

PRESCRIZIONE, LEGALITÀ E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE: LA “CRISI” DEL DIRITTO PENALE TRA LE CORTI^(*)

di Tomaso Emilio Epidendio

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La prescrizione: polarità tensive di un istituto interstiziale. – 3. I punti oggetto del dibattito attuale sulla prescrizione. – 3.1. Legalità penale sostanziale e processuale. – 3.2. Garanzie e speditezza processuale: il paradosso della prescrizione. – 3.3. L’instabilità della disciplina legislativa e la *Stimmung* ordinamentale. – 3.4. Il “diritto giurisprudenziale” contrastante. – 4. Autoreferenzialità, distanza e instabilità della giurisprudenza comunitaria. – 5. Colonialismo giuridico culturale per via giudiziaria. – 6. Diplomazia giudiziaria e tecnica dell’ultimatum. – 7. La giurisprudenza costituzionale interlocutoria e anticipatoria degli effetti: il diritto penale dell’attesa. – 8. Il problema del diritto giurisprudenziale per il principio di legalità penale. – 9. Conclusioni.

1. Introduzione.

Il tema di questo intervento è la prescrizione del reato, un istituto per anni emarginato e di cui (pur con lodevoli eccezioni) si parlava con fatica, come se si trattasse di un parente disgraziato, la cui familiarità, dovuta alla costante presenza (nella prassi e nell’applicazione), impediva di passarlo sotto silenzio, ma di cui si sarebbe preferito lasciare ad altri il compito di occuparsi.

2. La prescrizione: polarità tensive di un istituto interstiziale.

Diverse polarità tensive significativamente coagulano intorno all’istituto della prescrizione. Ciò non è solo frutto di contingenze, ma è dovuto al suo carattere *interstiziale*¹, che lo rende, quasi naturalmente, uno spazio di soglia o di confine, luogo di incontro (e di scontro) fra differenti esigenze.

* Il presente contributo costituisce il testo, riveduto e corredato da note, della relazione svolta dall’Autore al convegno *La “materia penale” tra diritto nazionale ed europeo*, tenutosi a Modena il 1° aprile 2017 ed organizzato dal gruppo italiano dell’Association Internationale de Droit Pénal e dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Modena e Reggio Emilia. Il contributo è di prossima pubblicazione negli Atti del Convegno sopracitato; si ringraziano i curatori per averne consentito la pubblicazione in *questa Rivista*. Trattandosi di un contributo già accettato per la pubblicazione in quella sede, il lavoro non è stato sottoposto alla procedura di *peer review* prevista da *questa Rivista*.

¹ L’*“interstizio”* è ciò che, nella contiguità tra due cose, ne segna la distinzione, in modo da fondare la percezione di una distanza e insieme di una prossimità modulata: in questo senso Patrick Glenn parla di un pensiero interstiziale come strategia per sorreggere la “tradizione” nella sostenibilità delle differenze (H. P. GLENN, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford, 2000, trad. it. di S. Ferlito, *Tradizioni*

La prescrizione si connota, infatti, tradizionalmente² per essere un istituto che si situa tra aree limitrofe del diritto penale, in quanto coniuga, in un inestricabile intreccio, prospettive proprie sia del “diritto sostanziale” (come quelle relative all’incidenza del tempo sugli effetti del reato), sia del “diritto processuale” (come quelle relative all’incidenza del tempo sull’esercizio dell’azione penale), ciò che ha portato la dottrina ad ascriverlo all’una o all’altra di queste aeree³.

Il problema non riguarda ovviamente solo il diritto italiano, ma può considerarsi generale, anche se risente fortemente della cultura giuridica prevalente nelle diverse aree. Estremamente istruttiva dal punto di vista della comparazione è l’esposizione di un giurista statunitense come G.P. Fletcher⁴ che collega la distinzione tra norme di sostanza e norme di procedura all’ascrizione “ipotetica” o “effettiva” di responsabilità e testimonia come la scelta tra una “interpretazione” sostanziale o processuale delle norme penali manifesti un forte condizionamento politico-ideologico, come esemplificato dalle differenti posizioni assunte dalle Corti costituzionali tedesca e ungherese sull’applicazione di nuovi e più lunghi termini di prescrizione ai reati commessi rispettivamente sotto il regime nazista e comunista. Inoltre, sempre secondo lo studioso e pratico statunitense, proprio la relazione con il principio di “legalità-irretroattività”

giuridiche nel mondo: la sostenibilità della differenza, Bologna, 2011). Diversa è invece l’idea dell’*interstizio* come spazio bianco in cui potersi inserire: in questo senso, ad esempio, si pensa alla giurisprudenza come scrittura interstiziale; v., ad es., la *dissenting opinion* di Justice Holmes in *Southern Pacific Co. v. Jensen*, U.S. Supreme Court, 1917 (244 U.S. 205), in M.R. Cohen, F.S. Cohen (eds.), *Readings in Jurisprudence*, Boston-Toronto, 1951, 455: «I recognize without hesitation that judges do and must legislate, but they can do so only interstitially»; cfr. anche B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven-London, 1921 (reprinted 1991), 113: «He [the judge] legislates only between gaps. He fills the open spaces in the law».

² Già il Carrara rilevava “la natura proteiforme della prescrizione; la quale sotto un aspetto sembra legge di forma, e sotto un altro legge di sostanza” (F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, V edizione, Lucca, 1887, vol. II, p. 267).

³ Per l’adesione alla tesi sostanziale si è soliti citare, oltre alla Relazione del Guardasigilli al testo definitivo del codice penale in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. VII, *Testo del nuovo Codice penale con la Relazione a Sua Maestà il Re del Guardasigilli* (Rocco), Roma, 1930, p. 78, G. BATTAGLINI, *Diritto penale*, III edizione, Padova, 1949, p. 359; A. MOLARI, voce *Prescrizione del reato e della pena* (*Diritto penale*), in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 681; S. PANAGIA, voce *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 660; A. PECORARO-ALBANI, *L’estinzione delle situazioni soggettive penali*, Napoli, 1967, p. 287-288; P. PISA, voce *Prescrizione – f) Diritto penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 79. Tra i fautori della tesi processuale si è soliti citare: F. GUNTA - D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003; D. MICHELETTI, voce *Prescrizione del reato e della pena*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, S. Patti, (a cura di), vol. XI, Milano, 2007; A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960. Più difficilmente inquadrabile la posizione di Carnelutti (v. F. CARNELUTTI, *Estinzione del reato e accertamento negativo del reato estinto*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, p. 208. A parte va poi segnalata, anche se isolata, la posizione di Vassalli, secondo il quale anche la prescrizione del reato, e non solo quella della pena come sostenuto nella citata Relazione al Codice penale, andrebbe ricondotto al fenomeno della “decadenza” e, più precisamente, della decadenza per mancato esercizio della *potestas puniendi* (G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942, p. 143 ss.; ID., voce *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985).

⁴ G.P. FLETCHER, *Basic Concept of Criminal Law*, New York-Oxford, 1998, trad. it. a cura di M. Papa, *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004, p. 19 ss.

porta, in talune aree di cultura anglo-americana, a distinguere le *rules of procedure* non solo dalle norme sostanziali, ma anche dalle *rules of evidence*⁵.

Oggi la prescrizione è, invece, al centro del dibattito, perché è diventata “il” *punto di crisi* del diritto penale, inteso come punto delle scelte determinanti, ineludibili e improcrastinabili, ma anche come punto in cui può aprirsi uno *stato di crisi*, cioè lo stato delle tensioni irrisolvibili⁶. La ragione contingente di questa attenzione è certamente dovuta alle vicende giurisprudenziali legate al cosiddetto “caso Taricco”⁷ e, quindi, a un problema specifico: quello del rapporto tra la disciplina nazionale della prescrizione dei reati in materia di imposta sul valore aggiunto e gli obblighi comunitari di tutela degli interessi finanziari dell’Unione europea. Tuttavia, il “caso giuridico” è solo il punto di emergenza di un problema più generale, attorno al quale esso si è “costituito”⁸: il caso giuridico rappresenta il sintomo di qualcos’altro, che deve essere indagato e compreso. In questa direzione si muove il tentativo di provocazione di questo intervento.

La maggiore consapevolezza della diffusa presenza di questi intrecci tra diritto penale processuale e sostanziale, del resto, si traduce in una *tendenza*, esibita dal diritto penale italiano più recente, a introdurre istituti connotati da una sempre più stretta connessione tra aspetti procedurali e di sostanza della loro disciplina, come dimostrano, ad esempio, i casi della *messa alla prova degli adulti* (introdotta dalla legge n. 67 del 2014) – il cui carattere ibrido è stato ormai rilevato anche in sentenze della Corte costituzionale⁹ – o delle *cause di non punibilità del novellato art. 13 del d.lgs. n. 74 del 2000*, il cui analogo carattere è stato affermato in talune decisioni dei giudici di legittimità per dedurne importanti ricadute proprio in termini di disciplina intertemporale¹⁰.

Questa tendenza è, probabilmente, da collegarsi all’accresciuta moderna percezione della *complessità* dei fenomeni, non solo quelli analizzati dalla scienza¹¹, ma anche quelli disciplinati dal diritto¹². Tale complessità rende sempre più inestricabile il rapporto tra l’oggetto (giuridico) e le forme e le possibilità concrete del suo accertamento

⁵ Sul tema delle regole sulle prove penali in Italia cfr. P. TONINI - C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, II ediz., Milano, 2014.

⁶ Per una recente e acuta analisi del concetto di crisi nella storia, ben oltre al noto E. MORIN, *Pour une crisologie*, in *Communication*, n. 27, 1976, 149 ss., v. M. REVAULT D’ALONNES, *La crise sans fine. Essais sur l’expérience moderne du temps*, Parigi 2012, trad.it. di G. Masperi, *La crisi senza fine. Saggio sull’esperienza moderna del tempo*, Milano 2014, p.7.

⁷ Il riferimento è al caso deciso da Corte di Giustizia dell’Unione europea, GS, 8 settembre 2015, C- 105/2014 e alle ricadute di tale decisione sull’ordinamento interno, che verrà trattata *amplius* successivamente.

⁸ L’affermazione parte dalla terminologia usata in J. HRUSCHKA, *Die Konstitution des Rechtsfalls. Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung*, Berlin, 1965, trad. it. di G. Carlizzi, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, Bologna, 2009.

⁹ Nella sentenza n. 240 del 2015 la Corte costituzionale ha affermato che l’istituto della messa alla prova «ha effetti sostanziali, perché dà luogo all’estinzione del reato, ma è connotato da un’intrinseca dimensione processuale, in quanto consiste in un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio, nel corso del quale il giudice decide con ordinanza sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova» (sentenza n. 240 del 2015).

¹⁰ Cass., sez. III, 12 aprile-15 giugno 2017, n. 30139.

¹¹ Cfr. il classico Aa. Vv., *La sfida della complessità*, a cura di G. Bocchi e M. Ceruti, Milano, 2007.

¹² Cfr. l’altrettanto classico Aa. Vv., *La complessità del diritto. Nuovi itinerari del pensiero giuridico contemporaneo*, a cura di A. Calbucci, Napoli, 2009.

e, così facendo, rende altresì più labile e sfumata, come osservato da acuta dottrina¹³, quella *distinzione tra “concetto” e “prova”* – “astrattamente” sempre possibile, ma sempre meno “praticabile” – sulla quale tradizionalmente si è imposta nella nostra area culturale la distinzione tra le *categorie sostanziali e processuali del diritto*.

La prescrizione, tuttavia, esibisce un altro carattere che, unito al primo, spiega il suo particolare potere di innesco di un dinamismo (legislativo, giurisprudenziale e dottrinale) ormai sotto gli occhi di tutti: ci si intende riferire, cioè, alla marcata *instabilità dell’istituto*. La prescrizione, infatti, è rimasta sempre “in bilico” tra contrapposte esigenze connesse alla *variabile “tempo”*, progressivamente ridotte a quelle connesse, da un lato, alla *garanzia dell’imputato* contro una eccessiva durata del processo e, dal lato opposto, alla salvaguardia di adeguati tempo di accertamento per un’efficace *lotta al crimine*.

La riflessione teorica¹⁴ sui fondamenti della prescrizione è, del resto, significativa delle sfaccettate esigenze che si muovono intorno a questo istituto e che esprimono l’incidenza della variabile temporale su svariati elementi. Sotto una prima prospettiva il passare del tempo si presenta come idoneo a incidere sulla *memoria del fatto*: il graduale e variabile oblio dell’offesa penale, a sua volta, può mutare le valutazioni (politico-legislative in primo luogo) relative alla perdurante *utilità* della persecuzione penale, sia in chiave di *prevenzione generale*, sia di *prevenzione speciale* e di *emenda*. Infatti, con il trascorrere del tempo possono intervenire anche trasformazioni personali dell’*autore* del reato e mutate scelte di vita che allentano il suo *legame con le condotte passate*. Sotto altro profilo il fondamento della prescrizione viene invece ricondotto alle maggiori *difficoltà di accertamento* di fatti risalenti nel tempo e al connesso maggior rischio di *errori giudiziari* in relazione al cd. “*deperimento delle prove*”. In questa medesima prospettiva la prescrizione diventa portatrice dell’esigenza di evitare il protrarsi di *situazioni di incertezza* e di assicurare una *ragionevole durata del processo*, evitando di trasformare i cittadini in una sorta di “*eterni imputati*” e di attenuare le sofferenze che derivano dalla stessa sottoposizione al processo fino a trasformarlo in una pena in sé: la cd. “*pena del processo*”. Nel dibattito sui fondamenti emergono, inoltre, le diverse sensibilità degli studiosi che si manifestano anche nella contrapposizione tra chi ritiene che l’istituto della prescrizione abbia copertura costituzionale¹⁵ e chi tale copertura nega¹⁶.

¹³ G. FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *Diritto & Questioni pubbliche* n. 5, 2005, 7 ss.

¹⁴ G. DE’ GIUDICI, (*procedura penale*) *Della genesi giuridica della prescrizione: osservazioni*, Lucca, 1865; F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, vol. I e II, V ediz., Lucca, 1887; C. GRASSI, *Trattato della prescrizione penale*, Catania, 1910; G. PENSO, *La prescrizione penale, parte I: i principii*, Messina, 1939; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ediz. (a cura di Nuvoione P., Pisapia G.D.), vol. III, Torino, 1981; L. STORTONI, voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990; F. PALAZZO, *Introduzione ai principii del diritto penale*, Torino, 1999; F. GIUNTA - D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, V ediz., Bologna, 2007, p. 780.

¹⁵ Ad es. F. GIUNTA - D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit.

¹⁶ V. GREVI, *Prescrizione del reato ed effettività del processo tra sistema delle impugnazioni e prospettive di riforma*, in atti del convegno *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena; in ricordo di Adolfo Beria di Argentine*, Centro Studi giuridici Michele Del Prete (organizzato da), Milano, 2002; G. GIOSTRA, *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, in *Giur. it.*, 2005, n. 11, p. 2221.

