

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Fasc. 1/2018

18 marzo 2018

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)*

di **Omar Makimov Pallotta** – *Dottorando di ricerca in Global Studies. Justice, Rights, Politics, Università degli Studi di Macerata*

ABSTRACT: After providing a brief summary of the jurisdictional saga which lies behind the decision concerned, a special focus is devoted to the relevance of the national identity clause (art. 4, para. 2, TEU) and counterlimits in relation to the Taricco II judgment. Given that the objective pursued in this case by the ECJ was a high level of protection of fundamental rights, the recourse to the national identity clause – suggested by the Italian Constitutional Court in its request for a preliminary ruling – seemed rather inappropriate, since: 1) State counterlimits and national identity as provided for by the Treaty are rather different notions; 2) the latter doesn't include protection of fundamental rights within its material scope, which corresponds to the “fundamental structure, political and constitutional” of the MS. As a consequence, the national identity clause was not taken into account by the EU judges; from this point of view, no europeanization of counterlimits seems to be present in the case at stake. Thus, the ECJ, without embracing the identitarian view of the ICC, decides to give protection to the relevant fundamental rights by assuming that a specific, substantial meaning of legality is part of the constitutional traditions common to the MS and, therefore, constitutes a general principle of the EU. The result of such a reasoning is that the original conflict between a norm provided for by the TFEU and a national supreme principle turns out into a conflict between EU rules (namely, the general principle of legality and art. 325 TFEU). Thus, we are not facing anymore a counterlimits problem, since the CJEU treated the counterlimit “exposed” by the ICC as an EU internal limit. The legal reasoning of the ECJ in Taricco II promotes a high standard of protection of fundamental rights while reaffirming primacy of EU law and fostering a coherent advance of the European integration process.

SOMMARIO: 1. Il “caso Taricco”– 2. Identità costituzionale dello Stato membro e controlimiti – 3. Principio di legalità e tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

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

1. Il “caso Taricco”

Il 5 dicembre 2017 la Corte di giustizia dell’Unione europea, su sollecitazione della Corte Costituzionale italiana, è stata chiamata di nuovo ad esprimersi sull’interpretazione dell’articolo 325 TFUE, inerente la tutela degli interessi finanziari dell’Unione, aggiungendo così un prezioso tassello al complesso *puzzle* dei conflitti interordinamentali. Il “caso Taricco” ebbe origine da un rinvio pregiudiziale ai sensi dell’articolo 267 TFUE promosso dal Tribunale di Cuneo: il g.i.p. rimettente, nell’ambito di un procedimento penale riguardante frodi “carosello” in materia IVA, ravvisò un contrasto tra le norme del codice penale italiano regolanti la prescrizione e taluni articoli del TFUE¹, decidendo, pertanto, di sospendere il giudizio e di rimettere gli atti alla Corte di giustizia dell’Unione europea. Quest’ultima aderì alle considerazioni svolte dall’avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni, nelle quali si ravvisò un profilo di incompatibilità non già tra le norme europee individuate dal giudice *a quo* e il regime interno della prescrizione, bensì tra quest’ultimo e i paragrafi 1 e 2 dell’articolo 325 TFUE (che impongono agli Stati membri di adottare misure dissuasive ed efficaci al fine di combattere la frode e le altre attività illegali che ledano gli interessi finanziari dell’Unione europea). La Corte, dopo aver chiarito che l’articolo 325 TFUE fosse direttamente applicabile all’interno degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, decise che i giudici nazionali avrebbero dovuto procedere alla disapplicazione del combinato disposto dell’articolo 160 e dell’articolo 161 del codice penale². Un simile obbligo parve immediatamente contrastare con il principio di legalità sancito dall’articolo 25, secondo comma, della Costituzione, tanto che non dovette trascorrere molto tempo prima che la Corte di Cassazione e la Corte d’Appello di Milano sollevassero una questione di costituzionalità di fronte al giudice delle leggi, chiedendo a quest’ultimo di far valere i cosiddetti “controlimiti”³ avverso l’applicazione dell’articolo 325 così come interpretato dalla Corte di giustizia⁴.

