

**OLTRE LA VEXATA QUÆSTIO DELLA NATURA DELLA PRESCRIZIONE.
L'ACTIO FINIUM REGUNDORUM DELLA CONSULTA
NELL'ORDINANZA TARICCO, TRA SOVRANISMO (STRISCIANTE)
E RICHIAMO (PALESE) AL RISPETTO DEI RUOLI(*)**

di Rosaria Sicurella

Abstract. *Segnalata sin dai primi commenti per rigore ed eleganza, l'ordinanza 24/2017 con cui la Corte costituzionale italiana ha effettuato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea nell'ambito della ormai nota vicenda Taricco si presenta testo di particolare densità, muovendosi su una molteplicità di piani e toccando una pluralità di profili tutt'altro che agevoli da rappresentare. Ben oltre le questioni poste dalla qualificazione nell'ordinamento italiano della prescrizione quale istituto di diritto penale sostanziale, l'ordinanza si pone quale pronuncia 'di sistema', in cui la Consulta coglie l'occasione per una netta presa di posizione su questioni cruciali e di ampio respiro. Il giudice europeo non è tuttavia il solo destinatario dei moniti della Consulta. La centralità nel discorso del giudice costituzionale del tema della giurisdizione chiama altresì in causa il giudice interno e l'impiego da parte di quest'ultimo degli strumenti spesso invasivi che l'ordinamento europeo gli attribuisce e che sono all'origine di forti tensioni in particolare con la legalità penale. La posizione della Consulta rischia tuttavia, per le sue affermazioni ma altresì per i suoi silenzi o le volute ambiguità, di delineare un paradigma della legalità inconfidente con il dover essere della legalità in un ordinamento costituzionale che vede nella partecipazione al processo di integrazione europea e alle relative dinamiche una componente (anch'essa) essenziale dell'identità costituzionale.*

SOMMARIO: 1. Premessa. Per chi suona (parla) la Consulta. – 2. I (mis)fatti della sentenza Taricco. – 3. L'europeizzazione dei controlimiti: c'è ma non si vede? – 4. *Quoque tu!* Legalità penale e ruolo del giudice nazionale – 5. Rilevanza meramente interna o rilevanza europea della prescrizione? Lo snodo dell'art. 53 Carta UE – 6. Qualche spunto di riflessione in attesa di *Taricco II*: guardando all'Europa... – 7. ...e a casa nostra.

* Il presente contributo è in corso di pubblicazione in A. Bernardi, C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Ferrara il 24 febbraio 2017, Jovene, Napoli, 2017. Si ringraziano i curatori per averne concesso la pubblicazione anche 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. Premessa. Per chi suona (parla) la Consulta.

In un'ottica di posizionamento strategico nell'incessante dialogo tra le Corti, la recente ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale assesta un bel colpo nello scacchiere dei rapporti tra ordinamento sovranazionale e ordinamento interno.

Sotto le mentite spoglie di un rinvio pregiudiziale in interpretazione – di cui l'ordinanza in oggetto non assume mai le cadenze, segnalandosi di contro per le affermazioni perentorie e i toni a tratti ultimativi –, la Consulta, brandendo l'arma dei controlimiti, non solo lancia un chiaro avvertimento alla Corte di Lussemburgo affinché abbandoni la (ritenuta) spregiudicatezza delle posizioni assunte nella sua più recente giurisprudenza e in particolare nella sentenza pronunciata nel caso *Taricco*¹, ma rilegge altresì le regole del gioco. Muovendo dal principio costituzionale europeo del "rispetto delle identità nazionali", e con abili scivolamenti concettuali, la Consulta lega a doppio filo argomenti identitari e categorie eurounitarie, (co)stringendo la Corte di Lussemburgo nell'angolo di una più netta presa di posizione su questioni cruciali dell'ordinamento costituzionale europeo. Con incedere da equilibrista, tra affermazioni perentorie e cedimenti più o meno camuffati, attraverso "strategie argomentative di persuasione"², e più o meno scoperti *ultimatum*³, ciò che la Consulta pretende, al di là di una (mera) interpretazione chiarificatrice della "regola Taricco"⁴, in grado di neutralizzarne l'impatto nel nostro ordinamento, è una sostanziale correzione di rotta nel percorso di integrazione tra ordinamenti.

Ben oltre le questioni poste dalla qualificazione nell'ordinamento italiano della prescrizione quale istituto di diritto penale sostanziale (con ciò che ne consegue, alla

¹ Corte di giustizia (Grande Sezione), sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14. Di crescente 'tentazione' dei controlimiti parla A. BERNARDI, *Presentazione. I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2017, LXXXIV.

² Per tale espressione, si veda M. BIGNAMI, *Note minime a margine dell'ordinanza Taricco*, in *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., §1.

³ L'approccio dialogico messo in luce da alcuni autori, appare in verità meramente di facciata, e le letture salvifiche dei punti controversi che la Consulta prospetta, lungi dal delineare il percorso per un possibile dialogo – trattandosi per lo più di interpretazioni difficilmente condivisibili dal giudice europeo –, prefigurano soluzioni esclusivamente improntate alla visione (e alle esigenze) della nostra Corte costituzionale. In tal senso anche R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di "controlimiti" costituzionali: è un vero dialogo?*, in *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit.; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *Consulta online*, 1/ 2017, 81 ss.; F. VIGANÒ, [Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco](#), in *questa Rivista*, 27 marzo 2017, 1.