L'instabilità della disciplina prescrizione – che riflette la forte dipendenza dal contesto storico, culturale e ordinamentale degli equilibri normativi raggiungibili – rappresenta uno dei principali punti di innesco della *conflittualità giurisprudenziale* su questo tema. Infatti, a seconda che le contingenze storiche pongano maggiormente l'accento sulle esigenze di garanzia dell'imputato o sull'effettività del sistema penale, la prescrizione è oggetto di periodici e significativi mutamenti legislativi, sia in ordine alle modalità di calcolo, sia alla durata dei termini.

Così devono registrarsi, nella nostra recente storia ordinamentale, tra gli interventi legislativi più significativi quelli del 2005¹⁷, del 2008¹⁸, del 2012¹⁹, del 2015²⁰ e del 2016²¹, seguiti da ultimo dalla cd. "riforma Orlando" di cui alla legge n. 103 del 2017²² che, mutando nuovamente i termini e le stesse modalità di calcolo in modo deteriore per l'imputato (ad esempio in relazione a taluni reati sessuali), sembra mantenere alta la tensione applicativa nella giurisprudenza.

La giurisprudenza, d'altro canto, in presenza di tale mutevolezza legislativa e in assenza di scelte politiche chiare e durevoli, può sentirsi maggiormente legittimata, a far affiorare, in sede interpretativa e applicativa della disciplina prescrizione, la differente sensibilità dei giudici verso gli aspetti garantistici della prescrizione o verso le esigenze di salvaguardia dell'effettività del diritto penale, esigenze, queste ultime, che possono a loro volta risentire, in modo più o meno consapevole, anche del tipo di reati che vengono in discussione o della peculiarità del caso in connessione al comportamento processuale delle parti. Non può certo stupire, quindi, che le differenti sensibilità siano ancora più accentuate tra giudici nazionali (specie costituzionali) e giudici di organi transnazionali (come la Corte europea dei diritti dell'uomo o la Corte di Giustizia dell'Unione europea), nei quali, per il particolare e diverso ruolo istituzionale svolto, è ancor più facile emergano istanze assiologiche diversificate, che si traducono in decisioni e orientamenti contrastanti.

Tra i vari contrasti giurisprudenziali, però, quello di recente emerso tra la Corte costituzionale italiana²³ e la Corte di Giustizia dell'Unione europea con riferimento al ricordato "caso Taricco"²⁴ ha ricevuto una particolare attenzione per due ordini fondamentali di ragioni. Il primo, più evidente e più trattato²⁵, concerne i rapporti – sempre più controversi e in attesa di un più stabile e soddisfacente assetto – tra *ordinamento nazionale* e *ordinamento dell'Unione europea* in relazione al *diritto penale*. L'altro – più sottile, anche se più generale e fondativo – attiene il ruolo e i limiti di accettabilità

¹⁷ Legge 5 dicembre 2005, n. 251.

¹⁸ Decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 luglio 2008, n. 125.

¹⁹ Legge. 1° ottobre 2012, n. 172.

²⁰ Legge 22 maggio 2015, n. 68.

²¹ Legge 23 marzo 2016, n. 41 e legge 11 luglio 2016, n. 133.

²² Per i nuovi fattori di complessità e di incoerenza della nuova disciplina v. F. BASILE, [La prescrizione che verrà](#), in *questa Rivista*, 17 maggio 2017.

²³ Cfr. ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale.

²⁴ Corte di Giustizia dell'Unione europea, GS, 8 settembre 2015, cit.

²⁵ Cfr. Aa. Vv., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi e C. Cupelli, Napoli, 2017.

del diritto giurisprudenziale²⁶ in materie, come il diritto penale, governate dal *principio di legalità*. In quest'ultima ottica, forse la più interessante e produttiva, il confronto tra Corte costituzionale italiana e Corte di giustizia dell'Unione europea sul tema della prescrizione può essere letto (ed è stato letto) nella chiave del confronto tra due *tradizioni rivali* della "legalità penale"²⁷, entrambe rappresentate negli ordinamenti e nelle culture giuridiche dei differenti Stati aderenti all'Unione.

In generale, indipendentemente dal "caso Taricco", a partire dalle differenti tradizioni connesse all'idea britannica di "Rule of Law", al concetto tedesco di "Rechtsstaat" e all'elaborazione francese di "État de droit", si è parlato di una "relocation"²⁸ del principio di legalità che sta avvenendo sotto la pressione delle giurisdizioni sovranazionali, le quali stanno (lentamente, ma costantemente)

²⁶ La controversa nozione di "diritto giurisprudenziale" vanta una amplissima bibliografia: v. almeno C.F. VON SAVIGNY, *Von Beruf unserer Zeit nach die Rechtswissenschaft und die Gesetzgebung*, tr. it. in 1, Verona, 1857; R. POUND, *Common Law and Legislation*, 21 *Harv. Law Rev.*, 384 (1908); J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privat-rechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen und Interpretationslehre*, Tübingen, 1956; E. LANDIS, *Statutes and the Sources of Law*, *Harv. Leg. Essays*, 1934; H. HART - A. SACKS, *The legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, Cambr., Mass., tent. ed., 1958; L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967; V. CRISAFULLI, voce *Fonti del Diritto (Diritto Costituzionale)*, in *Enc. del Dir.*, Milano, XVII, 1968, 925 ss.; G. GORLA, *Giurisprudenza*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 489 ss.; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna e Roma, 1977; J. GHESTIN - G. GOUBEAUX, *Introduction générale*, in *Traité de dr.civ.* Paris, 1977; F. VON HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, I, Chicago, 1979; G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, New Haven, 1982; J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, (trad. it. a cura di S. Patti - G. Zaccaria), Napoli, 1983; G. ORRÙ, *Richterrecht*, Milano, 1983; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984; M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984; G. F. AJANI, *Le fonti non scritte nel diritto dei paesi socialisti*, Milano, 1985; A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, II, New Haven, 1986; L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv.*, vol. VI, Torino, 1990, p. 445 ss.; F. GALGANO, *Il precedente giudiziario in "civil law"*, AA. VV., *Atlante di diritto privato comparato*, (a cura di F. Galgano), Bologna, 1992, p. 30 ss.; Aa. Vv., *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. Bessone, Torino, 1996; F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2004; A. PIZZORUSSO, *Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo*, in *Costituzionalismo.it*, 2-2007; G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007; W. HASSEMER, *Tabtbestand und Typus - Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, 1968, trad. it. *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, Napoli, 2007; G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2010; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ediz., Torino, 2014; C. E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 57, 2014, 1099 ss.; M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quad. fior. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44, 2015, 131 ss.; M. DONINI, [Il diritto giurisprudenziale penale](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3/2016, p. 13 e ss.; L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in *Ars interpretandi*, V/2016, 23 ss.; B. PASTORE, *Interpretare, giudicare, controllare. Diritto penale giurisprudenziale e metodologia giuridica*, in *Ars interpretandi*, V/2016, 61 ss.

²⁷ Cfr., ad esempio, Aa. Vv., a cura di G. Pino e V. Villa, *Rule of law. L'ideale della legalità*, Bologna, 2016. Con riferimento più specifico ai problemi aperte da sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo v. D. PULITANÒ, [Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2015, p. 41 ss.

²⁸ N. LUPO - G. PICCIRILLI, *The Relocation of Legality Principle by the European Court's Case Law. An Italian Perspective*, in *European Constitutional Law Review*, 11, 2015, p. 55 ss.

rielaborando il principio alla ricerca di un minimo comune denominatore alle letture che del medesimo sono state date nei vari ordinamenti.

In particolare l'atteggiamento della Corte di Strasburgo e quello della Corte di Lussemburgo – pur con riferimento al differente contesto (rispettivamente, convenzionale per la Corte europea dei diritti dell'uomo e dell'Unione europea per la Corte di giustizia) e al diverso ruolo istituzionale e *modus operandi* delle medesime – sembrano accomunati da una generale tendenza (più spiccata ancora nella Corte di giustizia) al ridimensionamento del ruolo che, nell'operare del principio di legalità, andrebbe riconosciuto alla legislazione parlamentare e allo Stato come fonte di legittimazione del potere pubblico, ruolo tradizionalmente riferito, nei Paesi dove è riconosciuto, ai concetti di “*réserve de loi*”, “*Gesetzesvorbehalt*”, “*reserva de ley*” o riserva di legge. e di cui si rischia di smarrire il significato di garanzia democratica connessa alla separazione dei poteri.

In quest'opera di ripensamento del principio di legalità e di sua riconcettualizzazione nell'ambito delle democrazie costituzionali sotto la spinta delle giurisdizioni sovranazionali, il vero scandalo (e il vero insuperato paradosso) nasce dal fatto che – in chiave di comparazione, anche se limitata alle sole democrazie europee occidentali – la *riserva di legge* palesa la sua appartenenza, non a una dimensione universale e permanente della legalità penale, ma a quella storico-politica, di natura contingente, propria di alcuni ordinamenti, di tal che rivendicarne il valore identitario nazionale, come struttura portante del sistema di garanzie costituzionali (anche penali), sembra tradursi nella rivendicazione di una sua superiorità assiologica nei confronti di ordinamenti che ammettono un diritto penale anche di origine giurisprudenziale²⁹. Un'altra linea di lettura – e di possibile superamento del paradosso – potrebbe peraltro essere quella di non rivendicare alcuna superiorità assiologica, ma solo di verificare i limiti di tenuta democratica e costituzionale di un particolare ordinamento nazionale, per come si è costituito e come vive nelle sue strutture e nel particolare assetto e divisione dei poteri che lo caratterizza, a fronte di possibili allentamenti o superamenti della riserva di legge. In quest'ultima prospettiva, sostenere che un ordinamento nazionale sarebbe travolto nella sua identità costituzionale dal superamento o dall'allentamento della riserva di legge, non equivarrebbe a rivendicarne la sua superiorità assiologica, ma significherebbe soltanto affermarne le condizioni di sopravvivenza.

3. I punti oggetto del dibattito attuale sulla prescrizione.

Quattro sono, pertanto, i principali nuclei di condensazione delle polarità tensive che, al presente, sono espresse dalla prescrizione e su cui si sta approfondendo il dibattito: 1) la *dicotomia diritto sostanziale e processuale*; 2) l'opposizione tra *garanzie dell'imputato* e tutela degli *interessi lesi dal reato* in relazione alla *variabile temporale*; 3)

²⁹ Così G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 13 ss.

l'instabilità di disciplina legislativa; 4) la formazione di un diritto giurisprudenziale, nazionale e comunitario, contrastante.

Su ciascuno di questi punti sono stati già versati fiumi di inchiostro e non è certo il caso di ripetere quanto meglio hanno già detto altri. Vale però la pena di evidenziare alcuni aspetti che, per qualche ragione, sono rimasti maggiormente sullo sfondo.

3.1. Legalità penale sostanziale e processuale.

Uno degli aspetti su cui meno si è accentrato il dibattito – e che pure è evocato dalla dicotomia sostanziale e processuale – è quello relativo alla ai rapporti tra *legalità penale sostanziale*, garantita dall'art. 25, secondo comma, Cost., e *legalità penale processuale*³⁰, garantita ormai espressamente dall'art. 111 Cost., se non anche (implicitamente e già prima) dall'art. 101, secondo comma, Cost.³¹. Nonostante gli sforzi compiuti da una parte della dottrina³² per illustrare le ragioni a favore di una progressiva sovrapposizione delle garanzie costituzionali offerte, sembra ancora prevalere la tendenza a considerare meno garantita la legalità processuale e, su questo punto, la stessa vicenda Taricco non offre segnali incoraggianti.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea argomenta, infatti, dalla ritenuta natura processuale dell'istituto della prescrizione, la sottrazione del medesimo alle garanzie offerte dal principio di legalità codificato all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cd. "Carta di Nizza") e, via art. 6 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, dall'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (cd. "CEDU"). La Corte costituzionale italiana, da parte sua, invoca il principio di legalità richiamando la natura sostanziale della prescrizione per l'ordinamento nazionale, con ciò finendo per avvalorare la tesi della minor tutela degli istituti processuali da questo punto di vista³³.

Credo che un compito culturale importante per la dottrina penalistica in genere³⁴ sia quello di evidenziare i rapporti tra legalità sostanziale e processuale al fine di "vitalizzare" il valore di quest'ultima che, a quasi un ventennio dalla sua espressa

³⁰ Cfr. N. GALANTINI, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1990 ss.

³¹ Sul punto v. M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Id.*, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 182.

³² Cfr., ad es., O. MAZZA, [I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2013, p. 4 ss.

³³ Non sembra adeguatamente considerare le affermazioni della Corte costituzionale italiana sul carattere sostanziale della prescrizione D. NEGRI, *Dallo 'scandalo' della vicenda Taricco risorge il principio di legalità processuale*, in *Arch. Pen.* 2-2017, 1 ss.

³⁴ Su questa strada oltre al citato O. Mazza, v. D. NEGRI, *Il processo penale italiano a venticinque anni dalla riforma del codice*, in *Criminalia*, 2014, p. 229. Inoltre, il 29 maggio 2017 si è tenuto presso l'Università Sapienza di Roma un convegno di studi sul tema "Legalità penale e legalità processuale: dissociazioni tra modelli e realtà".

introduzione (ad opera della legge costituzionale n. 2 del 1999) nel testo dell'art. 111 Cost., è rimasto sostanzialmente lettera morta nella giurisprudenza costituzionale³⁵.

È convinzione di chi scrive che – a parte le garanzie connesse alla temporalità, in relazione alle quali il riferimento contenuto nell'art. 25 Cost. al tempo della commissione del “fatto di reato” sembra rendere impossibile, in via logica ancor prima che giuridica, qualsiasi mera trasposizione del concetto di irretroattività al campo processuale, dove solo i “fatti processuali” possono assumere rilievo, con la conseguenza di dover operare necessari adattamenti della garanzie all'oggetto della tutela³⁶ – non vi siano reali esigenze, né testuali, né di ordine argomentativo, per validamente sostenere una minore pregnanza della legalità processuale rispetto a quella sostanziale. Al contrario, proprio la maggiore consapevolezza delle connessioni che, all'interno dei vari istituti del diritto penale, sussistono tra aspetti processuali e sostanziali dovrebbe spingere verso una progressiva sovrapposizione delle aree di tutela coperte dal principio di legalità sostanziale e processuale.

In ogni caso sembra auspicabile che il problema di questo rapporto sia maggiormente tematizzato in dottrina e utilizzato nella pratica, in modo da consentire la formazione di una giurisprudenza costituzionale più esplicita sul punto, anche sui limiti di ammissibilità dell'intervento della Corte costituzionale, con particolare riguardo agli interventi *in malam partem*, analogamente a quanto avviene per le aree coperte dalla legalità sostanziale.