¹ Articoli 157 ss. c.p. e articoli 101, 107 e 119 TFUE. Vedi Tribunale di Cuneo, ordinanza del g.u.p. del 17 gennaio 2014. La normativa interna considerata dal giudice, infatti, contemplando un prolungamento del termine di prescrizione di appena un quarto a seguito di interruzione, avrebbe consentito la prescrizione dei reati nonostante il tempestivo esercizio dell’azione penale, dando luogo ad una sostanziale impunità dei soggetti contro i quali si procedeva (o si sarebbe proceduto, in futuro), violando in tal modo le norme europee in materia di concorrenza, aiuti di stato, nonché il principio di finanze sane.

² Corte giust., sentenza dell’8 settembre 2015, causa C-105/14, *Ivo Taricco et al.*, ECLI:EU:C:2015:555.

³ V. Corte costituzionale, sentenza n. 183 del 1973. Quella dei “controlimiti”, tuttavia, è un’intuizione tutta dottrinale: P. BARILE, *Rapporti tra norme primarie comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967.

⁴ Corte d’Appello di Milano, sez. II penale, ordinanza del 18 settembre 2015; Corte di Cassazione, sez. III penale, ordinanza del 30 marzo 2016, n. 28346. Secondo i giudici *a quo*, la disapplicazione prevista dalla sentenza Taricco contrastava con il principio di legalità dei reati e delle pene, il quale, nell’ordinamento italiano, si applica anche al regime della prescrizione (istituto, questo, ricompreso infatti tra quelli di diritto penale sostanziale e, come tale, incidente sulla punibilità della persona) ed è considerato “principio fondamentale

Investita di una questione di tal tenore, la Corte costituzionale ha preferito non assumere nell'immediato un atteggiamento oppositivo, attestandosi piuttosto su una posizione moderatamente collaborativa⁵. Dopo aver dato una propria lettura del principio del primato del diritto dell'Unione – il quale riveste certamente un ruolo centrale nell'ambito dell'ordinamento europeo, ma non può porsi, a detta del giudice costituzionale, al di sopra di quella “capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare l'identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (articolo 4, paragrafo 2, TUE)” – la Corte costituzionale ha deciso di intraprendere la via di un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione⁶, volto sostanzialmente a chiarire se l'articolo 325 TFUE fosse “susceptibile di interpretazioni anche in parte differenti, tali da escludere ogni conflitto con il principio di legalità in materia penale”⁷ o se, in assenza di qualsivoglia diversa interpretazione, l'applicazione di tale articolo (e la conseguente disapplicazione delle norme nazionali) non dovesse trovare ostacolo: 1) in un principio supremo dell'ordinamento costituzionale considerato parte integrante di quell'identità nazionale che l'Unione è tenuta a rispettare ai sensi dell'art. 4, paragrafo 2, TUE; 2) nel livello di protezione più elevato dei diritti degli interessati garantito dall'ordinamento italiano in virtù della qualificazione “sostanziale” (e non meramente processuale) della normativa sulla prescrizione (livello più elevato salvaguardato, secondo la Corte costituzionale, dallo stesso diritto europeo, ai sensi dell'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)⁸. Al rinvio del giudice delle leggi hanno fatto seguito le osservazioni dell'avvocato generale Yves Bot, secondo le quali nessuna delle considerazioni svolte dalla Corte costituzionale italiana sarebbe stata da accogliere: né l'interpretazione data all'articolo 53 della Carta di Nizza (in quanto priva di qualsivoglia riferimento alle esigenze dell'Unione e

dell'assetto costituzionale interno, poizore rispetto agli stessi obblighi di matrice europea” (Corte d'Appello di Milano, sez. II penale, ordinanza del 18 settembre 2015, punto 6). Il problema del mancato rispetto del principio di legalità era stato già avanzato alla Corte di giustizia in causa C-105/14 nelle osservazioni presentate da taluni interessati (le quali facevano leva sull'articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), alle quali la Corte aveva risposto sancendo la piena compatibilità tra la disposta disapplicazione e il principio, sulla base della giurisprudenza della Corte EDU relativa all'articolo 7 della Convenzione. V. Corte giust., sentenza dell'8 settembre 2015, causa C-105/14, cit., punti 54 ss.

