente tale contenuto coincide con il solo nucleo “essenziale” del diritto. Infatti, si potrebbe utilmente progredire nell'integrazione, pur riconoscendo e rispettando diversità che si sostanziano in declinazioni particolari di diritti o principi costituzionali, che si estendono oltre il “nucleo essenziale” (riconosciuto anche a livello eurounitario), ma sono parimenti irrinunciabili per lo Stato membro, perché parte integrante della propria identità costituzionale (come mostra il caso *Taricco* in relazione al principio di legalità penale). A parte il fatto che, nella costruzione dell'A.G. Bot resterebbe da capire a quale organo

²⁴ Come evidenzia M. ORLANDI, *L'evoluzione del primato del diritto dell'Unione europea. Dalla contrapposizione tra sistemi giuridici al dialogo multilaterale*, Torino, 2012, spec. 5, ma *passim*.

²⁵ Cfr. *Conclusioni* cit., par. 181.

(Corte di giustizia o costituzionale) spetterebbe, eventualmente, stabilire il *quantum* di estensione del nucleo “essenziale” di un diritto.

La Corte di giustizia, con la sentenza *Taricco II*²⁶, sembra ribaltare la prima affermazione dell’A.G. Bot e cogliere il “suggerimento” della Consulta, “reinterpreta” l’art. 325 TFUE alla luce dell’art. 49 CDFUE. Infatti, essa afferma la diretta applicabilità della “regola *Taricco*” (e la conseguente disapplicazione della normativa nazionale), *a meno che* non contrasti con il principio di legalità nella sua triplice declinazione di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale, e afferma conseguentemente che la sentenza *Taricco I* non si applica ai reati commessi anteriormente alla sua emanazione.

Questa decisione offre notevoli spunti di riflessione sul ruolo della Corte di giustizia nel sistema interordinamentale, ma, secondo chi scrive, degni di una speciale attenzione risultano, in particolare, due aspetti. Innanzitutto, i giudici di Lussemburgo, lungi dal ridimensionare la propria funzione “creativa” di diritto, hanno deciso di esaltarla, considerando la sentenza *Taricco* non una semplice “interpretazione” e “precisazione” dell’art. 325 TFUE, ma una vera e propria *regula iuris*, idonea a fissare un punto fermo per l’applicazione di un regime sanzionatorio differente e più grave rispetto ai reati in materia fiscale commessi antecedentemente, fungendo da *dies a quo* per la sua operatività²⁷.

In secondo luogo, come anticipato, la Corte dell’Unione “rilegge” l’art. 325 TFUE alla luce del principio di legalità penale, enucleabile dall’art. 49 CDFUE e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (oltre che dall’art. 7 CEDU)²⁸. Tale operazione ermeneutica suggerirebbe che la Corte di Lussemburgo abbia operato una “gerarchizzazione” (almeno sostanziale) tra fonti, subordinando i Trattati alla Carta di Nizza, che pure è recepita, com’è noto, negli stessi Trattati, assumendone formalmente il rango²⁹. Di fatto, nella sentenza si parla di contrasto dell’«obbligo di

²⁶ CGUE (Grande Sezione), sent. 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.* I commenti a questa sentenza sono tantissimi. V., *ex multis*: A. MASSARO, *Taricco 2 – Il ritorno (sui propri passi?)*. *I controlimiti come questione che “spetta ai giudici nazionali”: cambiano i protagonisti, ma la saga continua*, in *Giurisprudenza penale*, 5 dicembre 2017; M. BASSINI, O. POLLICINO, *Defusing the Taricco bomb through fostering constitutional tolerance: all roads lead to Rome*, in *VerfBlog*, 5 dicembre 2017, <http://verfassungsblog.de>; P. FARAGUNA, *Frodi sull’Iva e il caso Taricco: la Corte di giustizia fa marcia indietro*, in *LaCostituzione.info*, 6 dicembre 2017; C. CUPELLI, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l’attesa sentenza della Corte di giustizia*, in *Dir. pen. contemp.*, 11 dicembre 2017; M. NISTICÒ, *Taricco II: il passo indietro della Corte di giustizia e le prospettive del supposto dialogo tra le Corti*, in *Osservatorio Aic*, 1/2018; R. BIN, *Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in *Forum di Quad. cost.*, 2 febbraio 2018; E. LUPO, *La sentenza M.A.S. della Corte di giustizia e i suoi effetti: continua la saga Taricco*; N. SARMIENTO, *Adults in the (Deliberation) Room. A comment on M.A.S.*; V. MARCENÒ, *La sentenza Taricco-bis. Conseguenze di una sovranità non incerta*, tutti e tre in *Quad. cost.*, 1/2018, 225 e ss. V., inoltre, gli interventi di P. FARAGUNA, M. FICHERA, A. GUAZZAROTTI, N. LUPO, V. MANES e N. RECCHIA, A. RUGGERI al *Forum di discussione. La saga Taricco a una svolta: in attesa della decisione della Corte costituzionale (I parte)*, in *Diritti Comparati*, 1/2018, 3 e ss.

²⁷ Per questo aspetto, v., tra i molti, specialmente G. RICCARDI, *La Corte di giustizia tra “dialogo” e “monologo” nella “saga Taricco”: silenzi, fraintendimenti e surrettizie appropriazioni di competenze penali dirette*, in *Dir. pen. contemp.*, 28 marzo 2018, 6 e ss.

²⁸ Cfr. sent. *Taricco II*, cit., parr. 52 e s.

²⁹ V., sul punto, A. RUGGERI, *La Corte di giustizia porge un ramoscello di ulivo alla Consulta su Taricco e resta in fiduciosa attesa che legislatore e giudici nazionali si prendano cura degli interessi finanziari dell’Unione (a prima lettura della sentenza della Grande Sezione del 5 dicembre 2017)*, in *Diritti Comparati*, 3/2017, 4 e s.; P. MORI,

garantire l'efficace riscossione delle risorse dell'Unione» con il principio di legalità (ex art. 49 CDFUE). Tuttavia, a sommosso avviso di chi scrive, prima di trarre conclusioni circa la subordinazione dei Trattati alla Carta di Nizza (e senza dimenticare che anche i Trattati contengono principi fondamentali per il processo di integrazione), ci si dovrebbe interrogare sulla natura di tale obbligo. Esso sembra derivare non da un principio, ma da un *obiettivo* dell'Unione. Si ripropone, dunque, la mai sopita discussione sulla diversità tra principi e obiettivi, già da tempo rilevata da un'attenta dottrina³⁰ e non stupirebbe se, in questo passo della sentenza, la Corte di giustizia intendesse subordinare i secondi ai primi. Da ciò, però, forse non può trarsi la conclusione automatica che *sempre* i principi della Carta prevalgano su quelli dei Trattati; di converso, potrebbe ammettersi che sempre gli obiettivi devono rispettare i principi (ovunque previsti), che li fondano e li orientano.

Si potrebbe, inoltre, ritenere che il riferimento della CGUE al par. 53 della sentenza *Taricco I* non sia casuale, in quanto essa aveva già previsto il "limite" della tutela dei diritti fondamentali degli imputati, tale da giustificare una deroga alla disapplicazione. Nella sent. *Taricco II*, semplicemente, si utilizza il principio di legalità "europeizzato" per integrare quella *clausola di limitazione*, altrimenti "vuota", ma già presente nel precedente giudizio.

Se, dunque, i principi di prevedibilità, determinatezza e irretroattività (sempre ex art. 49 CDFUE) ne sono usciti "rafforzati", perché doppiamente tutelati (a livello nazionale ed eurounitario) e sono stati dichiarati prevalenti, consentendo una deroga all'applicazione della "regola Taricco" (o, quanto meno, un suo differimento temporale), resta da capire come la Corte di giustizia abbia considerato il regime prescrizione vigente in Italia.

Nell'ord. n. 24/2017, la Consulta utilizza molteplici argomentazioni in favore dell'istituto sostanziale della prescrizione, considerandolo parte integrante del principio di legalità, ex art. 25 Cost., mentre la Corte di Lussemburgo non esita a scorporarlo dall'art. 49 CDFUE, ribadendo quanto detto sul punto nella precedente sentenza *Taricco*³¹.