3.2. Garanzie e speditezza processuale: il paradosso della prescrizione.

Il rapporto tra tutela dell'imputato dalla cosiddetta “pena del processo” – e dal rischio di farne un “eterno imputato” – ed esigenza di assicurare tempi di accertamento adeguati a un'efficace tutela degli interessi lesi dalla commissione di determinati reati rappresenta il vero *punctum dolens* dell'istituto della prescrizione, oltre che la principale ragione della sua instabilità di disciplina. Il punto di equilibrio tra queste opposte esigenze, infatti, è marcatamente dipendente dalle variabili contingenze storiche in cui viene effettuato il bilanciamento e dalle altrettanto variabili sensibilità, talvolta suscitate dall'occasionale emergere di casi oggetto di clamore pubblico, ma anche emergenti nella diversità dell'approccio teorico-culturale alla giustificazione della prescrizione.

³⁵ Cfr. O. MAZZA, *I diritti fondamentali*, cit.

³⁶ Sul punto cfr. Cass., sez. VI, 14 ottobre 2015 n. 41322, che riporta l'insegnamento di Cass., Sez. Un., 14 luglio 2011 n. 27919, secondo cui, in tema di successione di leggi processuali nel tempo, non opera il principio della retroattività della disposizione più favorevole, nemmeno nell'ambito delle misure cautelari, poiché non esistono principi di diritto intertemporale propri della legalità penale che possano essere pedissequamente trasferiti nell'ordinamento processuale; cfr. anche Cass. Sez. Un., 28 ottobre 2014, n. 44895, secondo cui il principio di necessaria retroattività della disposizione più favorevole, affermato dalla sentenza Cedu del 17 settembre 2009 nel caso Scoppola contro Italia, non è applicabile in relazione alla disciplina dettata da norme processuali, che è regolata dal principio “*tempus regit actum*”.

Secondo taluni, infatti, la prescrizione sarebbe un istituto privo di giustificazione logica assoluta³⁷, di tal che la sua previsione non avrebbe alcun connotato ontologico di necessità intrinseca per l'ordinamento penale, ma esibirebbe un carattere marcatamente storico-relativo e, secondo una tesi che si può far risalire alla distinzione di Beccaria tra "reati atroci" e "reati oscuri"³⁸, potrebbe operare solo per taluni reati, ma non per quelli più gravi.

In realtà, il rapporto inverso tra garanzie e celerità dell'accertamento è una banalità che potrebbe essere ripetuta per qualsiasi garanzia. Non deve sfuggire, però, la peculiarità che questa opposizione assume con riferimento alla prescrizione, facendone così un istituto critico ed emblematico di questa contrapposizione. La prescrizione, infatti, tutela contro l'eccessiva lentezza dei processi, cui pone un limite temporale predefinito che, come tale, si presta ad essere percepito come garanzia marcatamente formale, insensibile alle ragioni materiali espresse dal caso concreto e, quindi, al *sentimento di giustizia* connesso all'esigenza della punizione³⁹. Da qui la forte carica emotiva del dibattito che, quando (come spesso accade) non include la componente emozionale nella discussione scientifica sul tema, costituisce un ulteriore fattore della già rilevata instabilità.

Credo, infatti, che sarebbe un grave errore non considerare il ruolo che le emozioni svolgono nel dibattito giuridico – in generale e, in particolare, sulla prescrizione – e ritengo che i giuristi dovrebbero avere una maggiore consapevolezza scientifica dell'importanza che le *cd. "emozioni sociali"* hanno per il diritto in genere. Si tratta, del resto, di un dato acquisito nel dibattito filosofico dove da tempo si discute sul fatto che le emozioni e il sentimento rivestano il ruolo di potenti alleati di una "ragione pubblica" che non può essere ridotta alla mera "ragione calcolante"⁴⁰, ma che deve essere considerata anche nella sua componente emotiva. Ciò vuol dire, naturalmente, l'esatto contrario di un diritto incontrollato ed esposto alle tempeste emozionali di cui spesso si sono avvalse, come loro strumento di affermazione, le più pericolose ideologie del "secolo breve" e che ora sembrano riaffacciarsi in altre forme. Al contrario ciò significa introiettare nell'esercizio della ragione pubblica il ruolo che le emozioni (specie quelle *cd. "sociali"*) rivestono, in modo da evitarne il potenziale distorsivo, sfruttarne la funzione positiva e svelare la carica ideologizzante di posizione spacciate come "scientifiche", con tutta l'aura di "neutralità" e di "necessità" che la connotazione scientifica sembra portare con sé.

Il punto che, tuttavia, risulta più trascurato e che dovrebbe, invece, essere maggiormente sviluppato (e considerato) è rappresentata dal fatto che l'eccessiva

³⁷ P. PISA, voce *Prescrizione – f) Diritto penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 81

³⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di A. Burgio, V ediz., Milano, 1997, p. 90.

³⁹ Sul ruolo del sentimento di giustizia in relazione alla teoria della pena, volendo, T. E. EPIDENDIO, *La pena, il tempo e la memoria: nuovi paradigmi della complessità giuridica*, in S. Cecchi, G. Di Rosa, T.E. Epidendio, *Partire dalla pena. Il tramonto del carcere*, con prefazione di L. Eusebi, Macerata, 2015.

⁴⁰ In particolare, M. NUSSBAUM, *Hiding from humanity. Disgust, Shame, and the Law*, Princeton 2004, trad.it. di C. Corradi, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Roma 2007; ID., *Upheavals of Thought. The Intelligence of Emotion*, Cambridge, 2001, trad.it. di R. Scognamiglio, *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna 2013, pp.525-540; cfr. anche A. HELLER, *Theorie der Gefühle*, trad. it. di V. Franco, *Teoria dei sentimenti*, Roma, 2017.

lentezza di accertamento, contro cui tutela la prescrizione, può essere una *lentezza patologica*, dovuta ad un'anomalia del singolo e specifico processo, ma può essere anche una *lentezza fisiologica*, dovuta cioè alla presenza di concomitanti garanzie processuali, correttamente applicate e che determinano, però, un inevitabile allungamento dei tempi processuali. La particolarità della prescrizione è, quindi, quello di poter essere una sorta di "garanzia al quadrato", una garanzia indotta da altre garanzie. L'incidenza della prescrizione può, quindi, assumere lo scomodo ruolo di *indicatore di anomalie* o irrazionalità nella previsione legislativa (eccessiva) di garanzie processuali (*lentezza fisiologica*) o nell'organizzazione dello stesso apparato statale penale (*lentezza patologica*). Insomma, la prescrizione costituisce un formidabile indicatore dello stato di salute del processo penale e l'esigenza di intervenire sulla medesima rappresenta un segnale allarmante circa le pessime condizioni in cui versa il processo penale in generale.

Questa semplice osservazione non sembra essere adeguatamente considerata e la sua sottovalutazione (od obliterazione) porta a un vero e proprio "paradosso della prescrizione", in base al quale, mentre l'esigenza di modificare la disciplina prescrizionale indica anomalie processuali che si trovano altrove, non si agisce su tali anomalie, ma sull'indicatore delle medesime (cioè sulla prescrizione), con la conseguenza che, non intervenendo sulle cause, non si eliminano i problemi segnalati, ma si riducono soltanto le garanzie connesse alla prescrizione, la cui unica colpa è quella di indicare l'esistenza di detti problemi.

3.3. *L'instabilità della disciplina legislativa e la Stimmung ordinamentale.*

Il paradosso della prescrizione, che si è sopra indicato, è una delle ragioni in larga parte misconosciute della forte instabilità esibita dalla disciplina legislativa e della difficoltà di raggiungere un equilibrio sufficientemente stabile nella medesima. Questa medesima instabilità caratterizza anche altri istituti, come quello delle misure cautelari, che si prestano a generare paradossi analoghi, in quanto anch'essi legati alla variabile temporale. Tuttavia, vi è un altro fattore di instabilità (cui si è già accennato al precedente paragrafo) che porta a ritenere impossibile conseguire un più duraturo equilibrio e a considerare ontologicamente connesso alla disciplina prescrizionale un forte dinamismo. La prescrizione, infatti, ha un valore particolare, poiché costituisce un formidabile *indicatore* non solo dello stato di salute del processo, ma anche di quella che, seguendo terminologia e suggestioni della filosofia (del diritto) tedesca, si potrebbe chiamare la "Stimmung" dell'ordinamento⁴¹, cioè l'atmosfera emotiva che scorre al suo interno in una certa epoca e relativa al sentimento di giustizia diffuso in una determinata comunità.

Secondo alcuni⁴², infatti, il sentimento di giustizia comparirebbe quando i sentimenti individuali dell'ira e della vergogna si "giuridicizzano", cioè quando la loro

⁴¹ Il riferimento è in particolare a H. SCHMITZ, *Kurze Einführung in die Neue Phänomenologie*, Freiburg-München 2009, trad.it. di T. Griffero, *Nuova fenomenologia. Un'introduzione*, Milano 2011.

⁴² Cfr. H. SCHMITZ, *Nuova fenomenologia*, cit., p. 112 ss.

“intollerabilità” non è più rimessa soltanto al diversificato “giudizio privato”, ma diventa parte di una situazione collettiva duratura di una comunità giuridica che condivide un sentimento formatosi a contatto con l’ingiustizia, percepita come intollerabile, in una molteplicità di casi vivi. In base a questa prospettiva, pertanto, il convincimento collettivo duraturo di una comunità, supportato da un sentimento di giustizia, costituirebbe addirittura la base del “diritto” (in senso oggettivo). Questa base sentimentale del diritto sarebbe, perciò, qualcosa di più e di diverso dal “consenso sociale” alla base di più tradizionali concezioni dello Stato e, in questo senso, i sentimenti potrebbero consistere in *Stimmungen*, termine tedesco complesso che i filosofi che hanno diffuso in Italia queste teorie traducono variabilmente come “atmosfera”, da intendersi però in questo peculiare senso. D’altro canto l’ancoraggio del sentimento di giustizia a reazioni condivise scatenate da casi vivi sembra evidenziarne, ad avviso di chi scrive, anche l’intrinseco e ineliminabile dinamismo, che lo connota storicamente come in costante evoluzione sulla base dei casi vivi e delle condizioni sociali e culturali dell’epoca.

Le reazioni alla disciplina della prescrizione, dunque, spesso esprimono il grado delle garanzie che, secondo il sentimento di giustizia di una certa comunità in un particolare transito storico, sono considerate accettabili e compatibili con una efficace lotta al crimine e con una adeguata tutela delle relative vittime. Sarebbe oltremodo pericoloso trascurare queste “emozioni giuridiche” implicite nelle discussioni sulla prescrizione: in queste discussioni, infatti, pur essendo raramente menzionato in modo esplicito, viene costantemente evocato il confronto con il “sentimento di giustizia”. La considerazione di questa componente sentimentale implicita consente, infatti, di apprezzare la drammaticità delle scelte applicative che si compiono in materia di prescrizione e di valutare quanto i singoli “casi giuridici” possano condizionare non solo le reazioni popolari, ma anche le stesse dottrina e giurisprudenza. V’è da chiedersi, infatti, quanto si sia disposti a tenere ferme determinate affermazioni e conclusioni quando queste – raggiunte in relazione alla prescrizione di reati posti a tutela degli interessi finanziari dell’Unione europea, un interesse dotato di scarso *appeal* nell’attuale transito storico – debbano essere estese a reati posti a tutela di altri interessi e beni giuridici, sui quali si potrebbe manifestare una differente sensibilità (come, ad esempio, nel caso dei reati sessuali contro i minori).

3.4. Il “diritto giurisprudenziale” contrastante.

Differenti giurisdizioni – a maggior ragione se nazionali e sovranazionali o comunitarie – possono esprimere – e di solito esprimono, come si è visto – differenti “*Stimmungen* ordinamentali”, riflesso delle diverse prospettive assunte, specie quando esse derivano dalla loro differente collocazione istituzionale. Ciò è quanto avvenuto a seguito del noto “caso Taricco” tra Corte di Giustizia dell’Unione europea e Corte costituzionale italiana.

Infatti, con la sentenza della Grande sezione 8 settembre 2015, la Corte di Giustizia ha ritenuto che «[u]na normativa nazionale in materia di prescrizione del reato

come quella stabilita dal combinato disposto dell'articolo 160, ultimo comma, del codice penale, come modificato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, e dell'articolo 161 di tale codice – normativa che prevedeva, all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale, che l'atto interruttivo verificatosi nell'ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di imposta sul valore aggiunto comportasse il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale – è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare. Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE». A fronte di tale *dictum* giurisprudenziale, la Corte costituzionale italiana è stata investita, da alcuni giudici nazionali, della questione di legittimità costituzionale delle norme che ordinano l'esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea nella parte in cui prevedono l'applicazione del citato art. 325, così come interpretato dalla Corte di Lussemburgo e con gli effetti da questa stabiliti. Con l'ordinanza n. 24 del 2017, la Corte costituzionale ha quindi sollevato nuova questione pregiudiziale interpretativa ai sensi dell'art. 267 del medesimo Trattato, chiedendo se «la sentenza della Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea» sopra citata debba essere interpretata nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, «anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata»; ovvero «anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità»; ovvero «anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro».

I due provvedimenti della Corte di Giustizia di Lussemburgo e della Corte costituzionale italiana sono espressione di due differenti sensibilità, di due atmosfere o tonalità emotive maturate sulla prescrizione nell'ambito dei diversi contesti giuridici e politici in cui le due giurisdizioni istituzionalmente si collocano: la Corte di Lussemburgo privilegia la prospettiva che vede la prescrizione come un "ostacolo" ad una efficace repressione dei reati a tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, mentre la Corte costituzionale ne accentua il valore di irrinunciabile "garanzia" della persona.

Queste due atmosfere emotive, nella loro dipendenza dal differente sistema giuridico-politico di riferimento, influenzano anche i passaggi tecnico-argomentativi delle due decisioni e il modo nel quale esse si confrontano con gli ulteriori valori in gioco. Così la Corte di Lussemburgo vede le norme sulla prescrizione fundamentalmente come “norme processuali” ed esamina il problema del rispetto del principio di legalità, come maturato in ambito “europeo” (cioè in base alla giurisprudenza sulla Carta di Nizza e sulla Convenzione europea dei diritti dell’uomo), in relazione al solo parametro del divieto di “retroattività” sfavorevole, ritenendolo per tale via non violato, in quanto non applicabile a norme di questo tipo. La Corte costituzionale italiana, invece, considera le norme sulla prescrizione come “norme sostanziali” e pone il problema della legalità soprattutto in relazione al rispetto del principio di “determinatezza”, traducendolo nel lessico europeo della “prevedibilità” di disciplina, in collegamento con i “diritti inalienabili” tutelati dall’ordine costituzionale nazionale come riferiti alla “persona”.

Senza proseguire oltre sulle differenti impostazioni, che sarebbero molte, è importante però osservare che sarebbe banale ridurre il contrasto sulla prescrizione sviluppatosi tra Corte costituzionale italiana e Corte di giustizia dell’Unione europea a una mera espressione di differenti *Stimmungen*, ovvero atmosfere emotive, seppure ordinamentali. Il confronto che le due Corti mettono in atto attiene ad aspetti più profondi e ultimativi, enigmaticamente evocati da quel riferimento della Corte costituzionale italiana ai «principi supremi dell’ordine costituzionale dello Stato membro», del resto alla base della questione sollevata dai giudici rimettenti, che pongono un problema di “contro-limiti” rispetto al diritto dell’Unione. Questi aspetti del conflitto, più impliciti e però determinanti, vanno considerati più attentamente, anche perché segno di una instabilità che va ben al di là del caso Taricco e dello stesso problema della prescrizione.