⁵ Corte costituzionale, ordinanza n. 24/2017, udienza del 23 novembre 2016 (depositata il 27 gennaio 2017).

⁶ Come autorevolmente sostenuto in dottrina, la tecnica del rinvio pregiudiziale sarebbe quanto mai idonea, in un'ottica di “mitigazione” dei conflitti tra Corti, quando una Corte costituzionale abbia intenzione di opporre all'applicazione del diritto europeo principi “costitutivi” dell'identità nazionale dello Stato facendo leva sull'obbligo di rispettare quest'ultima gravante sull'Unione ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE. Vedi A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 48, 2011, 1450.

⁷ Ivi, punto 3.

⁸ Corte costituzionale, ordinanza n. 24/2017, cit., punti 6 s..

alla specificità del suo diritto)⁹, né le osservazioni sulla natura “suprema” (e, quindi, costitutiva dell’identità nazionale) del principio costituzionale di legalità dei reati e delle pene¹⁰.

2. *Identità costituzionale dello Stato membro e controlimiti*

Con la sentenza sul caso Taricco II si è avuto un *révirement* delle conclusioni cui la Corte di giustizia era pervenuta due anni addietro. Nessuna delle osservazioni avanzate dall’avvocato generale è stata, infatti, accolta, mentre diversi studiosi si erano cimentati in pronostici relativi al contenuto della decisione¹¹.

Secondo autorevole dottrina, tre erano le possibilità al vaglio dei giudici di Lussemburgo: 1) una conferma del *dictum* della sentenza Taricco I; 2) un riconoscimento delle esigenze costituzionali italiane che si traducesse in una esenzione dalla disapplicazione qualora contraria ad un principio costituzionale supremo; 3) una soluzione di compromesso che sterilizzasse le istanze costituzionali nazionali, confermando al contempo “non solo il principio del primato del diritto eurounitario, ma anche la sua indifferenza ai principi costituzionali fondamentali del singolo Stato membro”¹². Quest’ultima ipotesi, “la più pericolosa” per taluni¹³, sembra essere stata quella successivamente accolta dalla Corte di giustizia nella sentenza che qui si commenta. Il massimo organo di giustizia dell’Unione, dopo aver ribadito che l’articolo 325 TFUE “pone a carico degli Stati membri obblighi di risultato precisi, che non sono accompagnati da alcuna condizione” e che “spetta quindi ai giudici nazionali competenti dare piena efficacia agli obblighi derivanti dall’articolo 325 TFUE (...) e disapplicare disposizioni interne, in particolare riguardanti la prescrizione, che ostino all’applicazione di sanzioni effettive e dissuasive per combattere le frodi lesive degli interessi finanziari dell’Unione”¹⁴, si riaggancia a quanto già affermato nella sentenza Taricco I, dove si ebbe modo di chiarire che “se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare

⁹ Conclusioni dell’avvocato generale Yves Bot presentate il 18 luglio 2017 in causa C-42/17, *M.A.S et M.B.*, punti 148 ss.

¹⁰ In quanto, si legge, “non si deve confondere quanto rientra in una concezione esigente della tutela di un diritto fondamentale con la lesione dell’identità nazionale o, più precisamente, costituzionale di uno Stato membro”. Ivi, punto 181. Tra l’altro, l’avvocato generale aggiunge a tale considerazione che “nella Costituzione italiana, i principi qualificati come «fondamentali» sono elencati agli articoli da 1 a 12 della stessa, e il principio di legalità dei reati e delle pene ne è quindi, a priori, escluso” (sic!).

¹¹ Si vedano, in tal senso, i 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*, Napoli, 2017.