⁴ Espressione ormai invalsa tra i commentatori per indicare sinteticamente l'obbligo sancito dalla Corte di Giustizia in capo al giudice interno di non applicare la normativa interna incompatibile (in quanto recante una tutela inefficace e pertanto inadeguata) ogni qualvolta constati che "detta normativa impedisce 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 preved[e], 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 [...].

luce di giurisprudenza costituzionale consolidata⁵, in termini di copertura dell'intera disciplina prescizionale dalle garanzie della legalità penale), l'ordinanza si pone pertanto quale pronuncia di sistema, in cui la Consulta coglie l'occasione per una rinnovata presa di posizione su questioni di ampio respiro: dall'inquadramento costituzionale del processo di integrazione europea – che la Corte affronta sia nella sua dimensione 'interna', quale condizione di legittimazione della partecipazione della Repubblica italiana, sia nella sua dimensione 'europea', quale portato dell'impalcatura costituzionale dell'Unione, poggiante tra l'altro sul rispetto delle "identità nazionali" degli Stati membri –, alla controversa questione del raccordo tra dimensione europea e nazionale della tutela dei diritti fondamentali quale sotteso all'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (Carta UE); questioni tutte affrontate nel crescendo di un discorso scopertamente teso ad ottenere dal giudice europeo il rientro nei ranghi di una competenza la cui capacità di penetrazione del tessuto ordinamentale interno risulta rimessa in ultimo dalla Consulta al controllo di sostenibilità costituzionale che la stessa rivendica in via esclusiva.

Ma il giudice europeo non è il solo destinatario dei moniti della Corte costituzionale. L'affermazione, quale condizione di legittimità costituzionale del processo di integrazione europea, del rispetto del principio di legalità penale, portato indefettibile delle scelte del costituente italiano in termini di garanzie per l'individuo e, a monte, in termini di separazione/equilibrio tra poteri, in particolare tra legislatore e giudice, indica nella spinosa questione del ruolo della giurisdizione il baricentro di un discorso che vede quale suo destinatario naturale il giudice interno. Nella sua cruciale funzione di raccordo, nell'impalcatura costituzionale del sistema integrato di ordinamenti, tra ordinamento sovranazionale e ordinamento interno, il giudice nazionale è (ri)chiamato dalla Corte ad un impiego meditato e ponderato degli strumenti fisiologicamente invasivi (e financo potenzialmente scardinanti i sistemi costituzionali nazionali) che l'ordinamento europeo gli attribuisce, nonché ad un più scrupoloso rispetto delle prerogative proprie ed esclusive del giudice delle leggi (che d'altronde a più riprese la Consulta ricorda) circa la valutazione ultima della compatibilità costituzionale delle ricadute nel nostro ordinamento dell'operare delle dinamiche del processo di integrazione europea.

Motivata (plausibilmente) dalla sottovalutazione del giudice di Lussemburgo delle significative ripercussioni della "regola Taricco" nel nostro ordinamento, la posizione della Consulta rischia tuttavia, per le sue affermazioni ma altresì per i suoi silenzi o le volute ambiguità, di delineare un paradigma della legalità penale falsato, inconferente con il dover essere della legalità in un ordinamento costituzionale che vede nella partecipazione al processo di integrazione europea e alle relative dinamiche una componente (anch'essa) essenziale dell'identità costituzionale.

⁵ Corte cost. 394/2006; 324/2008; 143/2014.

2. I (mis)fatti della sentenza Taricco.

La sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia nel caso *Taricco* ha senza dubbio fornito alla Corte costituzionale un *assist d'eccezione*⁶. Anche a fronte di possibili letture concilianti⁷, cui ho chiaramente manifestato la mia vicinanza⁸, l'evenienza che la stessa dischiude di interpretazioni del relativo *dictum* potenzialmente scardinanti l'assetto costituzionale del nostro ordinamento, ne denuncia una certa oggettiva inadeguatezza, facendo al contempo emergere la questione della conseguita maturazione nel giudice europeo dell'attitudine a maneggiare la materia penale che, al di là degli esiti concretamente (e financo legittimamente) perseguiti, impone particolare rigore nella costruzione dell'impianto argomentativo e persino nella formulazione delle decisioni assunte.

Piuttosto spregiudicata ma non sovversiva⁹, la sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia nel caso *Taricco* è purtuttavia sentenza infelice, dall'incedere argomentativo spesso apodittico (emblematico in proposito il discorso sulla natura e gli effetti dell'art. 325 TFUE), e complessivamente banalizzante le molte questioni in gioco; un *leading case* in negativo, che racchiude, in un cocktail esplosivo (e d'altronde pronto ad esplodere, come dimostrano le vicende attuali), alcune delle questioni più problematiche che il processo di integrazione abbia fatto registrare negli ultimi

⁶ I limiti del presente contributo non consentono un'esauritiva considerazione degli innumerevoli scritti pubblicati in poco più di un anno sulla sentenza in esame. Nelle pagine che seguono ci si limiterà a citare i contributi fatti oggetto di specifico riferimento nel testo.

⁷ In particolare il riferimento è alle posizioni espresse da F. VIGANÒ, [Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia](#), in questa *Rivista*, 14 settembre 2015; Id., [Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco](#), in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2017, 233 ss.; in senso complessivamente favorevole cfr. *Ivi* anche L. PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco: dalla "virtuosa indignazione" al rilancio del diritto penale europeo*, 445 ss. Un'articolata presa di posizione è quella di E. LUPO, [La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sul caso Taricco](#), in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 1/2016, 217 ss..