4. Autoreferenzialità, distanza e instabilità della giurisprudenza comunitaria.

La diversità di approccio tra Corte di Lussemburgo e Corte costituzionale italiana non è certo una novità e pertiene in fondo al diverso ruolo istituzionale delle due Corti. La stessa pronuncia della Corte di giustizia nel caso Taricco non può ritenersi, nei singoli elementi che la compongono, una novità. È la combinazione di questi elementi che, nell’attuale contingenza storica e in relazione al “caso giuridico” da decidere, ha fatto sì che venissero più chiaramente in luce alcuni connotati che la giurisprudenza comunitaria è venuta progressivamente assumendo e che la caratterizzano sempre più come una giurisdizione *autoreferenziale, distante e instabile*.

È *autoreferenziale*, perché dalla rivendicazione di autonomi concetti giuridici “europei”, organizzati in un proprio lessico, è passata a considerarli sempre più come base esclusiva delle proprie decisioni, dimostrandosi progressivamente impermeabile alle nozioni e alle concettualità giuridiche dei singoli ordinamenti nazionali: nel caso Taricco ciò è risultato particolarmente evidente in relazione alla qualificazione delle norme sulla prescrizione come processuali e in relazione alla particolare concezione del principio di legalità che è stata assunta.

Tale autoreferenzialità aumenta la *distanza* (concettuale e sistematica) dagli ordinamenti sui quali le norme comunitarie dovrebbero ricadere, che si traduce in una sempre maggiore difficoltà per la Corte di giustizia a rappresentare correttamente il sistema giuridico del singolo Stato membro e a comprendere le valenze di garanzia che esso esprime. Ciò a maggior ragione in relazione a competenze, come quelle penali, di acquisizione relativamente recente, che implicano necessità riorganizzative della medesima Corte di Giustizia per dotarsi di esperti e per maturare più approfondite conoscenze dei diversi ordinamenti penali con i quali confrontarsi: questa forse la ragione di sentenze che segnano una inversione di tendenza rispetto al passato in punto di qualità delle garanzie assicurate. Proprio il caso Taricco, infatti, rappresenta un esempio emblematico di una sentenza chiaramente produttiva di effetti *in malam partem* in materia penale.

Di fronte a effetti peggiorativi della posizione degli imputati, l'*instabilità* delle giurisprudenza comunitaria che li produce viene (finalmente) percepita come un problema. La giurisprudenza comunitaria, infatti, mentre motiva sempre di più con riferimento alle proprie decisioni precedenti, paradossalmente manca di un serio "sistema del precedente"⁴³, che segni il modo attraverso il quale confrontarsi con esso ed eventualmente distaccarsene o svilupparlo ulteriormente.

A fronte di questa loro autoreferenzialità, distanza e instabilità, le decisioni comunitarie sembrano manifestare una progressiva tendenza ad una *motivazione "citazionale"*, povera di argomenti sia a sostegno della selezione dei precedenti richiamati, sia a sostegno delle affermazioni in essi contenute, che appaiono, perciò, sempre più apodittiche quando applicate a casi diversi da quelli esaminati nelle sentenze richiamate. Quando una giurisprudenza che adotta un simile "stile motivazionale" – che non sembra fornire grandi garanzie di stabilità ed esibisce caratteri di forte apoditticità – produce effetti *in malam partem* in materia penale, ciò aumenta inevitabilmente la "diffidenza" e il "disagio" di quei giudici comuni nazionali che, paradossalmente, anche grazie alla passata giurisprudenza sovranazionale, sono imbevuti di una cultura giuridica "garantista", che pone attenzione prioritaria alla tutela dei diritti fondamentali della persona: da qui le sollecitazioni dei giudici penali italiani alla Corte costituzionale, puntualmente verificatesi nel caso Taricco.

Dette sollecitazioni dei giudici nazionali alla Corte costituzionale possono essere lette, non solo come espressione di un reale dubbio di legittimità su un diritto comunitario che sembra porsi in contrasto con diritti fondamentali della persona tutelati dalla Costituzionale nazionale, ma anche come espressione di uno sconcerto che si traduce nella richiesta di una sorta di "*autorizzazione costituzionale*" – rivolta dai giudici comuni alla Corte costituzionale – di operare a detrimento di tali diritti, nella percezione che i tradizionali assetti dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, quali

⁴³ Sul confronto tra il sistema del precedente nella tradizione anglo-americana e la produzione giurisprudenziale sovranazionale in ambito europeo sono in corso interessanti studi in chiave comparata da parte di A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione anglo-americana e il diritto sovranazionale europeo*, Padova, in corso di pubblicazione.

ricostruiti dalla passata giurisprudenza costituzionale, non siano più soddisfacenti e non forniscano più una base solida e chiara all'operare dei giudici comuni.

5. Colonialismo giuridico culturale per via giudiziaria.

La sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia unisce, quindi, spiccati caratteri di autoreferenzialità a effetti *in malam partem*, "arricchiti" da una precisa indicazione rivolta al giudice nazionale di non applicare le norme del proprio ordinamento più favorevoli all'imputato, il tutto per tutelare interessi finanziari dell'Unione europea, in un contesto storico di particolare debolezza politica di questi valori: l'insieme di tutti questi elementi, riuniti in un'unica miscela di straordinario potenziale esplosivo, consente forse di porre finalmente al centro del dibattito quella che sembra essere una convinzione di fondo, inespressa ma pur sempre sussistente, di quella giurisdizione: l'idea, cioè, di una *superiorità assiologica* del proprio sistema di riferimento, una convinzione che, del resto, è propria anche della Corte costituzionale italiana in ordine ai valori espressi dalla propria Carta, come essa ha esplicitato nella nota sentenza n. 49 del 2015. Diverse sono però le "vie" perseguite dalle due Corti (di Giustizia e costituzionale italiana) per perseguire tale convinzione di superiorità assiologica.

La via perseguita dalla Corte di giustizia, per attuare tale convinzione è quella che potremmo definire – con un'espressione forte ed estremizzante, che sembra utile, però, a provocare un dibattito su un nodo cruciale, per troppo tempo sottovalutato e sotto-dimensionato nella sua portata – la via del "colonialismo giuridico culturale"⁴⁴.

È pur vero, infatti, che taluni concetti giuridici impiegati dai giudici di Lussemburgo sembrano (o sono asseritamente) mutuati da ordinamenti nazionali, ma in realtà essi vengono intesi dalla Corte di Giustizia in accezioni del tutto peculiari: in tal modo essi vengono radicalmente trasformati, come comprovato dal fatto che, significativamente, ne viene costantemente rivendicata l'autonomia rispetto agli istituti e alla sottesa concettualità giuridica nazionale. Le differenze sono poi aumentate dall'inserimento di tali concetti in percorsi argomentativi propri della giurisdizione comunitaria, che li inserisce, quindi, in una vera e propria autonoma "sintassi giuridica",

⁴⁴ Ovviamente impiego l'espressione in un senso diverso da quello che caratterizza da qualche anno il dibattito del cd. "post-colonialismo" e dei cd. *cultural studies*, volto ad analizzare le similitudini (e le differenze) tra le attuali democrazie multiculturali e gli Stati coloniali tra il XVIII e il XX secolo (cfr., ad es. S. HALL, *Politiche del quotidiano: culture, identità e senso comune*, trad. it. di E. Greblo, Roma, 2006; R. J. C. YOUNG, *Introduzione al post-colonialismo*, trad. it. di M. Mellino, Roma, 2005; A. LOOMBA, *Colonialismo/Postcolonialismo*, trad. it. di F. Neri, Roma, 2007; M. MELLINO, *La critica post-coloniale: decolonizzazione, capitalismo e cosmopolitismo nei postcolonial studies*, Roma, 2005). Piuttosto nel presente contesto uso il termine di "colonialismo giuridico" per evidenziare gli aspetti di subalternità legale e di assimilazione e trasformazione di concetti e istituti giuridici che hanno caratterizzato il diritto coloniale e che rischiano di ripresentarsi quando il "discorso giuridico" viene sviluppato, più o meno esplicitamente e più o meno consciamente, in termini di superiorità assiologica tra ordinamenti: in questa chiave il termine "colonialismo" dovrebbe servire proprio a rendere consapevoli dei rischi connessi a forme di ragionamento che, presentandosi spesso in forme implicite, occultano caratteri di ripresentazione storica di atteggiamenti che si potevano ritenere giustamente superati.

distinta da quella nazionale, anche perché si tratta di una “sintassi” costruita per applicare le “regole” e i “principi” contenuti nella normativa comunitaria ai vari livelli.

La cosiddetta primazia del diritto comunitario viene tradotta dalla Corte di Lussemburgo nella primazia e nell’autonomia del proprio lessico, del proprio linguaggio e della propria concettualità giuridica. Attraverso tali lessico, linguaggio e concettualità giuridica quella Corte ricostruisce, quindi, i *valori* di cui impone la superiorità alle giurisdizioni nazionali, che ritiene vincolate a recepirli, con i mezzi desunti da quel sistema linguistico-concettuale sovranazionale, senza svolgere alcuna significativa mediazione con il “linguaggio giuridico” praticato nello Stato membro, inteso come lessico, con la sua sottesa concettualità, inserito in una sintassi argomentativa coerente con il contesto istituzionale nazionale.

Si può dire, utilizzando le suggestioni di alcuni storici⁴⁵, che l’atteggiamento della Corte di giustizia sembra simile quello del “*demos imperialista*” della *polis* greca che, gelosissima della sua cittadinanza, impone la sua *arché* agli alleati sudditi, di tal che quanto essa è democratica al suo interno, tanto è tirannica verso l’esterno, in ciò contrapponendosi all’atteggiamento dei romani, molto meno democratici al loro interno, ma propensi a propagare la *civitas* al di là dei confini dell’*urbs*, per promuovere un’unità di natura politica e morale che nasce dall’incontro e dalla fusione con l’altro, nella coscienza di essere un “popolo misto” e che fa della capacità di assimilare il *novum* e l’*alienum* la base di integrazione in unità di popoli diversi. Inutile aggiungere che la ricerca affannosa di un equilibrio internazionale fondato sul diritto – che ha caratterizzato la storia greca del V e IV secolo a.C., così simile, per il suo carattere di alleanza multilaterale fondata su principi di diritto, ai grandi organismi internazionali del nostro tempo – è risultata essere estremamente effimera nel tentativo di raggiungere la *koiné eiréne*, la pace comune. Diversamente, nell’esperienza romana della *civitas*, l’ideale di una comunità universale fondata sul diritto è stata realizzata in modo assai più stabile e duraturo di tutti i grandi imperi dell’antichità, tanto che il concetto di *Roma aeterna* ha rappresentato un’eredità culturale che ha reso possibile l’incontro nel mondo antico della romanità con il cristianesimo. Si potrebbe dire che la Corte di giustizia dell’Unione europea abbia smarrito nel suo percorso l’ideale della *civitas* romana – che, nella sua capacità di fondere il *novum* e l’*alienum*, sembra più simile a quelli che in origine erano i principi ispiratori delle comunità europee – e abbia finito invece per sposare l’atteggiamento del *demos imperialista* greco, con l’aggravante rispetto a quello di non possedere neppure un popolo costituito in unità politica e, quindi, di essere istituzionalmente ben più fragile dell’Atene del V e del IV secolo a.C.

Orbene, quando la “colonializzazione culturale giuridica” sovranazionale si manifesta nella tutela di valori che vengono percepiti negli ordinamenti nazionali come un abbassamento qualitativo degli standard di garanzia in essi presenti, inevitabilmente la Corte di Giustizia rischia di essere posta di fronte alla *fragilità* della propria *legittimazione* e della propria *autorevolezza*, fondata in larga parte sul *consenso culturale giudiziale*, quel consenso che si era diffuso presso le singole giurisdizioni nazionali

⁴⁵ Cfr. M. SORDI, *Storia greca e romana*, II ediz., Milano, 2017, p. 70 ss.

proprio in base alla percezione che la giurisprudenza sovranazionale rappresentasse fonte d'innalzamento di quegli standard.

Infatti, erano già avvenute in passato violazioni ai tradizionali criteri di *self restraint* e di rispetto istituzionale tra giurisdizioni determinate dall'indicazione precisa, da parte del giudice comunitario al giudice nazionale, delle modalità con le quali egli dovrebbe operare, "disapplicando" le norme statali contrastanti: tuttavia questi casi (tra i quali uno dei più noti sembra essere il caso El Dridi)⁴⁶ erano caratterizzati dalla produzione di effetti *in bonam partem* per gli imputati, con la conseguenza che le breccie istituzionali, pur già presenti, non erano state percepite e considerate come un problema, né dalla giurisprudenza né dalla dottrina, e le poche voci contrarie⁴⁷ erano state presto considerate mera espressione isolata di formalismi tecnici oscurantisti da superare decisamente in nome della superiore sostanziale garanzia dei diritti fondamentali della persona.

Quando, nel caso Taricco, quelle medesime indicazioni vengono adottate per presidiare interessi finanziari dell'Unione europea e si traducono in effetti penali *in malam partem* per gli imputati, esse non risultano più pacificamente accettate e introiettate dal giudice comune, e divengono così oggetto di discussione, svelando la debolezza dell'impalcatura teorica su cui i rapporti inter-giurisdizionali si reggevano.

Nel particolare contesto del caso Taricco, pertanto, la via del "colonialismo culturale giuridico" pone drammaticamente in evidenza tutta la fragilità del fondamento teorico-sistematico del potere della Corte di giustizia nei rapporti con le giurisdizioni

⁴⁶ Il riferimento è alla decisione di Corte di Giustizia dell'Unione europea, 28 aprile 2011, Hassen El Dridi, C-61/11 PPU, la quale dopo aver affermato che "la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 2008, 2008/115/CE, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in particolare i suoi artt.15 e 16, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo", precisa ulteriormente che il giudice del rinvio – "incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto dell'Unione e di assicurarne la piena efficacia" – dovrà dunque "disapplicare ogni disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva 2008/115, segnatamente l'art. 14, comma 5-ter, di tale decreto legislativo" (§ 61), disposizione quest'ultima che costituiva la norma penale incriminatrice.