¹² M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco*, cit., 193ss. Articolo apparso anche su *Osservatorio Costituzionale AIC*, 1/2017, 5.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Corte giust., sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, cit., punti 38 s..

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 nazionale¹⁵. Spetta, dunque, al giudice nazionale, verificare che “i diritti degli imputati derivanti dal principio di legalità dei reati e delle pene siano garantiti”¹⁶. Proprio quel principio di legalità che nella sentenza Taricco I era stato dato per non leso¹⁷ qui torna invece a rivestire un ruolo centrale. La Corte di giustizia, infatti, pone l’accento sull’importanza che “tanto nell’ordinamento giuridico dell’Unione, quanto negli ordinamenti giuridici nazionali riveste il principio della legalità dei reati e delle pene, nei suoi requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile”¹⁸. Individuato il contenuto del principio in parola, la Corte ne sancisce subito dopo l’appartenenza alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri¹⁹, richiamando a tal proposito la sua giurisprudenza pregressa²⁰. Dopo aver chiarito in maniera ancor più specifica i contorni del contenuto del principio di legalità, rifacendosi tra l’altro alla giurisprudenza della Corte EDU²¹, la Corte giunge ad affermare quanto in pochi, fino a qualche giorno prima, avrebbero potuto pronosticare: il giudice nazionale non sarà tenuto a conformarsi all’obbligo di disapplicazione degli articoli 160 e 161 del codice penale sancito nella sentenza Taricco I ogni qual volta ciò: 1) “conduca a una situazione di incertezza nell’ordinamento giuridico italiano quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile, incertezza che contrasterebbe con il principio della determinatezza della legge applicabile”²²; 2) conduca, in procedimenti relativi a persone accusate di aver commesso reati in materia di IVA prima della

¹⁵ Corte giust., sentenza dell’8 settembre 2015, causa C-105/14, cit., punto 53. La Corte si affrettò a smentire nei punti successivi, tuttavia, la sussistenza nel caso *de qua* di una situazione che potesse minare in alcun modo i diritti fondamentali degli interessati.

¹⁶ Corte giust., sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, cit., punto 48.

¹⁷ In virtù del fatto che, anche alla luce della giurisprudenza CEDU (cfr. quanto sostenuto in Corte giust., sentenza dell’8 settembre 2015, causa C-105/14, cit., punto 57), dalla disapplicazione delle norme del codice penale sulla prescrizione non ne sarebbe derivata “una condanna degli imputati per un’azione o un’omissione che, al momento in cui era stata commessa, non costituiva un reato punito dal diritto nazionale”¹⁷; interpretazione, questa, evidentemente noncurante dell’accezione sostanziale della prescrizione accolta dal nostro ordinamento.

¹⁸ Corte giust., sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, cit., punto 51.

¹⁹ Ivi, punto 53.

²⁰ Corte giust., sentenza del 13 novembre 1990, causa C-331/88, *Fedesa e a*, EU:C:1990:391; Corte giust., sentenza del 7 gennaio 2004, causa C-60/02, X, EU:C:2004:10.

²¹ Corte giust., sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, cit., punto 55. La giurisprudenza della Corte EDU acquista un significativo rilievo in virtù dell’implicito richiamo operato dall’articolo 53, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, il quale – secondo quanto esplicitato nelle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (2007/C 303/02) – sottintende che “il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo di questi strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e dalla Corte di giustizia dell’Unione europea”.

²² Ivi, punto 59.

pronuncia della sentenza Taricco I, all’inflizione di sanzioni “alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggite se le suddette disposizioni fossero state applicate. Tali persone potrebbero quindi essere retroattivamente assoggettate a un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato”²³. Con la sentenza Taricco II, dunque, si perviene ad una “disapplicazione della disapplicazione”²⁴. A tale risultato, che fa eco alle considerazioni svolte dalla Corte costituzionale nella sua ordinanza, si è giunti attraverso un *reasoning* affatto diverso da quello messo in campo dallo stesso giudice delle leggi. L’approccio seguito da quest’ultimo, infatti, si basava, oltre che sulla clausola relativa allo standard di protezione più elevato contenuta nella Carta di Nizza, anche (e soprattutto) sulla necessità, nel caso specifico, di fare ricorso al principio della protezione dell’identità nazionale, sancito nell’articolo 4, paragrafo 2, TUE. Nella sentenza che si commenta è tuttavia assente qualsiasi riferimento al principio ora menzionato, il quale sancisce che “l’Unione rispetta l’uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale”.