⁸ Sia consentito il rinvio a R. SICURELLA, *Introduzione*, in *Così lontana, così vicina. La tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea dopo la sentenza Taricco*, a cura di R. Sicurella, Milano, 2017 (in corso di pubblicazione). Pur nella non totale adesione agli argomenti addotti dagli autori citati nella nota che precede – e in particolare prendendo le distanze dall'argomento comune a tali autori relativo alla rilevanza nella valutazione della sentenza in questione della indubbia problematicità e criticabilità della disciplina nostrana della prescrizione – ho ritenuto condividere con gli stessi una lettura della sentenza che, senza in alcun modo disconoscere o sottovalutare la delicatezza dei profili sollevati, fosse in grado di riconsegnare alla stessa la sua corretta collocazione nell'ambito più generale della giurisprudenza europea (consentendo al contempo di coglierne la portata complessivamente più 'modesta' di quella che le è stata generalmente attribuita anche se certamente non priva di elementi di nota); lettura possibile solo laddove condotta nella consapevolezza degli argomenti e delle dinamiche propri del *reasoning* della Corte di Lussemburgo.

⁹ In tal modo, di contro, è stata più o meno espressamente qualificata la sentenza in esame da molti commentatori; per tutti, cfr. L. EUSEBI, [Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore](#), in questa *Rivista*, 10 dicembre 2015; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *I controlimiti*, cit., 63 ss.; e *Ivi*, V. MANES, [La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti](#), 203 ss.

decenni. Non solo la questione più appariscente di una *primauté* del diritto dell'Unione (che si riterrebbe perseguita dalla Corte di Giustizia), di cui sarebbe garante un giudice penale che in tale suo ruolo risulterebbe svincolato dagli argini garantistici che connotano in particolare la materia penale. Ma altresì questioni altrettanto cruciali e di ampissimo respiro quali l'avvenuta trasformazione genetica della procedura di rinvio pregiudiziale, di cui si è ormai consolidato (ben prima della sentenza in esame) un uso abusivo e deviante rispetto all'originaria funzione di "assistenza" e "guida" del giudice interno (divenendo quasi un surrogato del procedimento in infrazione), e nell'ambito del quale l'*affaire Taricco* segnerebbe un'ulteriore *escalation* problematica, vedendo il giudice di rinvio di fatto formulare direttamente un giudizio di inadeguatezza¹⁰; o ancora l'attuale conformazione della dimensione di tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione e il relativo atteggiarsi nei confronti della dimensione nazionale di una tale tutela. Questione miliare, quest'ultima, dell'assetto costituzionale europeo, eppure sbrigativamente esaurita dalla Corte di Giustizia con l'asserita non invocabilità dell'art. 49 Carta UE (e la conseguente impossibilità per il giudice interno di chiamare in causa la legalità europea per scongiurare eventuali effetti deteriori per l'imputato della non applicazione della normativa italiana in materia di atti interruttivi della prescrizione), accompagnata da un generico e (troppo) poco pregnante richiamo (di cui non si rinviene peraltro traccia nel *decisum*) all'obbligo, anch'esso scaturente dall'ordinamento europeo, di una previa verifica della compatibilità con i diritti fondamentali dell'individuo delle conseguenze sul procedimento *a quo* della disapplicazione della normativa interna risultata lesiva dell'obbligo di adeguatezza ed efficacia (verifica il cui esito positivo si pone chiaramente tuttavia quale necessaria condizione legittimante, nell'ottica dell'ordinamento europeo, la disapplicazione dallo stesso imposta al giudice). Situazione questa che, conducendo, per lo meno *prima facie*, ad un inquadramento della vicenda dinnanzi al giudice *a quo* esclusivamente in termini di (insormontabile) conflittualità tra legalità europea (non inclusiva della prescrizione) e legalità penale quale intesa nell'ordinamento interno (che, secondo orientamento costituzionale ormai consolidato, estende le istanze garantistiche sottese alla legalità ad ogni profilo della punibilità), pone in termini fortemente problematici la questione oggi cruciale nel dibattito relativo alle prospettive di ulteriore avanzamento (o viceversa di un arresto) del processo di integrazione europea concernente la relazione tra dimensione europea e dimensione nazionale della tutela dei diritti fondamentali (in caso di non coincidenza del relativo perimetro applicativo, e in particolare nel caso più critico di una minore espansione del principio a livello europeo)¹¹.

¹⁰ Come segnalato da C. SOTIS, *Il limite come controlimito. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in *I controlimiti*, cit., 504.

¹¹ Pur nei termini (circostritti) propri della giurisprudenza in materia di efficacia del diritto dell'Unione (nell'ambito della quale si colloca la sentenza pronunciata nel caso *Taricco*), in cui l'argomento della tutela dei diritti fondamentali interviene quale eventuale limite all'ordinaria operatività dei principi fondanti il funzionamento dell'ordinamento eurounitario, primo fra tutti il principio del primato, una piena consapevolezza della particolare sensibilità delle questioni sollevate nell'ipotesi di specie dall'affermazione dell'obbligo di non applicazione della normativa interna avrebbe dovuto condurre la