⁴⁷ Volendo cfr., ad es., T. E. EPIDENDIO, *Direttiva rimpatri e art. 14 T.U. immigrazione*, in *questa Rivista*, 20 gennaio 2011, nel quale si proponeva come corretto percorso quello di far derivare, dal contrasto con la direttiva rimpatri, la "non applicazione" della normativa amministrativa interferente con la competenza comunitaria e, venuta meno, la base legale del provvedimento di espulsione, la "disapplicazione" del provvedimento amministrativo illegittimo, che costituiva il presupposto dell'incriminazione; ciò proprio nella consapevolezza delle complicazioni di sistema (in particolare, con il principio di legalità interno nella forma della riserva di legge) che avrebbe comportato la "non applicazione" diretta della norma incriminatrice per contrasto con la normativa comunitaria: non è inutile ricordare che nelle prime "non applicazioni" (per contrasto con il diritto comunitario) in ambito penale, ben precedenti al caso El Dridi, il principio di legalità veniva ritenuto salvaguardato per il fatto che la "non applicazione" riguardava norme "non penali" integrative della fattispecie incriminata, vale a dire elementi normativi extra-penalmente integratori della norma incriminatrice (volendo cfr. T. E. EPIDENDIO, *Diritto comunitario e diritto penale interno. Guida alla prassi giurisprudenziale*, Milano, 2007).

nazionali che, come detto, fino ad ora non si era ancora posto in termini così problematici, a causa del “consenso culturale” dei giudizi nazionali, ben disposti a recepire una giurisprudenza che veniva percepita come autorevole anche, e soprattutto, in forza del tasso (più elevato) di garanzie che assicurava.

Non sembra inutile sottolineare, infatti, che l’intera costruzione dei rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale si fonda sostanzialmente su un “diritto giurisprudenziale” – della Corte di giustizia di Lussemburgo e della Corte costituzionale, ma con l’indispensabile sostegno della giurisprudenza comune in sede di applicazione diffusa – che, a fronte della labilità dei riferimenti normativi testuali (rinvenibili nella Costituzione e nei Trattati) ha elaborato una serie di strumenti che hanno fino ad ora assicurato una convergenza di risultato, anche se non di teorie fondative⁴⁸.

Questo emergere della *fragilità dei fondamenti* – fino ad ora occultati dal *consenso giudiziario* – potrebbe avere, peraltro, anche l’effetto (benefico) di innescare una opportuna chiarificazione su delicate e importanti questioni vertenti su una serie di punti che, in analogia a quando avvenuta per la nuova fondazione della geometria moderna, potremmo denominare il “*Programma di Erlangen*”⁴⁹ dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, una sorta di programma di ricerca attraverso il quale proporre nuove soluzioni ai problemi che questi rapporti pongono ormai come ineludibili.

Questo programma dovrebbe approfondire i seguenti punti: 1) le implicazioni che hanno le impostazioni “monistiche” e “dualistiche” dei rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale; 2) la presenza nell’attualità (e le reali possibilità) di superamento di questa (antica) contrapposizione di impostazioni anche alla luce delle competenze penali dirette dell’Unione europea a seguito del Trattato di Lisbona; 3) la tenuta della teorica della “limitazione” di sovranità in relazione alla teoria della ritrazione del diritto nazionale a favore di quello comunitario nelle aree di rilevanza di quest’ultimo; 4) la connessa tenuta pratica dello strumento della “non applicazione” che – non implicando un giudizio di illegittimità della norma a differenza della “disapplicazione” (con la quale è significativamente confusa dalla giurisprudenza di Lussemburgo) – è, a sua volta, alla base della teoria fondante la competenza diffusa del giudice comune e la non necessità della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma nazionale contrastante con il diritto comunitario; 5) la eventuale possibilità di recuperare un ruolo centrale e unificante della Corte costituzionale nel confronto con le giurisdizioni nazionali (che mi sembra si stia già affacciando nelle proposte di autorevoli

⁴⁸ Sembra significativo, ad esempio, che anche recenti trattazioni dell’argomento si caratterizzino per l’eccezionale densità di riferimenti giurisprudenziali (cfr. C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti adattamenti e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015).

⁴⁹ Il riferimento è al cd. “Erlanger Programm” di Felix Klein che nel 1872 pubblicò il manifesto di un programma di ricerca con il nome di *Vergleichende Betrachtungen über neuere geometrische Forschungen*, con il quale si proponeva una nuova soluzione al problema di come classificare e caratterizzare le geometrie.

penalisti, quali Palazzo)⁵⁰; 6) la tenuta applicativa di una teoria dei contro-limiti come strumento di “paralisi” e controllo degli effetti di singole norme comunitarie come interpretate da una o più sentenze della Corte di Giustizia e, quindi, in ultima analisi come teorica giustificativa del controllo delle sentenze della Corte di Giustizia da parte della Corte costituzionale italiana.

In questa sede non è possibile trattare, neppure sinteticamente i punti di cui sopra⁵¹, ma posso solamente accennare ad alcune personali convinzioni che, a mio avviso, dovrebbero segnalare possibili strade.

In primo luogo credo che l’affermarsi del contrasto di disposizioni interne con il diritto comunitario nella forma della violazione di diritti o valori fondamentali – siano o meno espressamente ricondotti a quelli codificati nella cd. “Carta di Nizza – non sembra consentire alcun reale margine di residua applicazione della medesima disposizione interna, almeno laddove l’espressione diritti fondamentali venga intesa come connotata dal carattere di universale inviolabilità. In questi limiti l’accertamento del contrasto con il diritto comunitario – da parte del giudice nazionale in base alle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia – in quanto affermazione di contrasto con un sistema di valori espressi dalla norma comunitaria prevalente rispetto a quelli espressi dalla norma nazionale, diventa sostanzialmente indistinguibile rispetto a quello di illegittimità della norma e fa, quindi, venir meno quella distinzione tra norma illegittima e norma applicabile nell’ambito di rilevanza comunitaria su cui si fondava la teorica della “non applicazione” e la correlata legittimazione del giudice comune. In altre parole, in questi casi l’accertamento del contrasto comunitario non risolvibile in via interpretativa, sembra costituire una sorta di accertamento di “*para-illegittimità*” della disposizione nazionale.

Proseguendo su questa via, e per evitare bizantine discussioni sullo statuto dei diritti fondamentali e sulla sussistenza di una loro accertata violazione, può rilevarsi che la conclusione di cui sopra – sul fatto che l’accertato contrasto con la norma comunitaria sia sostanzialmente indistinguibile da una dichiarazione di illegittimità della disposizione interna ed equivalga, quindi, ad una sorta di sua accertata “*para-illegittimità*” – potrebbe essere fatto valere in tutti i casi in cui il contrasto con la normativa comunitaria non lasci residuare alcuno spazio applicativo alla disposizione interna.

Dunque, se l’accertamento del contrasto con norme comunitarie, come contrasto che non consente residui spazi di applicazione della norma anche al di fuori dell’ambito di rilevanza comunitaria, sembra costituire una forma di accertamento di *para-*

⁵⁰ F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell’attuale momento storico*, in *Ars interpretandi*, V-2016, 2, p. 77 ss.

⁵¹ Il dibattito era iniziato già prima dell’ordinanza della Corte costituzionale (cfr., ad es., gli Atti del Convegno “*Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e il rapporto tra diritto penale e diritto europeo*”, Dipartimento di diritto pubblico dell’Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”, Roma, 4 ottobre 2016, ora confluiti in *Rivista AIC*, 4, 2016) ed è poi proseguito (cfr. Aa. Vv., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit.), ma seppure autorevolissimo e densissimo, sembra ancora ancorata ad una impostazione tradizionale della discussione che non tiene adeguato conto, del radicale mutamento di contesto.

illegittimità della disposizione – cioè un accertamento assimilabile, quanto a forma di giudizio assiologico e quanto a impossibilità di sopravvivenza della disposizione nell'ordinamento nazionale per la presenza di valori superiori – agli effetti dell'accertamento di illegittimità di una disposizione di legge, allora si apre una secca alternativa.

Secondo una opzione (secondo me da non assecondare e da evitare) si riconosce esplicitamente una competenza della Corte di giustizia a dichiarare (almeno implicitamente) l'illegittimità di norme nazionali per contrasto con l'ordinamento comunitario. Tuttavia, simile competenza non è stata, in realtà, mai riconosciuta e se ne comprendono bene le ragioni: essa implicherebbe una vera e propria "cessione" di sovranità, difficilmente compatibile con le "limitazioni" in condizioni di parità con gli altri Stati di cui all'art. 11 Cost.; inoltre, la competenza della Corte di giustizia resta una competenza "interpretativa" e ha pur sempre come oggetto le norme comunitarie, non quelle nazionali. In altre parole, riconoscendo tale competenza (di dichiarazione implicita di illegittimità delle norme nazionali) alla Corte di giustizia le si attribuirebbe un potere straordinario e le si consegnerebbe di fatto un controllo assoluto sulla produzione normativa dello Stato membro, alterandone di fatto la stessa struttura costituzionale.

D'altro canto, deve prendersi atto, con cinico realismo, che quanto (giustamente) viene rifiutato, espressamente, sul piano teorico, si finisce per accettarlo, implicitamente, sul piano pratico-operativo. Infatti, quando si dice che il giudice comune non deve applicare – per contrasto comunitario non risolvibile in via interpretativa – una norma nazionale che, per il particolare tipo di contrasto, non avrebbe più alcun residuo spazio di applicazione, si finisce per dire (agli effetti pratici) che il giudice comune deve trattare quella disposizione nazionale come se fosse stata dichiarata illegittima (o, se vogliamo, "para-illegittima", per mantenere distinti i casi di contrasto con le norme costituzionali dello Stato): tale dichiarazione implicita di illegittimità o si ritiene imputabile alla sentenza della Corte di giustizia (con le conseguenze sopra viste) o, addirittura, all'accertamento del contrasto insanabile da parte del giudice comune nel momento in cui esclude possibili soluzioni interpretative, con buona pace della competenza costituzionale esclusiva della Corte costituzionale a dichiarare l'illegittimità di disposizioni legislative. L'ordinamento nazionale diventerebbe, per così dire, pieno di "buchi normativi" (eventualmente colmati da norme comunitarie valutate come direttamente efficaci) la cui esistenza dipenderebbe, peraltro, dalle variabili e diffuse decisioni del giudice comune, alcuni dei quali potrebbero ritenere non applicabile la disposizione interna e altri opinare diversamente, potendosi così anche generare, in questa nebbia di competenze "sfumate" tra giudice comunitario e giudice comune, una situazione di grave incertezza su quali siano le disposizioni legislative vigenti in un determinato momento. Ne risulterebbe, quindi, un sistema di controllo delle leggi che, con un eufemismo, si potrebbe dire sensibilmente alterato rispetto a quello avuto in mente dal costituente, e tutto ciò a testo costituzionale immutato al riguardo. La drammatica sensazione è che nella pratica, anche se non nella teoria o nelle affermazioni espresse, ciò stia già avvenendo in modo sotterraneo e implicito in tutti i casi, una volta rari e ora sempre più frequenti (come dimostra il caso Taricco), in cui la disposizione

nazionale contrastante non abbia in realtà alcuno spazio residuo di applicazione e sia quindi destinata a non operare più.

Un'altra opzione – a mio avviso da seguire con maggiore interesse, nonostante il suo carattere certamente rivoluzionario rispetto ai tradizionali assetti dei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario – è quella di ritenere che determinate decisioni della Corte di giustizia, quelle cioè dalle quali si desume una contrarietà della norma nazionale con l'ordinamento comunitario in forma tale da non lasciare residui spazi applicativi alla disposizione nazionale, attivino le competenze interne dei singoli ordinamenti per l'eliminazione di dette norme, ciò che nel nostro ordinamento compete esclusivamente alla Corte costituzionale (con la dichiarazione di illegittimità costituzionale) o al legislatore (attraverso la modifica o l'abrogazione).

Per ragioni storiche e per la limitazione a queste sole forme estreme di contrasto con il diritto comunitario, non sembrano possano avere più valore decisivo quelle considerazioni, del resto di mero ordine pragmatico, sull'esigenza di salvaguardare la Corte costituzionale dall'essere sommersa da questioni di legittimità costituzionale. Inoltre, la soluzione consentirebbe di garantire certezza e prevedibilità, evitando le "babeli applicative" puntualmente verificatesi dopo il caso Taricco – dove alcuni giudici non hanno applicato la norma interna sulla prescrizione⁵², altri hanno escluso la rilevanza della decisione nel caso da decidere⁵³ e quindi hanno continuato ad applicare detta norma interna, altri ancora hanno sollevato questione di legittimità costituzionale chiedendo di attivare i cd. "controlimiti"⁵⁴ – "babeli" difficilmente tollerabili in qualsiasi settore dell'ordinamento, ma ancor meno in quello penale. Inoltre, la Corte costituzionale verrebbe messa in condizione di verificare immediatamente, in sede di *bilanciamento* con gli altri valori costituzionali inevitabilmente coinvolti, l'eventuale esistenza di contro-limiti, controllo ancora più urgente e non eludibile in materia penale.

In base a questa seconda alternativa, pertanto, in presenza di sentenze della Corte di giustizia dalle quali si desume un contrasto della disposizione nazionale con la normativa comunitaria tale da non essere risolvibile in via interpretativa e da non lasciare spazi residui di applicazione alla norma nazionale, il giudice comune avrebbe l'onere di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna in modo da consentirne, salvo che non vengano ritenuti sussistenti conto-limiti⁵⁵, la dichiarazione di illegittimità da parte della Corte costituzionale, secondo l'ordine di competenze

⁵² Cass., Sez. III, 17 settembre 2015-20 gennaio 2016, n. 2210; v. anche Cass., Sez. III, 7 giugno-24 ottobre 2016, n. 44584.

⁵³ Cass., Sez. IV, 25 gennaio-26 febbraio 2016, n. 7914 che ha escluso dall'operatività della sentenza della Corte di Giustizia i fatti già prescritti all'epoca della decisione europea.

⁵⁴ Cass., Sez. III, ord. 30 marzo-8 luglio 2016, n. 28346; v. anche Corte App. Milano, Sez. II penale, ord. 18 settembre 2015.

⁵⁵ Nel qual caso la questione dovrebbe essere dichiarata non fondata, in quanto la norma comunitaria come interpretata dalla Corte di giustizia sarebbe inidonea, in quanto a suo volta in contrasto con principi basilari del nostro ordinamento, a determinarne l'illegittimità: si tratta in sostanza di una sorta di giudizio costituzionale di bilanciamento (rafforzato) tra valori, rafforzato in quanto solo alcuni valori essenziali (o basilari) sono considerati idonei a prevalere. sul punto più ampie considerazioni verranno sviluppate nel conclusivo § 9.

esclusive stabilito dalla nostra Carta costituzionale, per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. come integrato dalla norma comunitaria risultante dalla sentenza della Corte di Giustizia.

Più problematico, per fondare la dichiarazione di illegittimità costituzionale, sarebbe il riferimento tradizionale alle limitazioni di sovranità di cui all'art. 11 Cost., che potrebbe però mantenersi (insieme al riferimento all'art. 117, primo comma, Cost.), interpretandolo nel senso che le limitazioni di sovranità consentite dalla norma costituzionale fanno comunque salva la possibilità che l'ordinamento statale si adegui secondo le modalità e le peculiarità che gli sono proprie: ciò che, nel settore penale, implica forme rispettose del principio costituzionale di legalità.