Tuttavia, col senno di poi si può forse dire che non si sia rivelata particolarmente felice la collocazione del regime legale della prescrizione al di fuori delle competenze dell'Unione (punto 4 ord. cit.). Meglio avrebbe fatto, probabilmente, la Corte costituzionale a "coprire" il regime legale della prescrizione (anche) con l'art. 4.2 TUE, ascrivendolo espressamente (e non implicitamente,

Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, in *Diritto dell'Unione Europea - Osservatorio Europeo*, dicembre 2017, 14 e s. Qualche cenno anche in O. MAKIMOV PALLOTTA, *Taricco II: taking (fundamental) rights seriously (Osservazioni a margine della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 5 dicembre 2017 in causa C-42/17)*, in *Osservatorio Aic*, 1/2018, 9.

³⁰ A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011, spec. 50: «Nell'ambito dell'Unione europea occorre distinguere i principi, e in particolare i principi fondamentali, dagli obiettivi. L'Unione europea "si fonda" sui principi (art. 2 TUE). I principi segnano le basi e i limiti dell'agire dell'Unione europea. Gli obiettivi, al contrario, esprimono gli effetti auspicati dell'azione dell'Unione nella realtà sociale». Il rapporto, non chiaro, fra *principi* e *obiettivi* ricalca quello, anch'esso discutibile, fra *principi* e *diritti* proposto nell'art. 52, c.5, della Carta di Nizza, su cui cfr. spec. le osservazioni critiche di A. SPADARO, *La "cultura costituzionale" sottesa alla Carta dei diritti dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in *DPCE*, 2/2016, 321 ss.

³¹ Cfr. par. 57 sent. *Taricco* cit. e par. 42 sent. *Taricco II* cit.

come pure sembra aver fatto) all'*identità costituzionale* nazionale, il cui riferimento pare essere piuttosto connesso, come detto, in special modo al ruolo del giudice e, dunque, al principio di determinatezza della legge penale³². Pertanto, la Corte di giustizia ha avuto gioco facile ad ignorare completamente il riferimento all'art. 4.2 TUE: in parte perché la Consulta non l'ha menzionato espressamente all'interno dei quesiti indirizzati ai giudici di Lussemburgo³³; in altra parte perché probabilmente lo ha ritenuto "assorbito" dall'art. 49 CDFUE e, soprattutto, dall'art. 6.3 TUE. Insomma: perché "frammentare" l'ordinamento eurounitario con il riconoscimento di una deroga permessa ad un singolo Stato membro per tutelare la propria identità "nazionale", quando è possibile "generalizzare" tale deroga per garantire un principio fondamentale "europeizzato"?

Per quanto concerne poi l'istituto della prescrizione, la Corte di giustizia constata, alla data della pronuncia della Corte costituzionale, l'assenza di una disciplina europea della prescrizione del reato che armonizzasse le normative nazionali in materia. Tuttavia, risponde decisamente alla Consulta, affermando che la tutela finanziaria dell'Unione attraverso la previsione di sanzioni penali è un settore che rientra nei casi di competenza concorrente tra Unione e Stati membri (par. 43, sent. *Taricco II*).

Dopo la pronuncia della Consulta, lo scenario è, però, mutato. Infatti, il legislatore europeo è intervenuto con la direttiva del 5 luglio 2017³⁴ (entrata in vigore il 17 agosto 2017, che dovrà essere recepita entro il 6 luglio 2019), che ha l'intento di armonizzare la disciplina della prescrizione in tale ambito. Nel nostro caso, essendo comunque anteriore all'ordinanza della Corte costituzionale, la disciplina della prescrizione del reato rimane nella libera determinazione degli Stati membri fino all'adozione della direttiva: è dunque accettata per il passato, ma non per il futuro. La questione irrisolta è che la direttiva prevede l'armonizzazione della prescrizione, ma quest'ultima è intesa in senso processuale.

Pertanto, l'attrazione di un principio costituzionale nell'alveo della CDFUE, per il tramite delle tradizioni costituzionali comuni, non è sempre idonea a stemperare il conflitto interordinamentale e ad evitare l'applicazione dei controlimiti. Infatti, se la Corte costituzionale continuerà a considerare il regime legale della prescrizione come parte costitutiva di un principio supremo, tale questione resterà irrisolta e idonea a creare futuri contrasti tra Corti.

Un modo per "sottrarsi" all'obbligo di recepire la direttiva PIF su menzionata, sarebbe quello di ottenere dalla Corte di giustizia il riconoscimento, ex art. 4.2 TUE, dell'esistenza di una peculiarità rientrante nell'identità costituzionale italiana, che (tutte) le istituzioni europee hanno il dovere di rispettare. La Corte costituzionale non sembra, però, aver insistito sufficientemente sul punto, probabilmente per evitare di inasprire lo scontro con Lussemburgo. Né la Corte di giustizia sembra accogliere l'argomentazione della Consulta secondo cui il principio costituzionale di legalità, proprio perché ricomprende in sé anche la natura sostanziale della prescrizione, appresterebbe una

³² Tale posizione, preferita nel testo, sembra essere stata adottata, da ultimo, nella sent. cost. n. 115/2018, come di vedrà meglio *infra*, par. 5

³³ V., in questo senso, C. AMALFITANO, *Primato del diritto dell'Unione vs identità costituzionale*, cit.,

³⁴ 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.

tutela più intensa rispetto all'art. 49 CDFUE (e all'art. 7 CEDU), perciò, in ossequio al criterio della *massima espansione delle garanzie*, sarebbe conforme al diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 53 della Carta di Nizza, che non impedisce allo Stato membro di apprestare un livello di protezione maggiore rispetto a quello riconosciuto in ambito eurounitario³⁵. Nel silenzio sul punto della Corte di Lussemburgo, si può scorgere forse un tacito accoglimento dell'opinione espressa dall'A.G. Bot, nelle citate conclusioni in merito all'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti. Ed è probabilmente in questa prospettiva che andrebbe letto il par. 47 della sentenza *Taricco II*, forse fin troppo sottovalutato nella sua portata potenzialmente dirompente, perché potrebbe rappresentare l'apice del conflitto fra Corti: «A tale riguardo, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, *a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità o l'effettività del diritto dell'Unione*» (c.vo aggiunto).

Di fronte alla non-applicazione di una direttiva (di omogeneizzazione), la lesione del principio del primato sembra tanto evidente quanto inevitabile. Pertanto, l'applicazione del criterio della tutela più intensa non è di per sé stessa idonea ad evitare conflitti interordinamentali, né a scongiurare l'applicazione dei controlimiti, che restano fondamentali tutte le volte in cui la discrezionalità dello Stato membro viene annullata (o fortemente ridimensionata) dall'intervento del legislatore o del giudice europeo.

Per cercare di evitare questo ulteriore conflitto con la Corte di Lussemburgo, si potrebbe forse considerare la prescrizione come un istituto processuale, sottoposto ad un regime legale, *ex art. 111, I co., Cost.*, ma non al principio di stretta legalità, *ex art. 25, II co., Cost.*, come proposto in dottrina³⁶, assicurando così l'effettiva punibilità dei reati di frode fiscale, fermo restando che il problema relativo alla natura sostanziale o processuale della prescrizione è intrinsecamente legato alla durata dei processi, che dovrebbe essere ragionevole anche per consentire l'effettiva punibilità.

Le due Corti, nazionale e dell'Unione, concordano, invece, sulla necessità che sia il legislatore ad intervenire, ed entrambe gli rivolgono un monito molto forte, sebbene la discrezionalità del legislatore nazionale sia stata di fatto ridotta dall'intervento della direttiva PIF: laddove interviene, insomma, il legislatore europeo, quello nazionale si ritrae, almeno in parte. Pertanto anche il monito della Corte di giustizia sembra essere strumentale al passaggio da un regime legale della prescrizione in senso sostanziale ad uno processuale, dato che afferma, non casualmente, che una simile previsione non sarebbe contraria al diritto dell'Unione³⁷.

³⁵ Cfr. Corte cost., ord. 24/2017, punto 8: «Tale qualificazione [dell'istituto della prescrizione, in senso sostanziale], nel caso di specie, costituisce un livello di protezione più elevato di quello concesso agli imputati dall'art. 49 della Carta di Nizza e dall'art. 7 della CEDU. Esso, perciò, deve ritenersi salvaguardato dallo stesso diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 53 della Carta, letto anche alla luce della relativa spiegazione».

³⁶ V., in particolare, E. LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *Dir. pen. contemp.*, 12/2017, 119.

³⁷ Cfr. par. 43 sent. *Taricco II* cit.

4. Il comunicato della Corte costituzionale e lo “scivolamento” dei controlimiti dall’identità costituzionale nazionale alle tradizioni costituzionali comuni: si tratta davvero del “finale di partita”?