La contestualizzazione politica della sentenza, che interviene in un momento tipico del negoziato sulla proposta di direttiva in materia di protezione degli interessi finanziari¹², giunto ad una *impasse* per l'insuperabile opposizione del Parlamento europeo ad un accordo sul testo emendato dal Consiglio in cui le frodi all'IVA (all'origine, com'è noto, dell'*affaire Taricco*) risultavano espressamente estromesse dalla generale definizione di "frode agli interessi finanziari", fornisce senza dubbio una chiave di lettura di quella che può apparire una (in verità) inusitata superficialità della sentenza della Corte di Giustizia. In particolare, il chiaro intento di superare la riottosità degli Stati indicando la possibilità del conseguimento dell'obiettivo ultimo dell'efficace tutela delle finanze comunitarie (rispetto in particolare alle frodi in materia di IVA) attraverso l'ordinario operare delle dinamiche di integrazione facenti leva tra l'altro sui penetranti obblighi incombenti sul giudice interno – così da mettere in luce l'interesse per gli stessi Stati ad includere una tale forma di frode nel testo in discussione al fine di poterne al contempo fissare le condizioni di afferenza alla competenza delle autorità europee –, è probabilmente all'origine della criticabile assertività dei passaggi ricostruttivi il quadro normativo dell'Unione (riflesso di una precisa esigenza della Corte di individuare una base legale forte, una norma di diritto primario, cui riconoscere effetti diretti, e soprattutto cui ricondurre gli obblighi di penalizzazione relativamente al contrasto delle suddette frodi, fin lì espressamente sanciti solo in un atto di terzo pilastro, l'art. 2 della Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari¹³), come anche dei toni perentori con cui la Corte accompagna l'obbligo per il giudice di non applicazione della normativa interna incompatibile, e viceversa la scarsa incisività con cui la stessa afferma l'obbligo che per il medesimo giudice scaturisce dall'ordinamento europeo circa la verifica del rispetto dei diritti fondamentali dell'imputato.

Lungi dal fornire una giustificazione, la suddetta politicità della sentenza va tuttavia ad accentuare, se possibile, la criticabilità della stessa quanto all'adeguata fondamentazione della soluzione dettata. A dover essere denunciato, più precisamente, è che una tale politicità – che può ritenersi una costante delle pronunce oggi di tutte le Corti supreme, e in particolar modo della Corte di Lussemburgo cui si deve la formulazione di principi fondanti il sistema integrato di ordinamenti come quello di primazia del diritto europeo, – e in particolare il precipuo intento della Corte di

Corte di Giustizia ad un maggiore approfondimento di tale profilo, nonché, auspicabilmente, ad un chiarimento circa i diritti possibilmente chiamati in causa a fronte dell'espressa esclusione della riconducibilità della situazione in esame al diritto sancito all'art. 49 Carta UE (per lo meno *sub specie* di divieto di retroattività); per più ampie considerazioni, sia consentito il rinvio a R. SICURELLA, *Introduzione*, cit., in cui ho peraltro avanzato l'ipotesi secondo cui i diritti fondamentali rispetto ai quali la Corte di Giustizia impone al giudice la verifica di compatibilità dell'obbligo di non applicazione non sarebbero quelli qualificati come tali nell'ordinamento nazionale (come prospettato nella sua ricostruzione dalla nostra Consulta) bensì i diritti fondamentali dell'ordinamento europeo; sul punto vedi anche *infra*, §6.

¹² *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*, COM (2012) 363.

¹³ *Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee*, in GU C 316 del 27.11.1995, 48 ss.

incidere sul negoziato in corso¹⁴, abbia chiaramente prevalso sulla necessaria cura nella ricostruzione di un discorso giustificativo solido e puntuale, e altresì frutto di un'attenta considerazione (e a monte di una piena presa di coscienza) dell'estrema sensibilità delle questioni in gioco per l'ordinamento interessato *in primis* ma più in generale per la tenuta complessiva delle relazioni interordinamentali.

3. L'europizzazione dei controlimiti: c'è ma non si vede?

A poco più di trent'anni dalla sentenza *Granital*¹⁵, e soprattutto dopo la significativa tappa del processo di integrazione europea segnata dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le molte criticità emerse dalla pronuncia della Corte di Lussemburgo nel caso *Taricco* forniscono l'occasione al nostro giudice costituzionale per richiamare (non senza qualche marcatura revisionista) le fondamenta concettuali e di principio della partecipazione italiana al processo di integrazione, prospettando altresì i termini di una composizione possibile del fondamento costituzionale dell'ordinamento dell'Unione e il rispetto dell'identità nazionale (*rectius* costituzionale) ritenuta in grado di scongiurare future situazioni di conflitto.

Il discorso della Consulta è tuttavia rivelatore di una doppiezza di fondo, talvolta disorientante (in cui categoriche affermazioni di principio si risolvono spesso in più morbidi esiti applicativi), che percorre (in misura diversa) tutta l'ordinanza (salvo poi svanire nell'impennata rigorista dei quesiti finali).