Se il rimettente è invece convinto che sia la norma comunitaria (come interpretata dalla Corte di giustizia) a dover recedere, in quanto violi principi costituzionali fondamentali tali da attivare i contro-limiti, questi dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale della norma esecutiva del Trattato, nella parte in cui dà ingresso alla norma comunitaria risultante dalla sentenza della Corte di giustizia, per violazione dei parametri costituzionali considerati idonei ad attivare i predetti contro-limiti.

Non sfugge il carattere problematico e totalmente rivoluzionario di questa seconda alternativa, che meriterebbe però di essere ulteriormente approfondita e migliorata – quanto meno in relazione al settore penale e, come detto, limitatamente alle ricordate forme di incompatibilità che non consentono alcuna residua applicazione della norma nazionale – considerata la (forse ancor più grave) problematicità, in queste limitate ipotesi, del mantenimento dell'impostazione tradizionale con la quale si sono impostati i rapporti tra diritto comunitario e diritto interno.

Tale problematicità sembra particolarmente evidente proprio in relazione al caso della prescrizione quale scaturito dalla sentenza Taricco dove, mantenendo l'impostazione tradizionale, si finirebbe per ammettere la convivenza, nel sistema nazionale, di due differenti regimi della prescrizione, non a seconda dei reati coinvolti, ma a seconda degli "interessi" che – una gamma indifferenziata di reati – possono in astratto coinvolgere. Si pensi, ad esempio, a una truffa per finanziamenti statali e una truffa per finanziamenti comunitari: la prima si prescriverebbe in un termine enormemente inferiore alla seconda⁵⁶. Ciò a tacere del fatto, già rimarcato in precedenza, della "babele giurisprudenziale" che in simili ipotesi si è scatenata in ordine alla decisione di procedere o meno alla "non applicazione" della norma statale.

Del resto, la soggezione dei giudici comuni al diritto comunitario non sembra debba esprimersi necessariamente ed esclusivamente nella forma del ricorso alla "non applicazione", ben potendo essa manifestarsi in forme diverse, tra le quali non si vede perché debba essere esclusa quella della proposizione di questione di legittimità costituzionale. Di tal che neppure questa obiezione sembra potersi opporre in modo decisivo a questo percorso che, contrariamente a quello che taluno potrebbe obiettare,

⁵⁶ Devo l'osservazione ad Alberto Macchia, cui ne va il merito, dovendosi a me imputare eventuali imprecisioni nel riportare il suo pensiero.

ha lo scopo di salvaguardare il legame dell'Italia con l'Unione europea, cercando di risolvere nodi problematici di gravità tale che, se non fossero in qualche modo sciolti, determinerebbero uno stato di crisi permanente dei rapporti inter-ordinamentali.

6. Diplomazia giudiziaria e tecnica dell'ultimatum.

Di fronte alla via "colonialistica" intrapresa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, illustrata al paragrafo precedente in tutte le sue delicate implicazioni, con l'ordinanza n. 24 del 2017 la Corte costituzionale italiana sembra tentare una via apparentemente più morbida per attuare da parte sua la convinzione della superiorità assiologica della propria Carta costituzionale: una via che potremmo definire come la via "diplomatica"⁵⁷ ai rapporti tra giurisdizione nazionale e giurisdizione comunitaria, ma si tratta, come vedremo, di "diplomazia apparente".

La Corte costituzionale sembra, infatti, praticare il *judicial borrowing*⁵⁸, il prestito giudiziario, traducendo le proprie terminologia, sintassi e concettualità giuridiche in quelle comunitarie, prendendo "in prestito" termini e concetti elaborati dalla giurisdizione sovranazionale con la quale intende "dialogare". Così la nostra Corte costituzionale traduce nel gergo comunitario della "prevedibilità" (e della connessa giurisprudenza comunitaria elaborata in proposito) il problema nazionale della "determinatezza" sottesa al principio di legalità penale secondo la Costituzione italiana. Analogamente sembra porre il problema della natura sostanziale delle norme sulla prescrizione secondo l'ordinamento nazionale nei termini del problema comunitario del massimo standard di tutela dei diritti fondamentali, recependo e distinguendo il caso rispetto ai precedenti (in particolare il caso Melloni) già affrontati della medesima giurisprudenza comunitaria⁵⁹.

La Corte costituzionale non sembra poi porre espressamente la questione del rispetto della "riserva di legge" – che avrebbe potuto determinare una chiusura radicale rispetto agli apporti dell'intero diritto comunitario giurisprudenziale penale, esacerbando la crisi – ma in quello della "determinatezza", che si traduce in un problema contingente connesso alle peculiari caratteristiche del diritto comunitario giurisprudenziale, quale risultante da una singola sentenza.

Peraltro, in questo modo si pone come questione generale un problema (quello della determinatezza-prevedibilità) che, invece, riguarda uno solo dei principi affermati

⁵⁷ Ha parlato sin da subito di decisione "diplomatica", ad esempio, M. I. FERRANTE, *L'ordinanza della Corte costituzionale sull'affaire Taricco: una decisione diplomatica, ma ferma*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2017.

⁵⁸ Sul tema del *judicial borrowing* v. in generale L. MARCHETTONI, *Dialogo tra le Corti e judicial borrowing. Una prospettiva inferenzialista*, in *Riv. di filosofia del diritto*, 1-2015, pp. 149-170.

⁵⁹ Corte di giustizia UE, GS, 26 febbraio 2013, C-399/11, Melloni, sentenza con la quale si è escluso che, in forza delle previsioni della Costituzione di uno Stato membro, potessero aggiungersi ulteriori condizioni all'esecuzione di un mandato di arresto europeo, rispetto a quelle pattuite con il "consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme a proposito della portata da attribuire, secondo il diritto dell'Unione, ai diritti processuali di cui godono le persone condannate *in absentia*".

dalla Corte di Giustizia nella sentenza Taricco, vale a dire il solo principio dell'ostacolo alla repressione di *gravi frodi* in un *numero considerevole* di casi.

Sembra significativo, a questo riguardo, notare come la Corte costituzionale trascuri (o finga di trascurare) che il problema della determinatezza non si pone per l'altro principio affermato dalla Corte di Lussemburgo, quello cioè della *regola di assimilazione*, quanto a trattamento prescrittivo, dei reati concernenti le frodi agli interessi finanziari dello Stato rispetto a quelle relative agli interessi finanziari dell'Unione europea, regola in sé determinatissima.

Evidente risulta, dunque, il fatto che la Corte costituzionale italiana si è impegnata in un'opera di traduzione del proprio lessico e della propria concettualità giuridica, nel chiaro intento di potersi incontrare su un "terreno comune", comprensibile a entrambe le giurisdizioni, ciò anche grazie agli artifici di impostazione della questione pregiudiziale e alle ambiguità che si sono sopra evidenziate.

Tuttavia, il volto nascosto di questa diplomazia ha un aspetto feroce, in quanto assume le forme di una "*giurisprudenza anticipatoria degli effetti*".

L'ordinanza con la quale si solleva una questione pregiudiziale interpretativa, infatti, è una tipica ordinanza interlocutoria, il cui oggetto dovrebbe essere esclusivamente l'interpretazione della disposizione comunitaria della cui portata si dubita ai fini della verifica di compatibilità con una disposizione interna. Invece, la citata ordinanza n. 24 del 2017, pur formalmente interlocutoria, contiene non solo una serie di affermazioni definitive sul merito, come quelle ad esempio sulla natura sostanziale dell'istituto della prescrizione e sulla portata del principio di legalità in materia penale, ma esplicita altresì quali sarebbero le conseguenze delle risposte al quesito, assumendo così un inedito contenuto anticipatorio degli effetti, ancor più inedito in considerazione dell'inusuale formulazione della pregiudiziale interpretativa, con la quale si chiede in sostanza alla Corte di Giustizia di chiarire se intenda mantenere le affermazioni già formulate anche dopo le precisazioni della Corte costituzionale italiana in ordine alla portata del principio di legalità in materia penale nell'ordinamento nazionale: nel caso la risposta fosse confermativa delle statuizioni già assunte, si afferma espressamente che la conseguenza sarebbe la dichiarazione di illegittimità costituzionale, per contrasto coi principi supremi, dell'impugnata norma nazionale di esecuzione del Trattato nella parte in cui consente l'applicazione della norma comunitaria come interpretata dalla Corte di Giustizia.

7. La giurisprudenza costituzionale interlocutoria e anticipatoria degli effetti: il diritto penale dell'attesa.

Sul punto devono formularsi alcune osservazioni in relazione agli effetti esterni e interni della via intrapresa dalla Corte costituzionale italiana.

Quanto agli effetti esterni, deve osservarsi che la particolare forma di diplomazia "giudiziaria" che si è inteso seguire contravviene a uno dei principi fondamentali della diplomazia "politica" internazionale, in base alla quale si esplicita sì la valutazione della condotta pregressa della controparte (ad esempio in termini di preoccupazione,

disappunto o altro), e si indica altresì la condotta che sarebbe apprezzata, ma si lasciano del tutto indeterminate le conseguenze di una mancata soluzione consensuale, per l'elementare considerazione che la prospettazione di effetti futuri che siano percepiti come un male ingiusto dal destinatario corrisponderebbero alla definizione tecnica di "minaccia", con l'evidente rischio di innescare quell'*escalation* delle reazioni che la diplomazia si propone di evitare, nell'intento di perseguire soluzioni concordate e non imposte (con la forza).

Un'avvisaglia di questa possibilità di *escalation* della crisi tra Corte costituzionale italiana e Corte di giustizia si è avuta con il deposito delle conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot, nella causa C-42/17, procedimento penale a carico di M.A.S. e M.B. – cioè proprio quella originata da rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana. L'Avvocato generale, infatti, propone alla Corte di giustizia di rispondere ai quesiti posti nel modo seguente: "1) L'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE deve essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale, che agisce quale giudice di diritto comune dell'Unione, di disapplicare il termine di prescrizione assoluto risultante dal combinato disposto dell'articolo 160, ultimo comma, e dell'articolo 161, secondo comma, del codice penale nell'ipotesi in cui siffatta normativa impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive nei casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. 2) La nozione di interruzione della prescrizione dev'essere considerata una nozione autonoma del diritto dell'Unione e dev'essere definita nel senso che ogni atto diretto al perseguimento del reato nonché ogni atto che ne costituisce la necessaria prosecuzione interrompe il termine di prescrizione; tale atto fa quindi decorrere un nuovo termine, identico al termine iniziale, mentre il termine di prescrizione già decorso viene cancellato. 3) L'articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che le autorità giudiziarie italiane disapplichino, nell'ambito dei procedimenti in corso, il combinato disposto dell'articolo 160, ultimo comma, e dell'articolo 161, secondo comma, del codice penale conformemente all'obbligo stabilito dalla Corte di giustizia nella sentenza dell'8 settembre 2015, Taricco e a. (C-105/14, EU:C:2015:555). 4) L'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali non consente all'autorità giudiziaria di uno Stato membro di opporsi all'esecuzione dell'obbligo stabilito dalla Corte di giustizia nella sentenza dell'8 settembre 2015, Taricco e a. (C-105/14, EU:C:2015:555) con la motivazione che tale obbligo non rispetterebbe il livello di tutela più elevato dei diritti fondamentali garantito dalla Costituzione di tale Stato. 5) L'articolo 4, paragrafo 2, TUE non consente all'autorità giudiziaria di uno Stato membro di opporsi all'esecuzione dell'obbligo stabilito dalla Corte di giustizia nella sentenza dell'8 settembre 2015, Taricco e a. (C-105/14, EU:C:2015:555) con la motivazione che l'applicazione immediata a un procedimento in corso di un termine di prescrizione più lungo di quello previsto dalla legge in vigore al momento della commissione del reato sarebbe tale da compromettere l'identità nazionale di tale Stato".

Le reazioni a tali forme inedite di "diplomazia giudiziaria", oltre a rischiare di esacerbare anziché attenuare le divergenze tra giurisdizioni, pongono anche alcuni

problemi tecnici relativi alla *nozione di "atto chiaro"* come condizione di ammissibilità del rinvio pregiudiziale. Occorre infatti chiedersi (e per prima ovviamente dovrebbe chiederselo la Corte di giustizia) se una sentenza interpretativa della Corte competente (quella di Lussemburgo) in ordine alla compatibilità di una disposizione interna (a testo e contesto inalterato) con una medesima norma comunitaria (parimenti a testo e contesto inalterato) possa ritenersi non raggiungere il limite della chiarezza per il fatto di non aver preso in considerazione alcuni parametri (quali il principio della massima salvaguardia dei diritti, o quello della determinatezza-prevedibilità della "regola giurisprudenziale" da applicare) che il giudice rimettente somministra. Non si tratta, infatti, di chiedere una interpretazione della sentenza della Corte di giustizia, ma di rivederne la portata che si assume illegittima in base a parametri del diritto comunitario che il giudice nazionale ritiene non adeguatamente presi in considerazione dal giudice di Lussemburgo: in tal modo egli sembra effettuare un'invasione nel campo altrui analoga a quella di chi, come la Corte di giustizia, ritiene di poter indicare i mezzi di rimedio interni per assicurare la prevalenza del diritto comunitario. Qualcuno potrebbe forse addirittura sostenere che, nelle forme di una questione pregiudiziale interpretativa, la Corte costituzionale italiana proponga in realtà una sorta di inammissibile impugnazione contro la sentenza della Corte di giustizia.

L'anticipazione degli effetti in un'ordinanza interlocutoria inaugura, poi, sul versante interno una sorta di *diritto penale dell'attesa* altrettanto inedito. Come potrebbe, ad esempio, un giudice nazionale decidere su cautele reali relative a reati che sarebbero prescritti, se non si "inapplicassero" le disposizioni nazionali sul termine massimo di prescrizione contrastanti con le norme comunitarie, senza tenere in considerazione le affermazioni rivolte dalla Corte costituzionale al giudice di Lussemburgo, in ordine al fatto che le norme comunitarie come interpretate dalla Corte di giustizia verrebbero giudicate costituzionalmente illegittime. Se poi il problema sembra più agevolmente risolvibile quando si tratti di giudizi prognostici, come quelli cautelari, non altrettanto potrebbe dirsi per i giudizi di merito pendenti, nei quali il giudice a rigore dovrebbe sollevare analoghe questioni pregiudiziali interpretative alla Corte di giustizia o nuove questioni di legittimità costituzionale ovvero applicare il diritto così qual è, ottemperando ai *dicta* di Lussemburgo come già la Corte di cassazione aveva fatto (e, invero, talvolta continua a fare), non essendo ancora intervenuta alcuna dichiarazione di illegittimità costituzionale. È evidente che la soluzione di buon senso è quella di rinviare questi procedimenti e non condannare alcuno in attesa che i dubbi vengano sciolti, ma il problema è serio e non può liquidarsi con un'alzata di spalle, quasi che fosse una banalità, l'evidente anomalia di un'ordinanza interinale che, mediante affermazioni provvisorie rivolte al giudice comunitario, in realtà realizza già effetti giuridici – che ovviamente potrebbero essere in futuro smentiti e sui quali non esiste alcuna garanzia istituzionale di stabilità – nelle decisioni (quanto meno cautelari) dei giudici nazionali.