Con il comunicato reso il 10 aprile scorso, la Corte costituzionale lascia intendere che, dopo la risposta dei giudici di Lussemburgo, conviene “chiudere la partita”. Ma, sempre continuando a ricorrere alla metafora degli scacchi, come ogni “finale di partita”, il Re – in questo caso, la Consulta – passa dalla difesa all’attacco. Se di “finale di partita” può discutersi, allora conviene subito dire che la Corte costituzionale gioca, per l’appunto, ancora una volta in attacco, trascurando la possibilità, ventilata in dottrina, dell’auto-rimessione della questione per una declaratoria di incostituzionalità della legge sulla prescrizione³⁸ e dichiarando infondate le questioni di legittimità costituzionale.

Infatti, nel citato comunicato, la Corte afferma che «i giudici non sono tenuti ad applicare la “regola Taricco” sul calcolo della prescrizione, stabilita dalla Corte di Giustizia Ue con la sentenza dell’8 settembre 2015 per i reati in materia di Iva. Pertanto, anche per questi reati, rimangono applicabili gli articoli 160, ultimo comma, e 161 del Codice penale». Ciò scaturirebbe dalla sentenza *Taricco II*, che ha dichiarato inapplicabile la “regola *Taricco*” ai fatti anteriori all’8 settembre 2015 e in tutti i casi in cui il giudice nazionale ravvisi un contrasto con il principio di legalità in materia penale.

La Corte di Lussemburgo era stata fin troppo chiara nel ricomprendere nell’art. 49 CDFUE soltanto i caratteri della prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale, dedicando ben altre riflessioni alla natura sostanziale o processuale della prescrizione; ed era a questa “portata” del principio di legalità che la Corte di giustizia chiedeva di conformare il giudizio nazionale.

D’altronde, intendere l’art. 25 Cost. come comprensivo anche della natura sostanziale della prescrizione potrebbe voler dire “nazionalizzare” e non “europeizzare” un controlimite, e con ciò vanificare il tentativo di apertura alle tradizioni costituzionali comuni e di “slittamento” degli stessi controlimiti dall’art. 4.2 TUE all’art. 6.3 TUE.

Bisogna, però, intendersi sui termini utilizzati. “Europeizzare” i controlimiti – senza «esternalizzarli»³⁹ – significa ricercare una via compromissoria, un «dialogo cooperativo»⁴⁰, che

³⁸ V., in particolare, A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *Consulta Online*, 1/2017, spec. 85 e ss.; e R. BIN, *Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in *Forum di Quad. cost.*, 2 febbraio 2018.

³⁹ L’«esternalizzazione dei controlimiti» da parte dell’Unione non determinerebbe una loro europeizzazione, ma provocherebbe uno slittamento della competenza degli stessi dalle Corti costituzionali nazionali alla Corte di giustizia, con tutto ciò che questo comporterebbe in termini di risultato dei bilanciamenti che porrebbe in essere la Corte di Lussemburgo, rispetto a quelli delle Corti nazionali: cfr. A. MASSARO, *Taricco 2 – Il ritorno (sui propri passi?)*. *I controlimiti come questione che “spetta ai giudizi nazionali”: cambiano i protagonisti, ma la saga continua*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 12/2017, spec. 3 e ss. Per la disamina dei diversi tipi di bilanciamento, interni ed eurounitari, cfr. per tutti G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Rivista Aic*, n. 3/2017.

potrebbe comportare anche la ridefinizione della portata del diritto o principio in gioco (e del relativo *quantum* di tutela), rinunciando reciprocamente a visioni eccessivamente “fondamentalizzanti”. In ciò non aiuta né riferirsi al *minimum* né al *maximum standard of protection*, perché entrambi si rivelano poco flessibili e unidirezionali⁴¹. Diversa la visione (e il risultato), laddove ci si muova nella prospettiva di una “vera” cooperazione: in tal caso, la Corte costituzionale e i giudici di Lussemburgo dovranno ricalibrare il punto di equilibrio dei rispettivi bilanciamenti, adoperando il canone della *ragionevolezza* in modo innovativo, per superare cioè la mera coerenza sistemica interna (che per l’Unione significherebbe guardare agli *obiettivi* previsti nei Trattati attraverso la “lente” dei diritti, come da essa interpretati) e addivenire gradualmente ad una tutela sistemica “allargata”, data dall’integrazione armoniosa delle tutele interna ed eurounitaria.

Invero, sembra proprio che la vicenda *Taricco* abbia messo in crisi «the illusion of unilateral supremacy», che conferirebbe il “diritto all’ultima parola”, rispettivamente, alla Corte di giustizia, in ossequio al principio del primato, e alle Corti costituzionali nazionali, per difendere i principi supremi degli ordinamenti statuali⁴². Dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, infatti, la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, passando dal *soft* all’*hard law*, ha evidenziato i possibili conflitti che può causare la proiezione della tutela dei diritti fondamentali su livelli ordinamentali diversi⁴³.

L’affermazione del principio del primato dell’Unione ha causato una riduzione della giurisdizione delle Corti costituzionali e l’elisione della loro esclusività in materia di diritti fondamentali⁴⁴ – accrescendo, invece, il ruolo dei giudici ordinari – e il caso *Taricco* mostra come l’interferenza delle tutele implichi un crogiolo di regole, nazionali ed eurounitarie, tutte ugualmente “fondamentali”, su cui si deve trovare un accordo, ma la cui violazione genera inevitabilmente uno scontro.

La nostra Corte costituzionale, già con l’ord. n. 24/2017 ma ancor di più con la nota e commentatissima sent. n. 269/2017, ha faticosamente tentato di “riconquistare” terreno nella tutela dei diritti costituzionali, chiarendo una “regola del gioco” che sembra essere stata messa in dubbio a Lussemburgo, con effetti preoccupanti, in entrambe le sentenze *Taricco* e che riguarda il ruolo dei giudici comuni e il sistema di giustizia costituzionale, che resta essenzialmente accentrato⁴⁵.

⁴⁰ A. BERNANRDI, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, cit., 109 e ss.

⁴¹ V., per tutti, L.F.M. BESSELINK, *Entrapped by the maximum standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiary in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 35/1998, 629 e ss.

⁴² Cfr. D. SARMIENTO, *Who’s afraid of the Charter? The Court of justice, national Courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe*, in *Common Market Law Review*, 50/2013, 1267.

⁴³ V., fra i molti, almeno: P. CRUZ VILLALÓN, *Rights in Europe: the crowded house*, in *Working Papers in European Law*, 1/2012, 3, che discute di «crowded house» dei diritti in Europa; M. CARTABIA, *Diritti, giudizi e conflitti*, in *Ars Interpretandi*, 1/2015, spec. 39 e s.; S. CASSESE, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, ivi, 24 e ss.

⁴⁴ Cfr. D. PARIS, *Constitutional courts as European Union courts: The current and potential use of EU law as a yardstick for constitutional review*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 24/2017, 793 e ss.

⁴⁵ Pur con inevitabili elementi di “diffusione”, che contribuiscono a caratterizzarlo come “misto”: cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014^V, 252 e ss.

In relazione a tale questione si può forse trarre dalla sent. n. 269/2017 l'assunto per cui, quando sono in gioco i diritti fondamentali, non è possibile per i giudici comuni operare un controllo diffuso di costituzionalità, attraverso "fughe" più o meno palesi dal sindacato della Corte costituzionale, per mezzo dell'uso disinvolto dello strumento della non-applicazione della legge interna e della conseguente applicazione diretta delle norme eurounitarie.

È certamente vero, però, che l'ampio ricorso all'interpretazione conforme alla Costituzione, alla CEDU e alla CDFUE in materia di diritti fondamentali denota l'accresciuta sensibilità dei giudici comuni verso la tutela sistemica "allargata" dei dritti, in un sistema integrato europeo; ma tale tutela non va garantita *contro il* (o *fuori dal*) processo costituzionale, specie nel caso in cui una legge sia al contempo in contrasto con la Costituzione e con una fonte eurounitaria direttamente applicabile e potrebbe, pertanto, essere disapplicata dal giudice (invece che annullata dalla Corte costituzionale).