Secondo parte della dottrina, l’articolo 4, paragrafo 2, TUE configurerebbe una europeizzazione dei controlimiti al diritto dell’Unione²⁵; nel caso di specie, taluni studiosi avrebbero ravvisato nella Taricco II un’applicazione implicita della clausola di salvaguardia dell’identità ivi espressa²⁶. È opinione diffusa che l’individuazione e l’attivazione dei controlimiti siano appannaggio degli Stati membri e non anche dell’Unione europea, il cui

²³ Ivi, punto 60.

²⁴ M. LUCIANI, *Intelligenti pauca*, cit., 6.

²⁵ 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*, Torino, 2006, 827ss: “dal Trattato costituzionale in avanti, e riesca o no a conseguire giuridico effetto, i “controlimiti” stessi sono - si diceva - quodammodo “europeizzati”. Il che - merita di essere sottolineato - con ogni probabilità vuol significare che d’ora innanzi la stessa elaborazione delle tradizioni comuni non potrà più aver luogo ad opera della giurisprudenza di Lussemburgo con quella ampiezza (o, diciamo pure, libertà) di manovra ed originalità di esiti ricostruttivi che - come si sa - ne ha fin qui caratterizzato i più salienti sviluppi. Intendo insomma dire che l’acquis si è ora ulteriormente arricchito di un nuovo principio, vera e propria metanorma che presiede alle relazioni interordinamentali, rivolta ad un tempo al legislatore comunitario ed al suo guardiano, la Corte di giustizia, l’uno e l’altro chiamati dunque a prestarvi ossequio sotto ogni riguardo (ma specialmente, come si diceva, sul piano della “ricognizione” delle tradizioni costituzionali, tenuta a conformarsi al canone fondamentale iscritto nell’art. I-5)”. Canone rappresentato, sembrerebbe di capire, dall’obbligo di rispettare l’identità nazionale dello Stato membro sancito dall’allora art. I-5 del trattato costituzionale (oggi art. 4, par. 2, TUE).

²⁶ Sembra deporre in tal senso il commento di A. RUGGERI, *La Corte di Giustizia porge un ramoscello di ulivo alla Consulta su Taricco e resta in fiduciosa attesa che il 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 *Rivista di Diritti Comparati*, 3/2017, 3, laddove si legge che seppure “il giudice lussemburghese, per vero, non fa alcuna esplicita menzione del disposto di cui all’art. 4.2 TUE (...). Col fatto stesso, però, di riconoscere l’attitudine del principio di legalità ad entrare a comporre le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, ne ammette il carattere portante la struttura dell’ordinamento italiano”.

ordinamento, infatti, non considera una eventualità di questo tipo²⁷. Al contrario, la salvaguardia dell'identità nazionale di cui all'art. 4, paragrafo 2, TUE, trova fondamento in una previsione del Trattato, a prescindere dalla circostanza che essa possa coincidere in tutto o in parte con il novero dei controlimiti²⁸. D'altro canto, l'art. 4, paragrafo 2, TUE reca una delimitazione dell'ambito materiale entro il quale può muoversi l'identità nazionale dello Stato membro, quand'anche volesse sostenersi che residui in capo allo Stato un margine di definizione circa il contenuto dell'identità stessa²⁹: contenuto che, peraltro, a voler seguire l'interpretazione più restrittiva della disposizione dell'art. 4, non dovrebbe ricomprendere neanche la tutela dei diritti fondamentali, attesa la specifica locuzione utilizzata dal Trattato, che collega il rispetto dell'identità alla "struttura fondamentale, politica e costituzionale" dello Stato membro³⁰. Identità e controlimiti restano, pertanto, nozioni concettualmente separate: la

²⁷ Cfr. M. LOSANA, *Il caso "Taricco" e la funzione "emancipante" della nostra Costituzione*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 2/2017, 12: "Per l'ordinamento dell'Unione europea, il potere di attivare i controlimiti è un potere extra ordinem, che sfugge alla legalità "sovranzionale" e che, pertanto, non può essere autorizzato".