La situazione di incertezza e imprevedibilità che l'ordinanza costituzionale determina sul fronte interno sembra, dunque, analoga o paragonabile a quella lamentata in relazione alla sentenza di Lussemburgo. Inoltre, l'assenza di una decisione del merito da parte della Corte costituzionale incide sulla variabile temporale che proprio l'istituto della prescrizione disciplina, con effetti di amplificazione ricorsiva del problema.

La personale convinzione di chi scrive è che, in generale, la giurisdizione non possa e non debba essere “diplomatica” e che, specie in sede penale, abbia il dovere di parlare nel tempo più breve possibile, con la massima chiarezza e con piena e autonoma assunzione di responsabilità della decisione che le è rimessa, senza coltivare tattiche dilatorie, ambiguità e “doppi pensieri”, copiando un costume spesso stigmatizzato dalla giurisprudenza quando essa lo osserva nella politica (in sede di produzione legislativa), terreno dove, invero, avrebbe maggiore legittimazione e diritto a essere praticato rispetto al terreno giurisprudenziale.

8. Il problema del diritto giurisprudenziale per il principio di legalità penale.

Eppure al di là dei molti problemi e spunti di approfondimento generale che il confronto tra Corte di giustizia e Corte costituzionale ha posto in luce, la questione fondamentale sembra restare quella dei limiti di ammissibilità di un “diritto giurisprudenziale” in aree coperte dalla riserva (tendenzialmente) assoluta di legge⁶⁰.

Per risolvere adeguatamente la questione occorre affrontare preliminarmente alcuni punti.

In primo luogo, si pone l’esigenza di riconoscere l’esistenza del *diritto giurisprudenziale* come *fenomeno giuridico autonomo*, non riducibile⁶¹ alla *tradizionale* “interpretazione” o “applicazione” del diritto⁶².

In particolare si potrebbe lavorare su una nozione di diritto giurisprudenziale la cui presenza venga riconosciuta quando la *scelta della “norma”* attribuita a una “disposizione” giuridica sia *determinata* principalmente da *fattori extratestuali* variabili nel tempo e nello spazio (cioè quando la scelta normativa è “sovradeterminata”⁶³ rispetto al “testo”).

L’esistenza di fattori extratestuali variabili determinanti la norma è ciò che “fa problema” con il *principio di legalità* inteso in senso tradizionale, posto che in tale

⁶⁰ Tra i primi commentatori mi pare che in particolare Kostoris abbia individuato questa come la questione essenziale soggiacente al contrasto messo in scena dalle due Corti (cfr. R. E. KOSTORIS, [La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei ‘controlimiti’ e scontro tra paradigmi](#), in Aa. Vv., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti* cit., p. 175 ss.).

⁶¹ Come sembra ancora ritenere Palazzo (cfr. F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell’attuale momento storico*, cit.) pur in una lucida e autorevole ricognizione e proposta di soluzione dei problemi, attraverso una etica della limitazione nell’attività interpretativa generale e il riconoscimento di un rinnovato ruolo centrale della Corte costituzionale in relazione alle cosiddette attività di interpretazione orientata o conforme.

⁶² In questa sede non può essere affrontata, con spazi adeguati, la complessa questione della nozione di interpretazione e il ruolo che essa svolge nell’esercizio della giurisdizione: sia, pertanto, consentito rinviare (anche per una selezione della sterminata bibliografia sul tema) rinviare a T. E. EPIDENDIO, [Riflessioni teorico-pratiche sull’interpretazione conforme](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2012, p. 26 ss.

⁶³ Intendo il termine non nel senso tradizionale psicanalitico, di determinazione del significato sulla base di una pluralità di fattori derivati dall’inconscio, ma nel senso più strettamente linguistico di significato determinato da una molteplicità di fattori (quindi di carattere economico, sociale, etico o politico) non esplicitati dal testo, senza i quali non sarebbe possibile attribuire quel significato.

tradizionale accezione esso si basa sull'assunto che il significato sia determinabile (tesi ontologica) o vada determinato (tesi normativa) esclusivamente da quegli elementi testuali prodotti con atti legislativi.

Al di là della terminologia che si vuole usare, il punto centrale è che la tradizionale concezione del principio di legalità penale è messa in crisi dalle teorie dell'ermeneutica giuridica, che rappresentano perciò (come dice Vogliotti)⁶⁴ lo "scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna".

Di fronte a questo scandalo, dopo un'epoca di incendiari (inconsapevoli?) che, incoraggiando la formazione di un diritto giurisprudenziale sempre più libero, visto come paladino dei diritti fondamentali della persona a scapito di una giurisprudenza attenta alle esigenze del testo (bollata come retrograda e burocratica), hanno distrutto tutti i cd *miti della certezza* (*in primis* il giudicato), questi stessi incendiari (messi di fronte alle inevitabili conseguenze di un approccio metodologico al diritto evidentemente non sufficientemente meditato in tutte le sue implicazioni) hanno iniziato a gettare acqua sul fuoco, con il rischio di far morire annegati coloro che si volevano salvare dall'incendio che essi stessi hanno appiccato.

Dopo un eccesso di incendiari sembra che adesso ci troviamo di fronte a un eccesso di pompieri, di *laudatores temporis acti*, che sembrano rimpiangere il passato e invocano il ritorno a un principio di legalità vecchio stampo, il ritorno alla buona e sana vecchia "interpretazione" e "applicazione" del diritto legislativo, ritenendo che non si possa trasformare il sistema giuridico positivo attraverso l'implementazione di esoterici modelli teorici, come quelli dell'ermeneutica che, così, dopo l'iniziale entusiasmo rischia di essere abbandonata.

In realtà, l'applicazione dell'ermeneutica al diritto ha solo fornito strumenti descrittivi di una realtà giuridica che già esisteva e che, per la mancanza di strumenti analitici che potessero evidenziarne l'esistenza, rimaneva sottotraccia e *travestita*, a coprire le più disparate operazioni ideologiche.

Dunque, anche grazie al lavoro svolto dell'"ermeneutica giuridica"⁶⁵, può affermarsi che il diritto giurisprudenziale esiste ed è sempre esistito, anche in sistemi a diritto legislativo scritto: è un fenomeno che riguarda non solo (e pur nelle loro indiscutibili differenze) la giurisprudenza comunitaria di Lussemburgo, quella della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo o quella costituzionale, ma è un fenomeno che riguarda anche la giurisprudenza comune: si pensi, ad esempio, alle decisioni delle Sezioni unite della Corte di cassazione sulla definizione di ingente quantità ai fini del riconoscimento dell'aggravante nei reati in materia di stupefacenti⁶⁶.

L'acquisita consapevolezza (ermeneutica) della ineliminabile e fisiologica esistenza del "diritto giurisprudenziale" – cioè del fatto che la norma-significato è

⁶⁴ M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 44, 2015, pp.131-181

⁶⁵ Sul tema, volendo, T. E. EPIDENDIO, *Riflessioni teorico-pratiche sull'interpretazione conforme*, cit.

⁶⁶ Cass. Sez. Un. 20 settembre 2012, n. 36258; per ulteriori indicazioni sul tema v. Aa. Vv., *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. Cadoppi, Roma, 2017, in particolare, volendo, l'intervento T. E. EPIDENDIO, *I rapporti fra Corte costituzionale e Cassazione in tema di legalità*, p. 225 ss.

determinata non solo da fattori testuali (disposizioni-enunciati normativi), ma anche da fattori extra-testuali utilizzati più o meno esplicitamente dal giudice per pervenire alla decisione del “caso giuridico” – comporta, pertanto, *una sfida dottrinale decisiva, quella di (ri-)pensare il principio di legalità nei termini di una ricostruzione dei limiti del diritto giurisprudenziale accettabile in aree, come quella penale, coperte da riserva di legge (tendenzialmente assoluta): questa la strada che, meritoriamente, mi sembra abbia iniziato ad aprire di recente Donini*⁶⁷.

In quest’opera e in questo sforzo è essenziale, però, offrire *strumenti operativi* che consentano una *controllabilità* del rispetto dei *limiti*. Sembra a chi scrive che sia, pertanto, sconsigliabile fare ricorso a dottrine (costituzionali) come quelle del “nucleo essenziale” o di una protezione a “cerchi concentrici” che – pur vantando una loro tradizione applicativa in relazione alla tutela costituzionale, ad esempio, del diritto di proprietà – finirebbero per rimettere alle valutazioni assiologiche di ciascheduno stabilire quale sia il confine non oltrepassabile del nucleo essenziale del principio di legalità, ciò in quanto si tratta di dottrine che non contengono in se stesse i fattori per stabilire tali confini, i quali dovrebbero essere perciò desunti da fattori extratestuali e imporrebbero, perciò, quel medesimo libero ricorso a fattori extratestuali che il principio di legalità dovrebbe invece temperare. In altre parole, simili dottrine sembrano prestarsi, quando applicate al principio di legalità, a offrire generale copertura teorica alle più disparate operazioni di delimitazione del principio di legalità, finendo così per legittimare o delegittimare qualsiasi soggettiva presa di posizione giurisprudenziale.

In primo luogo, dunque, occorre chiarire che la scoperta del cd. “circolo ermeneutico” o del concetto di “semiosi illimitata” – il fatto, cioè, che siano desumibili anche infinite interpretazioni da un medesimo testo e che queste siano variabili nel tempo e nello spazio – non significa “arbitrarietà dell’interpretazione”, non significa che a un testo sia attribuibile qualsiasi significato o, per dirla con Umberto Eco⁶⁸, non significa ridurre l’interpretazione ad (ab)uso del testo, decostruito e ricostruito a piacere secondo l’*intentio lectoris*, così come, dal lato opposto, non significa che l’interpretazione debba intendersi come mera ricostruzione dell’*intentio auctoris* (nel nostro caso la ricostruzione di una presunta quanto impalpabile volontà legislativa). Anche gli enunciati normativi sono un’“opera aperta”⁶⁹, ma ciò non vuol dire che non sia ricostruibile una *intentio operis*, che consenta di individuare gli (ab)usi del testo normativo e i significati al medesimo non attribuibili.

Con le efficaci espressioni del medesimo Eco occorre ripetere con fermezza: «C’è nel codice Rocco un comma che si intitola “Turbata libertà degli incanti” e posso leggere questo titolo come un incipit poetico, fra rondismo ed ermetismo, sui fremiti di

⁶⁷ M. DONINI, [Il diritto giurisprudenziale](#), cit.

⁶⁸ U. ECO, *I limiti dell’interpretazione*, Milano, 2000.

⁶⁹ Titolo dell’omonimo e celebre saggio del 1962 proprio di Umberto Eco (ora ripubblicato in U. ECO, *Opera aperta*, Milano, 2000), di cui si trovavano già le premesse in U. ECO, *Il problema dell’opera aperta*, comunicazione al XII Congresso internazionale di filosofia del 1958, Atti, vol. VII, Firenze, 1961.

un'adolescenza delusa. Ciò non toglie che le convenzioni linguistiche mi dicano che in quel testo *incanti* vuol dire "aste" e l'articolo si riferisce alla turbativa d'asta»⁷⁰.

Non ci sono gli spazi per approfondire le implicazioni teoriche del tema. Posso quindi solo accennare all'utilità, per il giurista e per l'operatore pratico dell'impostazione seguita da filosofi come Michael Dummett⁷¹ e Robert Brandom⁷² per l'attenzione che i medesimi hanno prestato agli aspetti della controllabilità pubblica e degli impegni che comporta la comprensione di un testo, in generale e, si potrebbe dire, a maggior ragione se si tratta di un testo giuridico-normativo. In particolare, risulta di estremo interesse la teoria secondo cui il significato di un enunciato dipende sia dalle sue condizioni di asseribilità, cioè dalle giustificazioni che dobbiamo fornire per essere autorizzati o titolati ad asserirlo (*entitlements*), sia dalle conseguenze di esso, vale a dire dagli impegni (*commitments*) che assumiamo con quell'asserzione. In particolare, secondo Brandom, comprendere il significato di un enunciato è impegnarsi in una rete di diritti e impegni, corrispondenti non ad una razionalità strumentale (caratterizzata cioè dall'adeguare i mezzi ai fini), ma ad una razionalità argomentativa (caratterizzata dal rendere esplicito ciò che viene assunto implicitamente, così da metterlo in una forma in cui se ne possa dare e chiedere ragione). Una tale prospettiva pragmatica della filosofia del linguaggio di Brandom dimostra, in primo luogo, come l'attività linguistica in generale, e non solo quella limitata ad enunciati assertivi, abbia una dimensione essenzialmente etica, di responsabilità, poiché padroneggiare la pratica discorsiva in genere significa sapere a che cosa ci si impegni eseguendo certi atti linguistici e cosa ci autorizzi ad eseguirli. Se ciò vale per le asserzioni e per il linguaggio in generale, deve valere a maggior ragione per gli enunciati normativi e per l'interpretazione giuridica. Infatti, le conclusioni di cui sopra non dipendono dal fatto che si tratti di giudizi di fatto, ma dipendono dalla struttura generale dell'attività discorsiva, di tal che estenderla a giudizi di valore non pone alcun problema di violazione della cd. legge di Hume, secondo cui da giudizi di fatto non possono derivarsi giudizi di valore e viceversa, con la conseguenza che i giudizi sulle proposizioni normative non potrebbero mai porsi in termini di verità o falsità, ma solo in termini di validità o invalidità (ovvero efficacia o inefficacia). In realtà è proprio l'operatore giuridico, in considerazione del suo inserimento istituzionale e della istituzionalizzazione degli effetti delle sue interpretazioni o applicazioni del diritto, che maggiormente dovrebbe porsi il problema dell'esplicitazione degli "impegni" che l'adozione di una determinata attribuzione di significato comporta e delle "autorizzazioni" di cui la stessa necessita per legittimarla⁷³.

Dunque, ogni *rilettura in chiave moderna del principio di legalità* deve partire, a mio avviso, dall'individuazione, come limite invalicabile, del divieto di qualsiasi *diritto giurisprudenziale contro il testo*, nel senso che si è sopra precisato: in particolare, aggiornando e specificando in questo modo il datato concetto di "interpretazione *contra*

⁷⁰ U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, cit., p. 127.

⁷¹ M. DUMMETT, *Le basi logiche della metafisica*, Bologna, 1996.

⁷² R. BRANDOM, *Articolare le ragioni*, Milano, 2002.

⁷³ Cfr. T.E. EPIDENDIO, [Riflessioni teorico-pratiche sull'interpretazione conforme](#), cit., p. 36; v. anche L. MARCHETTONI, *Dialogo tra le corti*, cit.

legem”, quando la norma estratta implica ablazioni o sostituzioni (di parti) degli enunciati normativi contenuti in atti avente forza di legge, ablazioni o sostituzioni senza le quali tale significato non sarebbe attribuibile.