Inoltre, mettendo a confronto i rinvii pregiudiziali del Tribunale di Cuneo e della Consulta, si palesa con evidenza la diversità teleologica insita nell'interpretazione effettuata dal giudice comune e costituzionale: il primo orientato all'applicazione al caso concreto, l'altra al giudizio di costituzionalità⁴⁶, che comporta un approccio differente della stessa Corte di Lussemburgo. Ed è proprio tale diversità che potrebbe giustificare la "manovra accentratrice" effettuata dalla Corte costituzionale nella sent. n. 269/2017, che – in estrema sintesi – inverte il criterio della doppia pregiudizialità di fronte ad una contestuale violazione di un diritto fondamentale garantito al tempo stesso dalla Costituzione e dalla CDFUE, chiedendo al giudice di sollevare *prioritariamente* la questione di costituzionalità. Le conseguenze di tale pronuncia sono molto complesse e non possono essere qui adeguatamente analizzate⁴⁷. Una visione più chiara sulle implicazioni della sent. n. 269 potrà provenire dalla risposta che la stessa Corte darà alla questione di costituzionalità

⁴⁶ A. PUGIOTTO, *Dalla «porta stretta» alla «fuga» dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 153.

⁴⁷ Cfr., in particolare, i rilievi evidenziati da A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Diritti Comparati*, 3/2017; e R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *Forum di quad. cost.*, 28 dicembre 2017. V., inoltre, *ex multis*: L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum di Quad. cost.*, 18 dicembre 2017; C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il «cammino comunitario»: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, *ivi*; A. GUAZZAROTTI, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, *ivi*; L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 3/2018; F.S. MARINI, *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017*, *ivi*, 4/2018; G. PISTORIO, *Conferme e precisazioni nel «cammino comunitario» della Corte costituzionale. Commento a prima lettura della sentenza n. 269 del 2017*, in *Diritti comparati*, 11 gennaio 2017; C. SCHEPISI, *La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all'efficacia diretta?*, in *Osservatorio Europeo*, dicembre 2017, www.dirittounioneuropea.eu; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Forum di Quad. cost.*, 24 gennaio 2018; G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, *ivi*, 25 gennaio 2018; ID., *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio Aic*, 2/2018; A.-O. COZZI, *Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Forum di Quad. cost.*, 1 febbraio 2018; A. ANZON DEMMIG, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei "controlimiti"*, *ivi*, 28 febbraio 2018.

prospettata dalla Corte di cassazione, II sez. civ. (ord. n. 3831 del 16 febbraio 2018) in ordine alla precisazione, contenuta nella pronuncia, circa la possibilità del giudice di disapplicare (soltanto?) «per altri profili» la legge che sia uscita indenne dal giudizio di costituzionalità, qualora ne ravvisi il contrasto con norme dell'Unione⁴⁸.

Tale “mossa accentratrice”, entro certi limiti, potrebbe, però, essere giustificata proprio dalla constatazione – emersa nel caso *Taricco* – che si sta progredendo verso la costruzione di un sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali, in cui tuttavia i giudici comuni restano l'ago della bilancia, avendo il potere di “estromettere” la Corte costituzionale dal circuito delle garanzie, come mostra la sentenza *Taricco I*: forse è proprio tale esito che la Corte costituzionale ha inteso scongiurare, nella sent. n. 269/2017. Cosa sarebbe accaduto se nessun giudice avesse sollevato la questione di costituzionalità, accontentandosi della risposta della Corte di giustizia? Probabilmente, l'applicazione della “regola *Taricco*” avrebbe portato ad un'erosione del principio costituzionale di legalità penale e alla conseguente rinuncia delle maggiori garanzie offerte a livello interno (ma gli interessi finanziari dell'Unione sarebbero stati assicurati). Di converso, l'applicazione sistematica della “deroga” consentita dal par. 53 della sent. *Taricco I*, avrebbe comportato di fatto l'applicazione del diritto nazionale contrastante con quello eurounitario, perché esorbitante dai casi derogatori ammessi dalla Corte di giustizia (con una tacita applicazione dei controlimiti, al di fuori del giudizio di costituzionalità). In entrambi i casi, la Corte costituzionale sarebbe stata estromessa dal “dialogo” con Lussemburgo, anche se c'erano in gioco principi e diritti fondamentali costituzionali (oltre che eurounitari).

Inoltre, non bisogna trascurare il disorientamento causato dall'applicazione della “regola *Taricco*” nella giurisprudenza interna. Il riferimento è alla pronuncia n. 2210 del 2016 della Terza Sezione della Cassazione, nella quale si argomentava la natura processuale della prescrizione, sottratta alle garanzie del principio di legalità. In tal modo, si mettevano a tacere i dubbi di costituzionalità poi evidenziati nell'ordinanza di rimessione e si ritenevano integrati i requisiti individuati a Lussemburgo ai fini della disapplicazione (gravità delle frodi e numero rilevante di casi), considerandola praticabile anche con riguardo a fatti commessi prima della data dell'8 settembre 2015.

Dopo la sent. *Taricco II*, la Cassazione, sez. IV, si è nuovamente pronunciata con la sent. del 20 marzo 2018, n. 17401, con cui ha chiarito che la “regola *Taricco*” non si applica a tutti i reati commessi entro l'8 settembre 2015 (§ 6): dunque, non possono essere condannati gli imputati per i quali il termine di prescrizione era già scaduto prima dell'8 settembre 2015, ma anche coloro che

⁴⁸ Sul punto, v.: A. RUGGERI, *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/2017 (a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob)*, in *Consulta Online*, fasc. 1/2018, 82 e ss.; D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *Quest. giust.*, 12 marzo 2018; G.L. GATTA, *"Nemo tenetur se detegere" e procedimento amministrativo davanti alla CONSOB per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 quinquiesdecies T.U.F.*, in *Dir. pen. contemp.*, 27 aprile 2018.

abbiano *commesso il fatto prima di quella data*, e per i quali il termine di prescrizione sia maturato successivamente a quel periodo⁴⁹.

Infine, l'*affaire Taricco* ha palesato un ulteriore elemento critico: a ben vedere, il rinvio pregiudiziale conferisce alla Corte di giustizia la possibilità di esercitare una sorta di *judicial review* sul diritto nazionale e, quando sono in gioco diritti fondamentali, sul diritto costituzionale e finanche sul *nucleo duro* delle Costituzioni nazionali⁵⁰.

Per questo – è interessante notarlo – la Corte costituzionale, fino all'ord. n. 24/2017, non decide di entrare in questo “dialogo a tre” utilizzando l'art. 4.2 TUE, e facendo dunque leva sul rispetto dell'*identità costituzionale nazionale*. La scelta ricade, invece, come si è detto, sull'art. 6.3 TUE (e 52, IV co., CDFUE), ossia sulle *tradizioni costituzionali comuni*. Infatti, non si tratta più (solo) di *difendere* i principi supremi dell'ordinamento nazionale, ma di contribuire a costruire un sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali.

Il ricorso all'art. 4.2 alimenta l'“eccezionalismo” e la frammentazione all'interno dell'ordinamento eurounitario, poiché esso presuppone che la CGUE consenta una deroga al diritto UE valevole solo per lo Stato membro che ha apposto i controllimiti (intesi come rispetto dell'identità costituzionale)⁵¹. Invece, l'evocazione delle tradizioni costituzionali comuni lascia trasparire la suggestione di un'evoluzione nel processo di integrazione giurisprudenziale che coinvolge tutti gli Stati membri e consente di procedere ad un'unica velocità.

In realtà, a sommosso avviso di chi scrive, non si può scegliere nettamente di percorrere l'una o l'altra strada, perché, come mostra sempre il caso *Taricco*, a volte l'integrazione attraverso le tradizioni costituzionali comuni non salvaguarda (ricomprendendola in sé), ma cancella (escludendola) una peculiarità fondamentale di uno Stato membro, che (dovrebbe e) potrebbe essere, invece, tutelata solo attraverso il ricorso all'art. 4.2 TUE. Allo stesso tempo, sembra apprezzabile, nei limiti su visti, il ricorso alle tradizioni costituzionali – nettamente preferito dalla Corte costituzionale anche nella sent. n. 269/2017 – che consente di utilizzare un approccio cooperativo, anche se complesso: esso, infatti, appare inevitabilmente “corale”, coinvolgendo (potenzialmente) tutti gli Stati membri, oltre che la stessa Corte di giustizia. Infatti, se quest'ultima è l'interprete esclusiva dei Trattati e della Carta di Nizza (ad essi equiparata), la CDFUE contiene il “vincolo ermeneutico” dell'*armonia* con le tradizioni costituzionali comuni. Tuttavia, in assenza di un organo *ad hoc* a ciò preposto, chi dovrebbe sindacare il mancato rispetto di tale vincolo da parte della Corte di giustizia? La Consulta ha dato una chiara risposta nel caso *Taricco*, “reinterpretando” essa stessa l'art. 49 della CDFUE in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, “ricostruendo” il principio di legalità e “proponendo” tale lettura ai giudici di Lussemburgo, che l'hanno sostanzialmente accettata nella sentenza *Taricco II*. Insomma, attraverso

⁴⁹ Cfr. C. CUPELLI, *Aspettando (di nuovo) la Corte costituzionale... Sul caso Taricco ritorna la Cassazione*, in *Dir. pen. contemp.*, 27 aprile 2018, spec. 2 e s.