Netta è in effetti la posizione della Consulta circa l'inquadramento costituzionale del processo di integrazione europea. Nel solco di una concezione essenzialmente dualista (e in quanto tale in irrisolta tensione con la contrapposta concezione monista della Corte di Giustizia), la legittimazione del processo di integrazione europea, ricorda (*rectius* sancisce) la Corte, poggia nell'ordinamento costituzionale italiano, sul suo essere fisiologicamente condizionato e connaturato dal rispetto dei "principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona" che pertanto, è logico concludere, appartengono al DNA del processo di integrazione, piuttosto che operare tecnicamente quale argine alla penetrazione del

¹⁴ Analogamente a quanto già avvenuto in un recente passato con le sentenze pronunciate dalla Corte di Giustizia nel caso *Pupino* (Corte di giustizia, sent. 16 giugno 2005, causa C-105/03) e nel caso *Commissione c. Consiglio* (Corte di giustizia, sent. 13 settembre 2005, causa C-176/2003, c.d. sentenza sulla tutela penale dell'ambiente) – con le quali la Corte ha di fatto sbloccato l'*impasse* del processo di rinnovamento istituzionale seguito all'abbandono del testo del Trattato costituzionale all'esito negativo dei *referenda* francese e olandese, consentendo in tempi brevissimi l'adozione di un nuovo trattato, il Trattato di Lisbona, che riprende quasi pedissequamente i contenuti del precedente (*amplius*, R. SICURELLA, *Lo spazio penale europeo dopo Lisbona: le nuove competenze dell'Unione europea alla prova dei principi fondamentali dello stato di diritto*, in *L'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di N. Parisi – V. Petralia, Torino, 2010, 105 ss.) –, la sentenza *Taricco* appare avere sortito l'effetto perseguito dalla Corte. Il negoziato, interrotto nel luglio 2015 con l'espresso intento di attendere la pronuncia della Corte di Lussemburgo, è stato riavviato all'indomani della pubblicazione della sentenza ed è ormai giunto alle sue battute finali.

¹⁵ Corte cost. 170/1984.

diritto europeo nel nostro ordinamento (idea cui il termine “controlimite” parrebbe rinviare).

Trattasi peraltro di ricostruzione che la Corte prospetta – ed è questo uno dei passaggi più interessanti, ma anche insidiosi, dell’ordinanza – non esclusivamente quale declinazione nostrana del processo di integrazione europea (funzionale all’accettazione dello stesso nel nostro ordinamento costituzionale) bensì quale autentico *modus essendi* di un tale processo che troverebbe peraltro riconoscimento nel trattato europeo laddove, all’art. 4.2 TUE espressamente si richiama il “rispetto” dell’“identità nazionale” degli Stati “insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale”. Formula, questa, tutt’altro che inequivoca quanto al suo precipuo oggetto e pertanto alla sua estensione¹⁶, di cui la Corte costituzionale fornisce un’interpretazione teleologicamente orientata al principio di leale cooperazione tra Stati membri ed Unione sancito all’art. 4.3 TUE che, in ragione del rispetto che esso reca con sé quanto al “nucleo di valori su cui si regge lo Stato membro”, vedrebbe la formula summenzionata volta ad indicare l’introiezione nella struttura costituzionale dell’Unione quale “ordinamento caratterizzato dal pluralismo” di un “tasso di diversità minimo ma necessario per preservare la identità nazionale” che i suddetti valori esprimerebbero. Lungi dal rappresentare una categoria di esclusivo rilievo interno, la categoria dei “principi supremi dell’ordine costituzionale” di ciascuno Stato membro, acquisirebbe pertanto, per via del richiamo alle identità nazionali iscritto nell’art. 4.2. TUE, altresì una indubbia (seppur indiretta) valenza euro-unitaria.

Il senso del discorso della Corte è chiaro: una tale ricostruzione eliminerebbe *ab origine* ogni rischio di conflitto tra regole europee (discendenti dal primato del diritto dell’Unione) e principi fondamentali dell’identità costituzionale degli Stati membri, laddove l’art. 4.2 TUE, richiedendo il rispetto delle “identità nazionali”, implicherebbe che la vincolatività di qualunque regola europea in un certo ordinamento nazionale sarebbe sempre condizionata all’essere la stessa compatibile con la sua identità costituzionale.

La conclusione – inespressa ma logicamente consequenziale – è che una interpretazione del diritto dell’Unione (quale quella data dalla Corte di Giustizia nel caso *Taricco*) che giunga ad intaccare un principio supremo quale, con riguardo all’ordinamento italiano, quello di legalità (comprensivo di tutti i tradizionali sottoprincipi) sarebbe, prima ancora che in contrasto con l’ordinamento costituzionale interno, in contrasto con l’ordinamento costituzionale dell’Unione. Tuttavia, secondo la Consulta, lungi dal rappresentare esclusivamente un parametro di legalità degli atti dell’Unione (oltre che canone interpretativo del diritto europeo primario e secondario), rilevante ai fini del relativo controllo da parte della Corte di Giustizia, l’art. 4.2. TUE escluderebbe in radice l’applicabilità nell’ordinamento di uno Stato membro di un atto ‘irrispettoso’ della relativa identità nazionale. In sintesi, legittimità costituzionale

¹⁶ Nonostante la centralità della disposizione in esame, questa non ha tuttavia fatto l’oggetto di particolari approfondimenti in dottrina (tra i rari lavori monografici, cfr. F.-X. MILLET, *L’Union européenne et l’identité constitutionnelle des Etats membres*, L.G.D.J., Parigi, 2013. La Corte di Giustizia, d’altronde, non è finora giunta a sancire l’invalidità di una norma europea in ragione di una violazione dell’art. 4.2. TUE.

europea e sostenibilità costituzionale interna coinciderebbero. Nella soluzione dettata nel caso *Taricco* la Corte di Giustizia non avrebbe correttamente valutato l'impatto della regola posta con l'identità costituzionale della Repubblica italiana (ora chiarito dalla Consulta); in ragione del quale sarebbe logico dedurre la non vincolatività per il giudice italiano della suddetta regola.