²⁸ V. a tal proposito quanto sostenuto dal Tribunale costituzionale federale tedesco nella celebre *Lissabon-Urteil*: BVerfG, 30 luglio 2009, 2 BVE 2/08, punto 240: "il *Bundesverfassungsgericht* controlla se è salvaguardato il nucleo sostanziale intangibile dell'identità costituzionale della Legge fondamentale ai sensi dell'art. 23, comma 1 in combinazione con l'art. 79 comma 3 della Legge fondamentale. (...) di fronte all'integrazione che progredisce non possono essere salvaguardate diversamente le strutture politiche e costituzionali che fondano gli Stati membri e che sono riconosciute dall'art. 4, par. 2, TUE. Nello spazio europeo della giustizia, le garanzie di diritto costituzionale e di diritto dell'Unione a favore dell'identità costituzionale nazionale operano pertanto "mano nella mano" (*Hand in Hand*). Il controllo d'identità consente di esaminare se per effetto dell'azione di organi europei sono violati i principi degli artt. 1 e 20 Legge fondamentale, dichiarati intangibili dall'art. 79 comma 3 Legge fondamentale. In questo modo è assicurato che il primato di applicazione del diritto dell'Unione vige solo in forza e nei limiti dell'attribuzione costituzionale persistente.

²⁹ Cfr. A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming absolute primacy*, cit., 1448; secondo gli AA., l'identità nazionale può essere determinata solo dallo Stato stesso, ma la Corte di Giustizia ha il potere di circoscrivere il *conceptual framework* di ciò che gli Stati membri possono includere o meno nella medesima. L'ipotesi di una identità costituzionale fondata dall'Unione ed in quanto tale non intangibile, poiché da coniugare con l'idea di una "statualità integrata" (ossia non più fondata sugli elementi della separazione e dell'alterità, bensì sull'elemento-integrazione) fu affacciata in origine da M. HILF, *Europäische Union und nationale Identität der Mitgliedstaaten*, in A. RANDELZHOFFER, R. SCHOLZ, D. WILKE (a cura di), *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, 164ss. Sul tema, si rinvia a E. DI SALVATORE, *L'identità costituzionale dell'Unione europea e degli Stati membri. Il decentramento politico-istituzionale nel processo di integrazione*, Torino, 2008, 44ss.

³⁰ Secondo il c.d. "approccio federalistico al principio di autonomia costituzionale degli Stati membri" sostenuto da A. CANTARO, *Il rispetto delle funzioni essenziali dello Stato*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo. i principi dell'Unione*, vol. I, Milano, 2006, 547, il contenuto dell'identità nazionale si limiterebbe agli "elementi organizzativi dell'autonomia legislativa, amministrativa e giudiziaria" degli Stati membri. L'accoglimento di un contenuto minimale dell'identità nazionale è confortata da quanto recentemente affermato in L. S. ROSSI, *Come risolvere la "questione Taricco" ...senza far leva sull'art. 4, par. 2, TUE*, in *SIDI Blog*, 17/5/2017, reperibile in www.sidiblog.org, 2: "L'art. 4, par. 2. (...) sostanzialmente è riferito ai principi di organizzazione dello Stato, nei suoi vari livelli e competenze". Esso "non sembra invece coprire anche i diritti fondamentali previsti dagli ordinamenti costituzionali degli Stati membri. La Corte non ha ancora elaborato una dottrina compiuta sull'art. 4, par. 2, TUE, ma ha pronunciato una decina di sentenze, in relazione a Stati membri