⁵⁰ Cfr. J.H.H. WEILER, *Editorial. Judicial Ego*, in *International Journal of Constitutional Law*, 9/2011, 1 e s.; e D. PARIS, *Constitutional courts as European Union courts*, cit., 798 e ss.

⁵¹ Cfr. G. ZACCARONI, F. ROSSI, *Settling the dust? An analysis of Taricco II from an EU constitutional and criminal law perspective*, in *Europea Law Blog*, 12 aprile 2018, 2.

il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni, le Corti nazionali potrebbero trovare un canale privilegiato per ergersi a *co-interpreti* della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e "controllarne" così l'applicazione da parte della Corte di giustizia.

Da qui un'ultima considerazione.

Utilizzando in modo "condiviso" il richiamo alle tradizioni costituzionali comuni, si potrebbe gradualmente passare da una visione "gerarchica" del rapporto tra Corti, in cui ognuna vanta il diritto all'ultima parola nel proprio ordinamento, ad una *relazionale*, in cui ciascuna Corte esca dall'isolamento del proprio ordinamento e sia disposta a considerare le ragioni dell'altra, fino ad integrarle nel proprio ragionamento giuridico e al contempo si rafforzerebbe la tutela dei diritti, che acquisterebbero protezione (nella medesima portata) a livello eurounitario e nazionale.

Non è questa la sede per indugiare su considerazioni in merito al significato della formula *identità nazionale* contenuta nell'art. 4.2 TUE⁵², tuttavia sembra utile provare a riflettere sulle ragioni che potrebbero indurre la Corte costituzionale a preferire il richiamo a tale disposizione oppure alle tradizioni costituzionali, nella difesa dei principi supremi dell'ordinamento.

Più in generale, ad avviso di chi scrive, lo "slittamento" dell'applicazione del concetto di controlimite dall'identità costituzionale alle tradizioni costituzionali comuni sarebbe possibile solo se la peculiarità della portata del diritto inviolabile o del principio fondamentale non osti ad una sua *armonizzazione* a livello eurounitario, permessa anche se non coincidente con l'*assimilazione tout court* del suo contenuto costituzionale, per non ostacolare il processo di integrazione e, a tal fine, nulla esclude che si debba rinunciare ad una peculiare declinazione del diritto costituzionale in questione. Ciò significa che il processo di armonizzazione e integrazione potrebbe finanche *defondamentalizzare* un aspetto di un principio supremo (che può essere variamente declinato e finanche "frazionato" in componenti non tutte "fondamentali", come mostra il caso *Taricco* per quanto riguarda il principio di legalità penale), attraverso la valorizzazione della componente *dinamica* e non statica della *tradizione* costituzionale comune agli Stati membri⁵³. Di converso, si

⁵² Cfr., *ex multis*: A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni. Atti del Convegno annuale del "Gruppo di Pisa"*, Torino, 2006, 836 e ss.; C. MAGNANI, *Il principio dell'identità nazionale nell'ordinamento europeo*, in S. MANGIAMELI (cura di), *L'ordinamento europeo*, cit., 481 e ss.; R. ARNOLD, *L'identità costituzionale: un concetto conflittuale*, in A. DI BLASE (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, Roma, 2014, 149 e ss.; B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionale nel Trattato di Lisbona: tra riserva di competenze statali e «controlimiti europeizzati»*, in *Quad. cost.*, 3/2011, 152 e ss.; ID., *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013; E. DI SALVATORE, *L'identità costituzionale dell'Unione europea e degli Stati membri. Il decentramento politico-istituzionale nel processo di integrazione*, Torino, 2008, 36 e ss.; M. STARITA, *L'identità costituzionale degli Stati membri dell'Unione europea nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto e Quest. Pubbl.*, n. 15/2015, spec. 253; P. FARAGUNA, *Alla ricerca dell'identità costituzionale tra conflitti giurisdizionali e negoziazione politica*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2016, 197 e ss.; ID., *Constitutional Identity in the EU. A Shield or a Sword?*, in *German Law Journal*, 7/2017, 1617 e ss.; L.S. ROSSI, *Come risolvere la "questione Taricco" ... senza far leva sull'art. 4, par. 2, TUE*, in *SIDIBlog*, 17 maggio 2017, spec. 2.

⁵³ Mettono in risalto l'aspetto dinamico delle tradizioni costituzionali comuni, in particolare: O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovvero la incidenza delle "tradizioni costituzionali*

potrebbe anche ottenere il riconoscimento di una tutela maggiore a livello eurounitario (e non più solo nazionale) di un diritto o di un principio costituzionale, rientrato nell'alveo delle tradizioni comuni proprio grazie all'apporto interpretativo di una Corte costituzionale, in "dialogo" con la Corte di Lussemburgo.

Ad avviso di chi scrive, sembra che il punto di equilibrio nell'interpretare le tradizioni costituzionali comuni si debba ricercare nel principio *passee-partout* di *leale cooperazione* fra Corte di giustizia e Corti costituzionali, al fine di progredire realmente – e in modo non conflittuale – al processo di integrazione europeo, sapendo che questo comporterà sacrifici da entrambe le parti, senza tuttavia rinunciare all'obiettivo principale, che dovrebbe essere quello di accrescere complessivamente la tutela "sistemica e integrata" dei diritti fondamentali.

Per tali motivi, desta non poche perplessità il (parziale) *revirement* della Corte costituzionale, nella sent. n. 115/2018.

5. L'“arrocco” e la sent. cost. n. 115/2018: l'identità costituzionale come una “torre” dentro cui trincerarsi o come uno strumento di dialogo interordinamentale?

La vicenda *Taricco* sembra essere giunta a conclusione con la sent. n. 115/2018, con cui la Corte costituzionale non ha perso l'occasione per ribadire e precisare alcuni aspetti caratteristici dei rapporti con l'ordinamento eurounitario e con i giudici nazionali.

Dopo la su menzionata “apertura” alle tradizioni costituzionali comuni come strumento di integrazione europea, avvenuta in parte già con l'ord. n. 24/2017 e più spiccatamente con la successiva sent. n. 269/2017, sembra che con la decisione in esame la Corte costituzionale abbia spostato nuovamente l'attenzione sull'identità costituzionale. Infatti, non vi è menzione delle tradizioni costituzionali, presenti, invece, come si è detto, nell'ord. n. 24/2017 e nella stessa sentenza *Taricco II* della Corte di giustizia (non anche nella prima decisione *Taricco*).

Nell'affermare l'inapplicabilità della “regola *Taricco*” nell'ordinamento nazionale, per violazione degli artt. 25 e 101 Cost., la Corte costituzionale ribadisce con forza il proprio ruolo di “giudice dei controlimiti”, inviando un messaggio forte alla Corte di Lussemburgo, circa l'impossibilità di rimettere ai giudici comuni valutazioni in merito al contrasto del diritto eurounitario (così come interpretato dalla Corte di giustizia) con i principi fondamentali e i diritti inviolabili sanciti nella Costituzione nazionale.

Pertanto, se con l'ord. n. 24/2017 si era ricercata un'apertura che lasciasse spazio al “dialogo” tra le Corti, in parte agevolata dalla risposta abbastanza conciliativa della Corte di giustizia nella

comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Carta dell'Unione, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali, Giappichelli, Torino, 2015; M. CARTABIA, Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in Rivista Aic, 3/2017, spec. 16 e s. Cfr., inoltre, S. CASSESE, The «constitutional traditions common to the member States» of the European Union, in Riv. trim. dir. pubbl., 4/2017, 939 e ss.

sent. *Taricco II*, l'impressione di chi scrive è che, nella citata sent. n. 115/2018, la Corte costituzionale si sia trincerata nuovamente dietro il baluardo dell'identità nazionale, trascurando sostanzialmente le ragioni espresse a Lussemburgo e utilizzando di fatto i controlimiti, sebbene non in modo espresso.