Ciò vale naturalmente per il giudice comune: qui si può solo accennare alla posizione particolare che può rivestire la Corte costituzionale per le competenze espressamente attribuitele dalla Costituzione della Repubblica: ciò evoca l’annoso problema della “sindacabilità delle disposizioni penali *in bonam partem*”, problema che qui si può solo indicare, in quanto richiederebbe un intervento autonomo⁷⁴.

Come ovvio, il problema più delicato è quello di stabilire i limiti dell’estrazione di norme che implicano “addizioni *secundum legem*” al testo contenuto in atti aventi forza di legge.

Procedendo per punti, nei limiti contenuti del presente intervento, possono delinearsi alcuni percorsi da approfondire.

Il diritto giurisprudenziale *secundum legem* ammissibile sembra, in primo luogo, solo quello che funzioni come *integratore di determinatezza* della disposizione⁷⁵: è, in realtà, questa la fisiologica funzione che riveste la giurisdizione nel suo operare sotto la spinta dei “casi vivi”.

Probabilmente, seguendo l’impostazione già fatta propria dalla Corte costituzionale in relazione alle sue sentenze, occorre poi distinguere tra effetti *in bonam partem* e *in malam partem* del diritto giurisprudenziale. A questo riguardo – e più in particolare – si potrebbero aprire interessanti territori di ricerca in relazione al principio di legalità come *irretroattività* della norma penale, attraverso uno studio delle tensioni già manifestatesi in giurisprudenza per quanto riguarda l’ammissibilità di *mutamenti giurisprudenziali solo prospettivi*, quando si versi in casi di vero e proprio diritto giurisprudenziale e non di semplice interpretazione – superando in questi limiti l’impostazione attribuita alla sentenza n. 320 del 2012 della Corte costituzionale sull’art. 673 cod. proc. pen., in relazione al reato di mancata esibizione dei documenti per i clandestini – che nella sua literalità offre invero maggiori spazi di quelli solitamente attribuitigli – così da pensare al *diritto giurisprudenziale prospettivo “in malam partem”* come rimedio all’instabilità e come garanzia di prevedibilità, sempre che esso sia *secundum legem* e funzioni come integratore di determinatezza.

⁷⁴ Sul punto v. Corte cost., sentenze n. 179 del 2017, n. 46, n.32 e n. 5 del 2014, n. 162 del 2012, n. 28 del 2010, n. 394 del 2006, n. 148 del 1983 e ordinanze n. 184 del 2017 e ordinanze n. 285 del 2012, n. 204, n. 66 e n. 5 del 2009. Alcune considerazioni in merito sviluppa, con specifico riferimento al caso Taricco, M. D’AMICO, *Principio di legalità penale e dialogo tra le Corti. Osservazioni a margine del caso Taricco*, in *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., 97 ss.

⁷⁵ Qualche approfondimento del concetto di giurisprudenza come integratore di determinatezza si trova, volendo, in T. E. EPIDENDIO, *Eguaglianza, offensività e proporzione della pena*, in *Treccani. Il libro dell’anno del diritto*, 2015, p. 101 ss.; ID. [Brevi impressioni e spunti a margine del dibattito su mutamento giurisprudenziale](#), in *questa Rivista*, 14 dicembre 2012.

9. Conclusioni.

Sulla base delle premesse accennate nei paragrafi precedenti, possono delinearsi alcuni assunti in base ai quali impostare il problema ben più generale evocato dal caso particolare della “sentenza Taricco” della Corte di giustizia dell’Unione europea e dalla seguente ordinanza di rimessione di questione pregiudiziale interpretativa da parte della Corte costituzionale italiana.

In particolare, sembra che si possano delineare alcuni assunti, che qui si possono accennare come percorso risolutivo, ma che restano da verificare e approfondire: si tratta cioè del tentativo di formulare ipotesi risolutive generali da sottoporre a dibattito.

In primo luogo, un rilievo fondamentale riveste la constatazione che il diritto comunitario si costituisce spesso – se non essenzialmente – come “diritto giurisprudenziale” attraverso le sentenze della Corte di giustizia dell’Unione europea.

In secondo luogo, il “diritto comunitario giurisprudenziale” si esprime prevalentemente secondo una forma particolare, in base alla quale si afferma che la norma comunitaria X, che prevede Y (in tal modo stabilendosene il contenuto in base a fattori extra-testuali e con riferimento al caso nazionale oggetto della questione pregiudiziale cd. “interpretativa”) osta o non osta ad una norma nazionale W, che prevede Z (in tal precisandosene il contenuto compatibile o incompatibile), talvolta indicando anche le modalità con le quali il giudice nazionale deve eliminare l’eventuale incompatibilità.

In particolare, interessa sottolineare che, proprio l’integrazione di contenuto della norma comunitaria in base a fattori extratestuali (desunti anche dal caso nazionale) consente di configurare un’ipotesi di vero e proprio diritto giurisprudenziale, e non di mera interpretazione giurisdizionale.

Quando tale “diritto giurisprudenziale comunitario” si esprime con riferimento a casi coperti dal principio costituzionale italiano di legalità penale, che codifica anche il principio di riserva di legge, possono distinguersi diverse ipotesi.

Il “diritto giurisprudenziale comunitario” è *secundum legem* nazionale, nel senso che non comporta l’eliminazione o la sostituzione di enunciati normativi contenuti nella disposizione legislativa, funzione come integratore di determinatezza e ha effetti *in bonam partem*. In presenza di queste condizioni, tale “diritto giurisprudenziale penale comunitario” può ritenersi compatibile con il principio di legalità penale nazionale.

Infatti, si tratta di diritto giurisprudenziale che presenta quella medesima caratteristiche del diritto giurisprudenziale comune nazionale che, come si è visto in precedenza, dovrebbe considerarsi – e nei fatti è considerato – compatibile con il principio costituzionale di legalità penale, pur non potendosi ridurre a una mera interpretazione o applicazione normativa. Non sembra infatti che vi siano ragioni per riservare alla giurisprudenza comunitaria un trattamento peggiore rispetto a quella nazionale comune, in forza della primazia del diritto comunitario e dei vincoli costituzionali volti ad assicurarla. Il punto presenta, invero, più di qualche complessità, ma considerato il clima giuridico culturale che si è creato in questi anni attorno al trattamento della giurisprudenza comunitaria penso che si tratti del punto meno problematico dal punto di vista della sua ricezione. Un punto essenziale – per il valore

che esso assume anche nella soluzione dei problemi seguenti – è rappresentato tuttavia dalla ricognizione (a mio avviso necessaria) che, neppure in questi casi, compete alla Corte di giustizia di individuare quali siano gli strumenti dell'ordinamento nazionale necessari per adeguare il diritto dello Stato membro a quello comunitario.

Il “diritto giurisprudenziale penale comunitario” non rispetta, invece, una o più delle condizioni di cui sopra. In particolare, si tratta di un diritto giurisprudenziale: “contro il testo” della disposizione legislativa penale dello Stato (nel senso che comporta ablazioni o sostituzioni di enunciati normativi contenuti nella disposizione di legge); oppure additivo *in malam partem*, oppure non integrativo di determinatezza. In questi casi, il *modo* della reazione del diritto interno al contrasto con il diritto comunitario non può che passare attraverso l'intervento degli organi abilitati a interventi di eliminazione o addizione di enunciati normativi legislativi nazionali: la Corte costituzionale, nei limiti già noti, in cui un suo intervento in questa materia è ritenuto ammissibile nel rispetto del principio costituzionale di legalità penale (v. *supra* § 8) o, quando sussistano questi limiti ostativi all'intervento della Corte costituzionale, il legislatore, eventualmente a seguito di procedura di infrazione comunitaria in caso di inerzia. In altre parole, quando la disposizione penale interna contrasti con un “diritto giurisprudenziale comunitario” che presenti una o più delle caratteristiche di cui sopra (sia cioè contro testo, sia additivo *in malam partem* o non integrativo di determinatezza) – ed esclusivamente in questi casi – il giudice comune non potrebbe “non applicare” meramente la disposizione nazionale, ma dovrebbe investire di questione di legittimità costituzionale la Corte costituzionale.

In particolare, come già si è osservato *supra* (§ 5), se il rimettente è convinto della necessità di adeguamento della norma interna, dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale della medesima per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. come integrato dalla norma comunitaria risultante dalla sentenza della Corte di Giustizia. Più problematico sarebbe il riferimento tradizionale alle limitazioni di sovranità di cui all'art. 11 Cost., che potrebbe però mantenersi interpretandolo nel senso che le limitazioni di sovranità fanno salva la necessità che l'ordinamento si adegui secondo le modalità e le peculiarità che gli sono proprie e che, nel settore penale, implicano modalità rispettose del principio costituzionale di legalità. Se il rimettente è invece convinto che sia la norma comunitaria a dover recedere in quanto violi principi costituzionali fondamentali tali da attivare i contro-limiti, dovrà invece sollevare questione di legittimità costituzionale della norma esecutiva del Trattato, nella parte in cui dà ingresso alla norma comunitaria risultante dalla sentenza della Corte di giustizia, per violazione dei parametri costituzionali considerati idonei ad attivare i predetti contro-limiti.

Se la Corte costituzionale non dovesse poi ritenere sussistenti i presupposti costituzionali per il suo intervento, dovrebbe ammonire il legislatore ad intervenire, rappresentando in questi casi l'intervento legislativo – previo o senza monito costituzionale, in presenza o in assenza di una procedura comunitaria di infrazione – l'unico modo di adeguamento del diritto penale interno al diritto comunitario.

Si tratta, come è ovvio, di una proposta volta a introdurre un significativo e radicale mutamento nei tradizionali assetti, che avevano visto stabilizzarsi i rapporti tra diritto comunitario e diritto interno – fondati sulla dinamica: pregiudiziale interpretativa, interpretazione conforme, “non applicazione” da parte del giudice

comune della norma interna in contrasto insanabile, eccezionale questione di legittimità costituzionale della norma interna (se si sospetti pregiudichi la perdurante partecipazione dell'Italia all'ambito comunitario) o della norma esecutiva del Trattato (in presenza di violazioni di tale gravità da dover attivare contro-limiti all'operatività del diritto comunitario). Prevedibili, quindi, le reazioni, condite da accuse di fraintendimento o addirittura di erroneità nella ricostruzione del sistema, ma ciò nonostante credo che la proposta debba essere avanzata, per la gravità della situazione e del conflitto inter-ordinamentale che potrebbe generare, e perché esistono – solo che le si voglia considerare con un minimo di apertura e senza pregiudiziali chiusure – buone ragioni e giustificazioni per un superamento di detti assetti tradizionali, dovute al mutato contesto storico e normativo, segnato in particolare dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e da alcuni significativi mutamenti nella formazione del diritto giurisprudenziale comunitario in materia penale, quali già esposti nei paragrafi che precedono.

Credo possa essere utile segnalare a questo proposito, in modo estremamente sintetico, ma spero sufficiente ad evitare tentativi di banalizzazione della discussione, alcuni punti che spingono nella direzione del cambiamento proposto: nel momento in cui si è formata, secondo il noto percorso progressivo di avvicinamento, la giurisprudenza costituzionale sulla “non applicazione”, mancava una norma come l'attuale art. 117, primo comma, Cost. e ciò ha costituito una spinta verso la teorica della ritrazione degli ordinamenti sottesa alla cessione di sovranità di cui all'art. 11 Cost.; il pericolo di un collasso dell'operatività della Corte costituzionale, portato come argomento *de facto* a sostegno della teoria della “non applicazione”, sembra più difficilmente prospettabile nell'attualità e nei limiti, comunque ristretti e non privi di una qualche eccezionalità, in cui l'intervento della Corte costituzionale sarebbe richiesto per le specifiche esigenze della materia penale; non sembra che le considerazioni sviluppate circa quarant'anni fa dalla Corte costituzionale in ordine alla riserva di legge *ex art. 23 Cost.*, mantengano validità e possano essere trasposte alla riserva di legge in materia penale; il nodo della riserva di legge in materia penale in rapporto al diritto comunitario non sembra, infatti, essere mai stato sciolto e, specie dopo le competenze penali dirette dell'Unione a seguito del Trattato di Lisbona, deve essere specificamente considerato e affrontato; il diritto penale per sua natura non sembra poter tollerare un grado così elevato di incertezza sulla operatività delle sue norme, come quello evidenziato dalla teorica della “non applicazione” proprio nel caso Taricco.

Ad avviso di chi scrive, poi, ogni *diritto giurisprudenziale non integrativo di determinatezza* – e, quindi, anche quello comunitario – non potrebbe che contrastare con il principio costituzionale di legalità penale, con la conseguenza di aprire la strada alla possibilità di opporre i contro-limiti in sede di giudizio costituzionale.

Si tratta tuttavia, del punto, forse che più facilmente è entrato nel dibattito e su cui forse in questa sede sarebbe inutile ritornare per evitare esposizioni inutilmente ripetitive di posizioni già bene esposte da altri.

Questo programma risolutivo rappresenta solo l'apertura a quella che, secondo chi scrive, è la “vera” *sfida dottrinale*, sottesa al confronto in atto tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale sulla prescrizione, e che può dirsi consistere in questo:

- definire e distinguere il “diritto giurisprudenziale” dalla mera attività interpretativa e da quella applicativa;
- ripensare il “principio di legalità penale” nei termini di una ricostruzione del diritto giurisprudenziale ammissibile, distinguendo i limiti del “diritto giurisprudenziale comunitario”, da quello costituzionale e da quello comune.

Il punto era già stato segnalato molti anni fa come uno snodo teorico fondamentale e irrisolto⁷⁶, ma, nell’euforia della fase crescente del diritto comunitario penale, non era stato colto nella sua reale portata e si sono attesi i “casi” per affrontarlo finalmente. Si è mancato da parte di molti di “capacità di visione” – colpa non da poco, specie per chi fa “teoria” – e si è scelto di operare nell’urgenza risolutiva dei “casi concreti” sotto la pressione emotiva e ideologica che essi inevitabilmente agitano. La speranza è che si diano finalmente risposte adeguate a un problema reale e fondamentale, senza ricorrere più, considerata l’evidenza della casistica, alla retorica della negazione teoretica della domanda. Il timore è che, in assenza di una “cultura del limite”⁷⁷, si riapra una stagione di “diritto giurisprudenziale”, sia nazionale sia sovranazionale, incapace di segnare i propri confini, ciò che non può non richiamare alla memoria i sinistri ricordi del “diritto libero”, che non a caso si è aperto nel nome della nobile esigenza di dare ai casi soluzioni giuridiche più adeguate, si è poi storicamente accompagnato alla crisi del principio di legalità (sia nella forma della riserva di legge, sia in quella di tassatività e determinatezza) e dove sia finito penso ognuno possa rammentarlo da sé.

⁷⁶ Volendo, T. E. EPIDENDIO, *Diritto comunitario e diritto penale interno*, cit., p. 400 e ss.

⁷⁷ Ci sentiamo però confortati dal fatto che l’importanza dell’*etica del limite*, specialmente nell’attuale congiuntura, è già stata autorevolmente richiamata da F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell’attuale momenti storico*, cit., p. 88.