prima, che attiene alla “struttura fondamentale, politica e costituzionale” dello Stato e che muove da una visione monistica dei rapporti tra i due ordinamenti, è prescrizione che promana direttamente dal diritto dell’Unione; la seconda, che ha una portata più ampia e che si ricollega a una concezione dualistica dei rapporti tra i due ordinamenti, è rimedio che può trovare fondamento unicamente in una decisione, codificata o meno, dello Stato membro. Ciò posto, pare comprensibile la scelta operata dal massimo organo di giustizia europeo, il quale ha messo consapevolmente da parte qualsiasi riferimento all’articolo 4, paragrafo 2, del TUE, così relegando ai margini del dibattito la questione relativa all’identità nazionale e, dunque, quella degli stessi controlimiti. Alla luce di quanto evidenziato, l’esigenza della tutela dei diritti fondamentali giammai avrebbe potuto trovare adeguata soddisfazione per il tramite della clausola di salvaguardia dell’identità nazionale degli Stati membri.

3. Principio di legalità e tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri

La Corte di giustizia ritiene, dunque, di impostare il problema in maniera del tutto differente rispetto a quanto deciso dalla Corte costituzionale, la quale – come noto – ha fatto leva principalmente sull’esigenza di tutela dell’identità dello Stato membro. Se l’obiettivo perseguito dal giudice europeo nella sentenza Taricco I era dato dalla tutela degli interessi finanziari dell’Unione (rappresentati dall’articolo 325 TFUE), ora l’obiettivo perseguito parrebbe essere invece quello della massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali degli interessati. Nella prospettiva coltivata dai giudici di Lussemburgo, il nucleo della decisione sembrerebbe ruotare attorno al problema del rapporto tra le tradizioni costituzionali comuni e il principio di legalità³¹. L’accezione sostanziale del principio, collegata alla tutela dei diritti fondamentali quali “risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri” ex articolo 6, paragrafo 3, TUE, imporrebbe una disapplicazione dell’articolo 325 da parte del giudice nazionale: non già perché in contrasto con un principio supremo dell’ordinamento costituzionale (art. 25, comma 2, Cost.), come sarebbe nel caso di attivazione dei controlimiti, ma perché incompatibile con lo stesso diritto europeo, sul presupposto che il principio di legalità si configuri quale principio generale derivante, per l’appunto, dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Da ciò discendono due considerazioni: 1) secondo una prospettiva monista del conflitto, il problema dei controlimiti esterni al processo di integrazione finisce per tramutarsi nel diverso problema dei limiti interni al medesimo

che invocavano, in campi assai diversi tra loro, il rispetto di principi connessi alla loro identità nazionale. Nessuno di questi principi era però relativo al rispetto dei diritti fondamentali; anzi, in taluni casi il principio era invocato dagli Stati proprio per giustificare una deroga a tali diritti”.

³¹ Il cui contenuto è riassumibile nei requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale. Cfr. *supra*, nota 17.

processo³²; di modo che ad essere incompatibili sarebbero due norme appartenenti all'ordinamento giuridico europeo, entrambi aventi rango primario, e non già una norma del diritto dell'Unione e un principio supremo dell'ordinamento costituzionale ovvero un diritto inalienabile della persona umana³³. In breve, verrebbe a determinarsi un conflitto tra l'art. 325 TFUE, da un lato, e il principio generale di legalità, dall'altro; e ciò, come evidenziato in dottrina, porrebbe sul tappeto un problema di "gerarchizzazione" tra norme primarie del diritto dell'Unione³⁴; 2) il rapporto di strumentalità tra principio di legalità e tutela del diritto fondamentale ha consentito alla Corte di giustizia di ricorrere al noto criterio della *better law*: l'utilizzo di questo criterio ermeneutico permette ai giudici di Lussemburgo di definire i contorni di un principio generale dell'Unione traendo ispirazione dalle tradizioni costituzionali comuni, ma prescindendo da una verifica in ordine alla presenza in tutti gli Stati membri, o nella maggior parte di essi, della declinazione del principio specificamente accolta³⁵; il ricorso nella sentenza Taricco II al criterio della miglior soluzione alla luce delle esigenze dell'Unione³⁶ dimostra come le tradizioni costituzionali comuni siano ancora in grado di assolvere ad un ruolo di primo piano nell'ambito del sistema europeo di tutela dei