Infatti, se – come si è visto *supra* – la sent. *Taricco II* non può essere considerata alla stregua di una “resa” della Corte di giustizia alle esigenze di tutela dei diritti costituzionali nazionali avanzate dalla Consulta, tuttavia, attraverso l’“europeizzazione” del principio di legalità penale (nei limiti su mostrati), ha senz'altro fatto un passo verso le istanze costituzionali nazionali.

Ebbene, a sommosso avviso di chi scrive, non si può dire altrettanto della sent. n. 115/2018, che, nelle intenzioni della Corte costituzionale, vorrebbe “chiudere” il caso. Infatti, qui la Consulta ha rigettato *integralmente* la “regola *Taricco*”, la cui inapplicabilità era stata circoscritta dalla Corte di Lussemburgo ai soli casi anteriori all'8 settembre 2015 e, per quelli successivi, rimessa alla valutazione discrezionale del giudice nazionale, nei casi in cui tale applicazione avrebbe comportato la lesione dei diritti fondamentali degli imputati, dovendosene verificare la compatibilità con il principio di determinatezza (cfr. par. 59 sent. *Taricco II*, cit.).

La Corte costituzionale interpreta il principio di determinatezza (*ex art. 25 Cost.*) in combinato disposto con l'art. 101 Cost. e da tale intreccio ermeneutico sembra trarre un tratto peculiare degli ordinamenti di *civil law*, che non esita ad ascrivere all'identità costituzionale nazionale, che l'ordinamento eurounitario “deve” rispettare (*ex art. 4.2 TUE*).

Il *controlimite* utilizzato qui dalla Consulta, che porta a rigettare *in toto* la “regola *Taricco*”, sembra essere rinvenibile non tanto nel principio di legalità – che è stato, come detto, “eurounitarizzato” dalla sentenza *Taricco II* – quanto piuttosto dai limiti del giudice comune, che non può applicare discrezionalmente la regola data da Lussemburgo, senza che ciò determini una distorsione della propria funzione.

Pertanto, il riferimento all'art. 101, II co., Cost., nel caso di specie, non sembra essere circoscritto al solo principio di legalità penale⁵⁴ e alla necessaria soggezione del giudice alla legge (che, pertanto, deve essere sufficientemente determinata), ma piuttosto al *ruolo* del giudice comune nel sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali⁵⁵.

Infatti, si sarebbe potuto procedere con una equiparazione della disciplina eurounitaria a quella nazionale, in materia di frode fiscale, per evitare che i reati a danno degli interessi finanziari dell'Unione siano assoggettati ad un trattamento sanzionatorio meno severo in termini di

⁵⁴ ...sebbene, come è stato notato da un'attenta dottrina, «il ripetuto (quasi ridondante) richiamo da parte della Consulta ad un testo scritto legislativo come unica base possibile per la definizione del precetto penale evoc[hi] (seppur solo implicitamente) il principio di legalità sotto il coté della riserva di legge (nazionale), che pure [...] non era stato espressamente impiegato nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale a sostegno dell'illegittimità costituzionale della regola *Taricco*»: cfr. C. AMALFITANO, O. POLLICINO, *Jusqu'ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco*, in *Diritti Comparati*, 5 giugno 2018, 4 e s.

⁵⁵ Argomento ormai caro alla Corte costituzionale (cfr. sent. 269/2017 cit.) e ai suoi giudici, anche in “veste” dottrinale: v. A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista Aic*, 4/2017.

prescrizione, ma la Corte costituzionale lo esclude espressamente, facendo leva, questa volta, non solo sul carattere della indeterminatezza dell'art. 325, par. 2, TFUE, ma anche sulla mancanza di prevedibilità di una simile equiparazione, che si risolverebbe in una lesione dei diritti fondamentali degli imputati e del principio costituzionale di legalità penale⁵⁶.

Insomma, sembra che la Consulta abbia formalmente rispettato, ma sostanzialmente disatteso la decisione *Taricco II* della Corte di giustizia, *disallineandosi* rispetto a quanto richiesto dai giudici di Lussemburgo. Questi ultimi, infatti, dopo aver ricondotto il principio di legalità penale nell'alveo dell'art. 49 CDFUE e delle tradizioni costituzionali comuni, avevano dichiarato inapplicabile la "regola *Taricco*" nei soli casi precedenti all'8 settembre 2015, come si è visto. Per quelli successivi, invece, la regola avrebbe potuto subire delle deroghe ad opera dei giudici comuni, nella loro valutazione discrezionale della sussistenza o meno dei presupposti chiariti dalla stessa Corte di giustizia (sebbene ancora alquanto vaghi) e qualora non fossero per tale via violati i diritti fondamentali degli imputati.

Il rigetto *tout court* della "regola *Taricco*" da parte della Consulta, invece, richiama – con i dovuti distinguo – il noto caso "pensioni svizzere", in cui la Corte costituzionale, con la sent. 264/2012, si è sostanzialmente disallineata rispetto alla sentenza *Maggio et al.* della Corte Edu, senza esporre i "controlimiti"⁵⁷, ma applicandoli di fatto, poiché il risultato è stato pur sempre la "disapplicazione" della sentenza di Strasburgo⁵⁸, esattamente lo stesso effetto prodotto nella decisione in esame con una declaratoria di non fondatezza, invece che di inammissibilità, da cui deriva la disapplicazione della "regola *Taricco*".

Pur senza arrivare (formalmente) allo scontro con la Corte di Lussemburgo, la Corte costituzionale ha rigettato integralmente la sentenza *Taricco II* e lo ha fatto con un'argomentazione che lascia perplessi in punto di estrema semplificazione della questione, fino a poter ravvisare un'interpretazione volutamente parziale della decisione dei giudici di Lussemburgo (proprio come era avvenuto nella sent. n. 264/2012, rispetto alla decisione della Corte Edu), tale da ledere, forse, il principio di leale cooperazione. Afferma, infatti, la Consulta (punto 14 *Cons. in dir.*): «L'inapplicabilità della "regola *Taricco*", secondo quanto riconosciuto dalla sentenza M.A.S., ha la propria fonte non solo nella Costituzione repubblicana, ma nello stesso diritto dell'Unione, sicché ha trovato conferma l'ipotesi tracciata da questa Corte con l'ordinanza n. 24 del 2017, ovvero che non vi sia alcuna ragione di contrasto. Ciò comporta la non fondatezza di tutte le questioni sollevate, perché, a prescindere dagli ulteriori profili di illegittimità costituzionale dedotti, la violazione del principio di determinatezza in materia penale sbarra la strada *senza eccezioni* all'ingresso della "regola *Taricco*" nel nostro ordinamento» (c.vo aggiunto).

⁵⁶ Cfr. sent. cost. n. 115/2018, punto 13 *Cons. in dir.*

⁵⁷ Sebbene non sia pacifico l'utilizzo di tale termine in riferimento all'ordinamento convenzionale, lo si usa qui per indicare genericamente la contrapposizione tra la ponderazione fondamentale posta in essere dalla Corte costituzionale e quella esterna della Corte Edu.

⁵⁸ Per un inquadramento della questione sulle "pensioni svizzere" in questa prospettiva, sia consentito rinviare nuovamente a S. POLIMENI, *Controlimiti e identità nazionale*, cit., spec. cap. III.

Invero, una parte fondamentale della “regola *Taricco*” consisteva nella valutazione discrezionale della sua applicazione, ad opera del giudice nazionale. L’indeterminatezza della valutazione richiesta – indubbiamente sussistente – avrebbe potuto (e forse dovuto) indurre la Corte costituzionale a rivolgere un forte monito al legislatore (non ritenendo, come visto, di poter equiparare *sic et simpliciter* la disciplina europea a quella interna). Tuttavia, il monito presente nell’ord. n. 24/2017 e finanche nella sent. *Taricco II*, scompare adesso dalla sent. n. 115/2018⁵⁹.

Di fatto, la Corte costituzionale, per evitare giudizi contrastanti e discriminazioni tra imputati, possibili nel caso in cui l’applicazione della “regola *Taricco*” fosse stata lasciata alla discrezionalità dei giudici comuni, ha preferito avocare a sé la competenza di valutare una volta per tutte la compatibilità di tale regola con l’art. 25 Cost., con efficacia «sostanzialmente *erga omnes*»⁶⁰. Infatti, la Corte – in linea con la sent. n. 269/2017, che pure non viene richiamata⁶¹ – ribadisce che ad essa sola spetta, «in via esclusiva», il compito di controllare la compatibilità del diritto eurounitario con i principi supremi dell’ordinamento (di cui l’art. 25 Cost. è senz’altro espressione)⁶².