Il discorso della Consulta, che nelle prime battute muove in modo piuttosto lineare nel senso di una specularità dell'art. 11 Cost e dell'art. 4.2. TUE, quali disposizioni indicanti, nel sistema integrato di ordinamenti, la reciproca apertura dell'ordinamento interno (italiano) e dell'Unione, convergendo peraltro entrambe sulla preservazione dell'"identità nazionale" quale fattore costitutivo e valoriale del sistema nel suo complesso¹⁷, rivela tuttavia, nel suo sviluppo, una essenziale ambiguità di fondo, oltre a registrare un'evidente deviazione concettuale. Ambigua è innanzitutto la portata riconosciuta alla nozione di "identità nazionale" che la Consulta parrebbe ritenere nell'assoluta ed esclusiva disponibilità delle autorità nazionali, dinnanzi alla quale l'ordinamento dell'Unione, ai sensi dell'art. 4.2. TUE, sarebbe tenuto sempre e comunque a ritrarsi; lettura evidentemente non sostenibile per l'ordinamento eurounitario che, laddove incontrasse lo sbarramento di qualunque principio costituzionale 'incompatibile', si troverebbe di fatto nell'impossibilità di realizzare i propri obiettivi costituzionali (così rinnegando la sua stessa *ratio essendi*). La deviazione concettuale si registra invece laddove la Corte, dopo aver ricondotto alla necessità di mantenere il "tasso di diversità minimo necessario per preservare le identità nazionali" (imposta dal trattato) il rispetto del "fondamento costituzionale" da cui hanno tratto "origine" i trattati "per volontà degli Stati", ricollega a tali argomenti (che ne rappresenterebbero la *ratio* giustificativa) la categoria delle "tradizioni costituzionali comuni" elevate dalla Corte di Giustizia (prima ancora dell'entrata in vigore dell'art. 6 TUE) a parte integrante il diritto europeo. Se il passaggio dal piano dell'identità costituzionale degli Stati (quand'anche introiettata nell'impalcatura costituzionale europea) a quello del fondamento costituzionale dei trattati che dalla prima trarrebbe "origine" può facilmente leggersi in un'ottica (non condivisibile) di fondamentazione del progetto europeo in chiave nazionalistica, l'ancoraggio finale di tale ragionamento alle "tradizioni costituzionali comuni" realizza una problematica confusione di piani tra la questione del "fondamento costituzionale [...]origine dei trattati" e la "materia costituzionale" che la suddetta categoria senza dubbio rappresenta (costituendo parametro di identificazione dei diritti fondamentali dell'ordinamento eurounitario). Confusione (criticabile) di piani, questa, plausibilmente tesa a ricondurre a tale categoria eurounitaria una più ecumenica questione di compatibilità della "regola *Taricco*" non solo rispetto alla prevedibilità (categoria europea su cui vira l'iniziale valutazione della Consulta in termini di riserva di legge) ma anche rispetto al principio della separazione dei poteri che la stessa Consulta tiene a definire "tratto costitutivo

¹⁷ Una lettura, questa, condivisibile e convincente, che parrebbe (se non ho frainteso il suo pensiero) muoversi fin qui nel solco della tesi sostenuta da A. RUGGERI, *A difesa della idoneità delle norme eurounitarie a derogare a norme costituzionali sostanziali e della "europeizzazione dei controlimiti"*, in *I controlimiti*, cit., 486.

degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law*¹⁸, e altresì del sistema europeo¹⁹.

Last ma tutt'altro che *least* l'esito del ragionamento della Corte con riguardo alla questione cruciale del controllo del requisito costituzionale europeo del rispetto dell'identità costituzionale degli Stati²⁰, su cui l'ordinanza parrebbe registrare un (più che condivisibile) cedimento del sovranismo strisciante che connota l'intero testo. Lunghi dal concludere nel senso di una naturale pertinenza di tale controllo alle autorità nazionali preposte in ciascun ordinamento al controllo di costituzionalità²¹ – soluzione che, in perfetta continuità con il ragionamento fin lì condotto, avrebbe potuto trovare un argomento giuridico forte nella considerazione che il rispetto dell'identità nazionale, nella specifica declinazione del rispetto della “struttura fondamentale politica e costituzionale”, include il punto di equilibrio istituzionale interno a ciascun sistema costituzionale concernente il controllo di costituzionalità –, la Consulta conferma di contro una tale competenza in capo alla Corte di Giustizia²², pur introducendo una competenza sussidiaria delle autorità nazionali, che risulta tuttavia fondata su considerazioni di mera opportunità e, elemento ancora più rilevante, la cui attivazione dipenderebbe da un'iniziativa in tal senso della stessa Corte di Giustizia. Non potendo quest'ultima essere “ulteriormente gravata dell'onere di valutare nel dettaglio se [il diritto dell'Unione] sia compatibile con l'identità costituzionale di ciascuno Stato membro” , secondo la Consulta è “ragionevole attendersi che nei casi in cui una tale valutazione sia *di non immediata evidenza il giudice europeo [...] rimett[a] alle autorità nazionali* la verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento”. Proprio una tale ipotesi si sarebbe prodotta, secondo la Corte costituzionale, nella sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia nel caso *Taricco*,

¹⁸ Punto 9.