³² V. M. BASSINI, O. POLLICINO, *Defusing the Taricco bomb through fostering constitutional tolerance: all roads lead to Rome*, in *VerfBlog*, 5/12/2017, reperibile in www.verfassungsblog.de, 4: "The ECJ has brought the clash at the level of EU law: it is no longer the national understanding of the principle of legality to be in contrast with the obligations stemming from Article 325 TFEU. We are no longer facing a counter-limit (a purely italian doctrine, but a very limit that is EU law to provide, first of all through Article 49)".

³³ Il conflitto tra norme viene dunque traslato da una dimensione prettamente verticale ad una dimensione, invece, squisitamente orizzontale.

³⁴ Sul problema, v. A. RUGGERI, *La Corte di Giustizia porge un ramoscello di ulivo alla Consulta*, cit., 4, ove l'A. considera la legalità quale "principio a valenza rafforzata, come tale idoneo a resistere allo scontro con altri principi parimenti dotati di riconoscimento da parte del diritto eurounitario". Cfr. anche P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in *Osservatorio Europeo de Il Diritto dell'Unione Europea*, dicembre 2017, reperibile in www.dirittounioneuropea.eu, 14-15: "secondo la Corte, infatti, i diritti fondamentali garantiti dalla Carta e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri si impongono anche sulle norme fondamentali dei Trattati istitutivi. Con ciò viene confermata la superiorità delle norme della Carta su quelle dei Trattati".

³⁵ Declinazione che, nella sentenza che si commenta, vede dunque il regime della prescrizione rientrare pienamente nell'ambito di applicazione del principio generale di legalità come (ri)elaborato dal giudice di Lussemburgo. In realtà, è noto (v. in tal senso Corte costituzionale, ordinanza n. 24/2017, cit., punto 4) che nella maggioranza degli Stati membri la prescrizione è intesa quale istituto di diritto processuale cui la portata del principio di legalità non si estenderebbe affatto. La stessa Corte di Strasburgo pare accogliere in via generale tale accezione; si veda a tal proposito Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 22 giugno 2000, *Coëme et al. c. Belgio*, ricorsi n° 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96; vedi anche, più di recente, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 12 febbraio 2013, *Previti c. Italia*, ricorso n° 1845/08.

³⁶ Sul criterio della *better law* si vedano G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1988, 574 ss.; M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, 33. Nel caso della sentenza Taricco II qui esaminata, la funzionalizzazione delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri conseguirebbe, come noto, all'esigenza-obiettivo di massimizzare la tutela dei diritti fondamentali degli interessati.

diritti fondamentali, senza che la codificazione di questi ultimi abbia potuto determinare una prematura desuetudine delle tradizioni quali strumento di integrazione³⁷. In conclusione, sebbene l'epilogo cui perviene la Corte di Giustizia sappia, forse, corrispondere alle aspettative della Corte costituzionale italiana, deve sottolinearsi che, nel caso di specie, l'impostazione del problema e la sua risoluzione finiscano per trovare collocazione unicamente nell'ambito del diritto europeo; di modo che, lungi dal voler continuare ad alimentare la mai sopita discussione intorno ai controlimiti e a ciò che costituirebbe il nucleo dell'identità nazionale dello Stato membro, il senso ultimo della decisione riposerebbe esattamente in questo: nella riaffermazione del primato del diritto dell'Unione e nella ineluttabilità del processo di integrazione.

³⁷ Sulla questione, v. S. MANGIAMELI, *The constitutional traditions common to the Member States in European law, as a tool for comparison among MS legal orders in the construction of European fundamental rights*, in *Italian Papers on Federalism*, 3/2016, 13 ss. V. anche O. POLLICINO, *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in *Il Diritto dell'Unione Europea.*, 2/2016, 253 ss.