Tuttavia, affermare che la *disapplicazione* della “regola *Taricco*” non ammetta eccezioni vuol dire, in breve, *disattendere* la decisione della Corte di giustizia e il principio del primato, proprio in virtù dell’applicazione dei controlimiti. La sentenza è di rigetto, ma produce *de facto* gli stessi effetti di un accoglimento: l’espunzione della “regola *Taricco*” dall’ordinamento, attraverso una disapplicazione che non ammette eccezioni (*come se* fosse stata dichiarata l’incostituzionalità parziale della legge n. 130/2008, che contiene l’ordine di esecuzione del TFUE).

Tale operazione posta in essere dalla Consulta, che mira a sanzionare l’indeterminatezza (e, dunque, l’*inapplicabilità*) della “regola *Taricco*”, potrebbe apparire, *prima facie*, lesiva delle competenze proprie della Corte di giustizia, specie se provenienti da una decisione resa a seguito di un rinvio pregiudiziale di interpretazione, proposto proprio della Corte costituzionale.

In realtà – pur immaginando di proseguire all’interno del “dialogo” intrapreso con la Corte di Lussemburgo – la Corte costituzionale *ha applicato i controlimiti* (in versione “dialogica”, se si vuole), reinterprestando in chiave squisitamente nazional-costituzionale il principio di legalità penale e richiamando fermamente i giudici a non discostarsi dal proprio ruolo, in un ordinamento di *civil law*.

Pur non avendolo fatto espressamente, la Consulta sembra aver preso atto del fallimento del ricorso alla “strategia” delle tradizioni costituzionali comuni e, pertanto, si è nuovamente trincerata dietro la difesa dell’identità nazionale, pur utilizzando toni moderati, ma che non impediranno un futuro scontro tra Corti, soprattutto in merito alla natura della prescrizione, dopo il recepimento della direttiva PIF, su cui la Consulta tace.

⁵⁹ V., sul punto, le riflessioni, che si condividono, di P. FARAGUNA, *Roma locuta, Taricco finita*, in *Diritti Comparati*, 5 giugno 2018, 6 e s.

⁶⁰ C. AMALFITANO, O. POLLICINO, *Jusqu’ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia*, cit., 6.

⁶¹ Come notano ancora C. AMALFITANO, O. POLLICINO, *Jusqu’ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia*, cit., 3.

⁶² Cfr. sent. n. 115/2018, punto 8 *Cons. in dir.*

Infatti, mentre nell'ord. n. 24/2017 la Corte costituzionale aveva affermato che il regime legale della prescrizione, come peculiare declinazione del più generale principio di legalità penale, non rientrasse nelle competenze dell'Unione o, comunque, avrebbe potuto essere declinato come peculiare espressione delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri⁶³, nella sentenza in commento lo racchiude nell'alveo dell'identità costituzionale (appena "allargata" mediante il riferimento agli altri Paesi di *civil law*), considerandolo strettamente connesso ai principi di determinatezza e prevedibilità della norma penale⁶⁴.

La Consulta *tenta* di mostrare come non vi sia alcun contrasto con il diritto europeo – infatti non pronuncia, a rigore, una sentenza di accoglimento – ma l'*iter argomentativo* utilizzato non sembra così cristallino. Infatti, la Corte costituzionale afferma: «Secondo questa Corte l'eventuale applicazione della "regola Taricco" nel nostro ordinamento violerebbe gli artt. 25, secondo comma, e 101, secondo comma, Cost., e non potrebbe perciò essere consentita neppure alla luce del primato del diritto dell'Unione. Tuttavia è sembrato a questa Corte che la stessa sentenza Taricco (paragrafi 53 e 55) tenda ad escludere tale applicazione ogni qual volta essa venga a trovarsi in conflitto con l'*identità costituzionale* dello Stato membro e in particolare implichi una violazione del principio di legalità penale, secondo l'apprezzamento delle competenti autorità di tale Stato. Di ciò è stata chiesta *conferma* alla Corte di giustizia» (punto 5 *Cons. in dir.*, sent. cit., c.vi aggiunti).

È interessante notare come la Consulta cerchi una *conferma* della propria ricostruzione (sempre considerando che l'art. 4.2 TUE non figura – in maniera espressa – tra i quesiti pregiudiziali sottoposti alla Corte di giustizia), piuttosto che una *smenita*, volta ad attestare l'insussistenza di un contrasto con il principio di legalità penale, volendo così rimarcare che tale controllo spetta soltanto ad essa e che lo aveva già esercitato (nell'ord. n. 24/2017), appurando l'avvenuto contrasto. Come si è visto *supra*, la Corte di giustizia ammette tale deroga, sebbene *a determinate condizioni*. Innanzitutto, reinterpreta essa stessa il principio di legalità penale, ai sensi dell'art. 49 CDFUE (e delle tradizioni costituzionali comuni) e consente non genericamente all'autorità nazionale competente, ma specificamente ai giudici comuni, di evitare la disapplicazione solo se il principio così declinato dovesse risultare violato, generando una lesione dei diritti fondamentali degli imputati. In altri termini, i giudici di Lussemburgo non avevano previsto la possibilità di un rigetto *tout court* della "regola Taricco", ma una sua applicazione "differenziata", caso per caso, rimettendo questa delicata valutazione al giudice interno.

⁶³ Cfr. ord. n. 24/2017, punto 5: «Sulla base della giusta premessa che il principio di legalità penale riguarda anche il regime legale della prescrizione, questa Corte è chiamata dai giudici rimettenti a valutare, tra l'altro, se la regola tratta dalla sentenza resa in causa Taricco soddisfi il requisito della determinatezza, che per la Costituzione deve caratterizzare le norme di diritto penale sostanziale. Queste ultime devono quindi essere formulate in termini chiari, precisi e stringenti, sia allo scopo di consentire alle persone di comprendere quali possono essere le conseguenze della propria condotta sul piano penale, sia allo scopo di impedire l'arbitrio applicativo del giudice. Si tratta di un principio che, come è stato riconosciuto dalla stessa Corte di giustizia, appartiene alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri quale corollario del principio di certezza del diritto [...]».

⁶⁴ Cfr. sent. cost. n. 115/2018, punto 11 *Cons. in dir.*

L'affermazione della Corte costituzionale, secondo cui «è persino intuitivo»⁶⁵ che dall'art. 325 TFUE non si potesse estrapolare la “regola *Taricco*” (perché priva dei requisiti di determinatezza e prevedibilità), rischia di sovrapporsi all'interpretazione contraria della Corte di giustizia, che ha tratto dalla disposizione in esame effetti diretti⁶⁶; ma il giudice europeo resta comunque l'unico interprete dei Trattati, per cui non spetterebbe alla Consulta stabilire se una disposizione eurounitaria sia suscettiva di produrre effetti diretti o se dalla stessa si possa estrapolare una regola direttamente applicabile.

La sentenza della Corte costituzionale ha l'indubbio pregio di aver agito nella prospettiva di un «diritto penale europeo “certo”»⁶⁷, ma lo ha fatto – a sommo parere di chi scrive – mediante una mossa “difensiva” (sebbene non di netta chiusura) nei confronti dell'ordinamento eurounitario. Infatti, pur consapevole della diversità di portata esistente tra il principio di legalità come interpretato dalla Corte di Lussemburgo, ex art. 49 CDFUE, e quello costituzionale, ex art. 25 Cost., sembra farli coincidere, in modo da non disattendere *formalmente* la sentenza *Taricco II*, salvo poi disapplicare *sostanzialmente* la “regola *Taricco*”, perché non rispettosa dell'identità costituzionale italiana. Il riferimento all'identità costituzionale, tuttavia, non compare – come visto – né espressamente tra i quesiti pregiudiziali contenuti nell'ord. n. 24/2017, né tanto meno nella sentenza *Taricco II*. È chiaro, a questo punto, che le due Corti stanno ancora parlando “linguaggi diversi” e che l'equilibrio della relazione fra di esse non sia stabilizzato, ma instabile.

Tutto ciò si è realizzato attraverso un'evidente forzatura del requisito della *rilevanza* della q.l.c.⁶⁸. Infatti, dato che tutti i casi da cui scaturivano le questioni di legittimità costituzionale erano anteriori all'8 settembre 2015, ad essi di certo non si sarebbe potuta applicare la “regola *Taricco*”, a detta della stessa Corte di Lussemburgo (esplicitamente, nella sent. *Taricco II*), pertanto la Consulta avrebbe potuto semplicemente dichiarare la questione inammissibile per difetto di rilevanza e restituire gli atti ai giudici *a quibus*.