¹⁹ Punto 5 (in fine). Tale problematico passaggio attesterebbe la volontà della Consulta di emanciparsi da un discorso esclusivamente identitario ‘interno’, quale quello condotto dal *Bundesverfassungsgericht* nel caso *OMT* (BVerfG, sent. 7 febbraio 2014), anche nell'ottica di facilitare l'accettazione della propria posizione da parte della Corte di Giustizia; sul punto, O. POLLICINO – M. BASSINI, [When cooperation means request for clarification, or better for “revisitation”](#), in *questa Rivista*, 30 gennaio 2017..

²⁰ Per un'efficace presentazione della questione e del panorama delle opzioni dottrinali, cfr. A. BERNARDI, *Presentazione. I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in *I controlimiti*, cit., VII ss.

²¹ Proprio ad una tale conclusione giungono di contro, con argomentazioni variamente articolate, V. MANES, [La Corte muove e, in tre mosse, da scacco a “Taricco”. Note minime all'ordinanza della Corte costituzionale n.24 del 2017](#), in *questa Rivista*, 13 febbraio 2017, 9-10; C. CUPELLI, [La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia](#), in *questa Rivista*, 30 gennaio 2017.

²² Preme sottolineare (come puntualmente fatto da A. RUGGERI, *A difesa della idoneità*, cit., 487-488) che ciò di cui si discute è il controllo circa il rispetto da parte della normativa europea del requisito costituzionale posto dal trattato all'art. 4.2. TUE e relativo al rispetto della “identità nazionale” degli Stati; controllo che in nulla tocca la competenza delle autorità nazionali (cui di contro si aggiunge) preposte in ciascun ordinamento al controllo del rispetto dei principi fondamentali ritenuti intangibili (in sintesi dei relativi controlimiti) e pertanto, in ultima analisi, alla tutela della identità costituzionale dell'ordinamento in cui operano. Non ci si scontrerebbe quindi con il “paradosso” di una esternalizzazione della salvaguardia della identità nazionale paventata da V. MANES, *La Corte muove*, cit.; C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in [www.rivistaaic.it](#), 3/2016, 18 luglio 2016.

laddove, valorizzando il richiamo della Corte di Lussemburgo al giudice interno di “verificare che i diritti fondamentali degli imputati siano rispettati”, la Consulta indica in tale passaggio la scelta espressa del giudice europeo di demandare agli organi nazionali competenti il controllo di compatibilità della disposta dis-applicazione; lettura di cui la Consulta chiede conferma alla Corte di Giustizia, avendo cura di aggiungere che, laddove dalla stessa condivisa, ciò escluderebbe ogni ragione di contrasto (e il conseguente rigetto della questione di legittimità). Una significativa breccia, quella aperta dalla Consulta nel muro di sbarramento del rispetto delle identità costituzionali, il cui controllo demandato *in primis* alla Corte di Lussemburgo, fornirà plausibilmente alla stessa l’occasione di plasmare una tale nozione in chiave europea, attribuendole una portata logicamente circoscritta al nucleo duro dei principi costituzionali che connotano le scelte di sistema (di struttura e valoriali) di un ordinamento²³, in un’ottica di bilanciamento con il primato del diritto europeo (in termini in qualche misura analoghi a quanto avvenuto negli anni Settanta e Ottanta per es. con i parametri deputati a delineare la nozione di ordine pubblico quale possibile limite alle libertà di circolazione definite dal trattato).

4. *Quoque tu!* Legalità penale e ruolo del giudice nazionale .

Chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della regola Taricco (*rectius* della legge italiana di ratifica del Trattato di Lisbona nella parte relativa all’art. 325 TFUE su cui poggia una tale regola nell’interpretazione datane dalla Corte di Giustizia) con un ampio ventaglio di parametri costituzionali – artt. 3, 11, 24, 25 secondo comma, 27, terzo comma e 101, secondo comma Cost., quali individuati in particolare nell’ordinanza di rimessione della III sezione della Corte di Cassazione²⁴ –, è in particolare sul possibile conflitto con il principio di legalità che la Corte costituzionale dichiara di voler incentrare l’ordinanza. Una scelta, questa, non meramente espressiva di una volontà di perimetrazione dell’ambito delle questioni da porre alla Corte di Giustizia, ma funzionale agli specifici obiettivi perseguiti dalla Consulta con l’ordinanza di rinvio.

Se, di primo acchito, una tale scelta parrebbe riflettere quasi una marginalizzazione dei parametri costituzionali diversi dall’art. 25 Cost., il discorso sviluppato dalla Corte costituzionale mostra invero di voler andare ben oltre, con un approccio ad ampio raggio delle istanze garantistiche sottese alla legalità penale che introietta in particolare, oltre all’art. 11 Cost., soprattutto il parametro dell’art. 101 Cost. Più precisamente, la stessa definizione dei contenuti della legalità penale data *in incipit*

²³ Tale approccio risulterebbe in verità il più congruente anche rispetto all’attuale situazione interna dei sistemi costituzionali nazionali e al progressivo indebolimento della categoria dei controlimiti conseguente allo speculare processo di rafforzamento garantistico dell’ordinamento dell’Unione; così R. MASTROIANNI, [Supremazia del diritto dell’Unione e “controlimiti” costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco](#), in *questa Rivista*, 7 novembre 2016, 8.

²⁴ Cass. Pen. Sez. III, ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346.

dell'ordinanza, e specialmente l'espressa qualificazione come "esclusiva" della competenza del legislatore quanto alle "scelte relative al regime della punibilità", da effettuarsi attraverso "norme sufficientemente determinate e applicabili solo a fatti commessi quando esse erano già in vigore", lascia emergere come un tale principio sia dalla Corte considerato prima ancora che nella sua dimensione soggettiva, facente leva sui profili della tassatività/prevedibilità e dell'irretroattività, nella sua dimensione oggettiva più direttamente espressione dell'anima storico-politica del principio quale declinazione giuridico-penalistica del principio della divisione dei poteri²⁵.