La diversa scelta della Corte costituzionale, rivela, probabilmente, un duplice intento: 1) dichiarare l'inapplicabilità della “regola *Taricco*” *tout court*, pur senza inasprire i rapporti con Lussemburgo (attraverso una sentenza di accoglimento); 2) sottrarre ai giudici ordinari il potere discrezionale di disapplicare una disposizione interna per applicare la “regola *Taricco*”, lesiva al contempo dell'art. 25, II co., Cost. e dell'art. 49 CDFUE.

L'efficacia *sostanzialmente erga omnes* (ma formalmente *inter partes*) della sentenza di rigetto in esame, implicherebbe una più ampia riflessione sulla possibilità dei giudici comuni di rivolgersi

⁶⁵ Sent. cost. n. 115/2018, punto 12 *Cons. in dir.*

⁶⁶ Al riguardo, parla di «peccato originale» della Corte di Lussemburgo, G. DI FEDERICO, *La “saga Taricco”*: il funzionalismo alla prova dei controllimiti (e viceversa), cit., 3 e ss.

⁶⁷ Così, C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Dir. pen. contemp.*, 4 giugno 2018, il quale apprezza, invece, la scelta della Consulta, che avrebbe messo da parte «il profilo più ‘divisivo’ nella dimensione della legalità sovranazionale – quello della riserva di legge – privilegiando quello della determinatezza, declinato in termini di certezza del diritto e soprattutto di prevedibilità, più vicino alla concezione sovranazionale e convenzionale di legalità penale», ivi, 5.

⁶⁸ P. FARAGUNA, *Roma locuta, Taricco finita*, cit., 4, parla al riguardo di «un'elegante forzatura del requisito della rilevanza».

in futuro nuovamente alla Corte di giustizia, sulla medesima questione, per gli stessi profili esaminati dalla Consulta. Si tratta, invero, di un'ipotesi remota nel caso *Taricco* (in cui la Corte ha seguito le linee direttrici della Cassazione e, in parte, della Corte d'Appello di Milano, quali giudici *a quibus*), ma foriera di nuovi sviluppi alla luce della sent. n. 269/2017 e su cui, come si è detto *supra* (§ 4), la Consulta è stata chiamata dalla stessa Corte di cassazione (con l'ordinanza di rimessione n. 3831 del 16 febbraio 2018) a fornire "chiarimenti".

Sembrirebbe, insomma, che il controllo accentrato da parte della Corte costituzionale nei casi di doppia violazione (della Costituzione e della Carta di Nizza) comporti un'esclusione *di fatto* dei giudici comuni dal dialogo interordinamentale e, sempre entro certi limiti, l'attribuzione della qualità di giudice di ultima istanza alla Corte costituzionale, sulla quale graverebbe a tali condizioni l'*obbligo* di proporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia⁶⁹, oltre che, come nel caso qui in esame, l'applicazione (implicita o, se si preferisce, *dialogica*) dei controlimiti.

Non stupisce il parziale fallimento del ricorso alle *tradizioni costituzionali comuni*, posto che l'integrazione delle tutele per questa via si presenta molto delicata e necessita, innanzitutto, di un chiarimento da parte di entrambe le Corti (di giustizia e costituzionale) sulla portata di tali tradizioni e sul livello di tutela che garantiscono; inoltre, il principio di leale cooperazione dovrebbe consistere non solo, come si diceva *supra*, nella possibilità di assicurare un "controllo" da parte delle Corti costituzionali nazionali dell'"interpretazione" della CDFUE scelta dalla Corte di giustizia, ma anche nella comune volontà di abbandonare riferimenti *quantitativi* alle suddette tradizioni, per preferire un approccio *qualitativo* (in termini di effettività della tutela consentita nel singolo caso concreto, esaminato dalle diverse Corti).

Di converso, si apprezza il ritorno in auge dell'*identità costituzionale*, che non poteva scomparire, se non al prezzo di rinunciare ad un aspetto essenziale dell'ordinamento nazionale, che consiste nel corretto esercizio della funzione giudiziaria. Tuttavia, non è apprezzabile astrattamente *qualunque* utilizzo dell'identità costituzionale. Infatti, se si predilige un'azione finalizzata ad un'integrazione sempre più stretta tra ordinamento nazionale e ordinamento eurounitario, allora la si deve adoperare non in forma meramente difensiva, bensì prettamente *dialogica*. Sia chiaro: nel caso

⁶⁹ Cfr., in questi termini (qui condivisi), G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, cit., 7 e s.: «La Corte rivendica il controllo accentrato di costituzionalità e quindi chiama a sé questioni che "incorporano" ipotesi di incompatibilità con previsioni della CDFUE. Se invece la detta incompatibilità viene in rilievo nel giudizio costituzionale per il solo tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, senza dare corpo alla violazione di altra norma costituzionale di contenuto analogo alla corrispondente disposizione della CDFUE, l'obbligo di rinvio pregiudiziale si impone alla stessa Consulta che — salva l'ipotesi di consolidata tradizione interpretativa della pertinente norma della Carta — non potrebbe decidere in via definitiva ed annullare una legge nazionale senza il necessario *preliminary ruling* della Corte di Lussemburgo. Occorrerà pertanto distinguere il rapporto in cui si collocano le due pregiudiziali, costituzionale ed europea. Se sono indipendenti, cioè danno vita a due autonome questioni, non sovrapposte né intersecantisi, vi è un obbligo per la stessa Corte costituzionale, quale giudice di ultima istanza, di ricorrere al rinvio pregiudiziale sulla norma europea pertinente; se invece le questioni sono parzialmente indipendenti, nel senso che la questione di costituzionalità, senza assorbire quella comunitaria, ne mutua però i contenuti e ne copre un'area, allora la soluzione interpretativa della *quaestio* potrà risultare rilevante anche ai fini dell'eventuale, futuro rinvio pregiudiziale ad opera del giudice comune. La sentenza annotata sembra quindi riconoscere incondizionata priorità alla q.l.c. solo nell'ipotesi di parametri costituzionale ed europeo con contenuti almeno parzialmente sovrapponibili» (c.vi dell'Autore).

Taricco, l'uso dei controlimiti sembra essere “dialogico”, nella misura in cui non viene accolta la questione, ma in realtà la Corte costituzionale semplicemente si “sostituisce” al giudice comune, individuato dalla Corte di giustizia come competente a porre in essere la valutazione discrezionale circa l'applicabilità o meno, caso del caso, della “regola *Taricco*”. In breve, il *sostanziale disallineamento* dovuto alla declaratoria di inapplicabilità *senza eccezione* della suddetta regola, ha determinato un uso “dialogico” dei controlimiti, ottenuto mediante una declinazione “difensiva” dell'identità costituzionale.

Infatti, volendo ricorrere – come sarebbe stato opportuno – all'identità costituzionale in senso *dialogico*, senza rinunciare alla tutela del nucleo duro costituzionale, la Corte avrebbe potuto probabilmente optare per una declaratoria di inammissibilità (per carenza del requisito della rilevanza), “salvando” così la “regola *Taricco*”, ma rivolgendo al contempo un forte monito al legislatore circa la necessità di provvedere una base legale che fornisca determinatezza alla suddetta regola, *secondo i criteri dettati dalla Corte di giustizia*. Ciò avrebbe forse esposto al rischio di una disapplicazione della normativa interna (artt. 160 e s. c.p.) da parte di qualche giudice comune, ma l'efficacia di una sentenza di rigetto non elimina qualsiasi timore al riguardo. Altrimenti, sarebbe forse stata più apprezzabile e onesta una sentenza di accoglimento, funzionale ad espungere la “regola *Taricco*” dall'ordinamento. Decisione, quest'ultima, che però avrebbe fomentato lo “scontro” in modo indesiderabile.

A chi scrive non sembra che la Corte di Lussemburgo possa essere pienamente soddisfatta dall'“arrocco” della Corte costituzionale, che, riportando la “partita” alla fase iniziale, si è trincerata entro la “torre” dell'identità costituzionale, isolandosi così, sostanzialmente, dal contesto europeo e trascurando totalmente le esigenze di tutela degli interessi finanziari dell'Unione, che si potrebbero riproporre, con una portata non minore di quella che ha accompagnato il caso *Taricco*, in sede di attuazione della direttiva PIF.