Il discorso sulla determinatezza della norma, quale limite alla discrezionalità giudiziaria, diventa dunque occasione per ribadire il limitrofo principio della soggezione del giudice alla legge che la Corte espressamente indica come principio ispiratore non solo dell'ordinamento italiano ma anche europeo²⁶, giungendo financo a prospettare che esso (e a monte il principio di separazione dei poteri) rientri tra i contenuti dell'art. 49 Carta UE (in ragione del "largo consenso diffuso tra gli Stati membri", che ne farebbe espressione di un *trend* prevalente e come tale rispondente al canone della *better law* identificativo della categoria dei diritti fondamentali), facendo così emergere un possibile profilo di tensione che, in ragione della sua essenziale indeterminatezza, la regola Taricco presenterebbe con la stessa Carta UE; profilo sul quale infatti la Consulta chiede alla Corte europea di pronunciarsi²⁷.

Prima ancora che al giudice di Lussemburgo – che, orientato di fatto ad una dimensione sostanzialistica, si mostra non particolarmente sensibile al primato della legalità formale –, la Consulta lancia un monito al giudice interno rispetto ai sempre più concreti rischi di deriva creatrice della giurisprudenza. I casi sempre più numerosi di non applicazione della disciplina interna ritenuta dal giudice, con argomenti non sempre pienamente convincenti o compiutamente sviluppati, incompatibile con il diritto europeo; le forme più o meno spinte di interpretazione conforme; il vistoso incremento registratosi nel panorama giudiziario italiano di rinvii pregiudiziali *in malam partem*, recanti un impiego in varie forme abusivo di tale strumento (ipotesi che trova riscontro, secondo giudizio pressoché unanime, con riguardo a quanto avvenuto nel caso *Taricco*) hanno verosimilmente ispirato una tale scelta della Consulta che pertanto coglie l'occasione per affrontare la spinosa ma attualissima questione del rapporto tra legge e giudice²⁸. Al crocevia di complesse dinamiche che hanno significativamente ri-definito il rapporto tra legge formale e interpretazione (con problematiche ripercussioni in sistemi quali il nostro, tradizionalmente improntati ad

²⁵ Trattasi peraltro di principio che la Consulta indica come cardine del sistema italiano nel suo complesso, affermandone la rilevanza anche nella materia processuale; sul punto, cfr. A. BERNARDI, *La Corte costituzionale nel caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 109; F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla "Taricco": punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Diritto penale e processo*, 2017, 285.

²⁶ Punto 5 (in fine)

²⁷ Punto 9.

²⁸ Per un'efficace sintesi, cfr. A. BERNARDI, *Presentazione*, cit., LXXVII ss.

una concezione forte di riserva di legge e alla centralità della legge-fonte)²⁹ – e tra queste, in modo particolare, proprio la dinamica originata dal processo di integrazione europea, che lo vede, in qualità di giudice ordinario europeo, veicolo prioritario del diritto europeo nel contesto ordinamentale interno, e in tale suo ruolo gravato da precisi obblighi (interpretazione conforme, dis-applicazione) in vista dell'efficace attuazione del diritto dell'Unione –, il giudice comune (parrebbe voler sottolineare la Corte) si pone quale elemento al tempo stesso di saldatura (e tenuta) del sistema integrato di ordinamenti ma anche di possibile rottura (degli equilibri) dell'ordinamento interno in cui esso opera, laddove assolvesse a tale suo ruolo esorbitando i limiti fisiologici della funzione allo stesso attribuita. Un rischio di deriva, questo, che non troverebbe più alcun argine in ragione della sostanziale estromissione della Corte costituzionale resa possibile dal controllo diffuso di costituzionalità sotteso al concreto esercizio delle prerogative del giudice comune quali scaturenti dall'ordinamento europeo. In scoperta denuncia a tale *status quo*, il richiamo ricorrente nell'ordinanza alla esclusività del controllo di costituzionalità da parte del giudice delle leggi – *sub specie* di controllo del rispetto dei controllimiti – esprime la decisa rivendicazione della Corte costituzionale del proprio ruolo sommitale di garanzia nel controllo ultimo della compatibilità degli esiti del processo di integrazione europea con i principi fondamentali del nostro sistema (controllo la cui attivazione continua pur sempre a riposare sulla sensibilità degli stessi giudici cui spetta l'individuazione dei concreti profili di incostituzionalità su cui chiedere l'intervento della Consulta). Solo indirettamente un monito parrebbe indirizzato anche alla Corte di Giustizia laddove la stessa, nel perseguimento del generale obiettivo di efficacia del diritto europeo, è ritenuta approfittarsi dell'interlocuzione privilegiata con il giudice nazionale, assecondando iniziative più o meno ardimentose (e strumentali) dei giudici interni.

Che il *focus* dell'ordinanza sia anche (se non soprattutto) il ruolo del giudice, al tempo stesso declinazione degli equilibri costituzionali espressione dell'identità costituzionale italiana, e veicolo delle dinamiche del processo di integrazione europea, parrebbe d'altronde trovare conferma non solo nelle affermazioni relative alla riconosciuta autonomia ed efficacia vincolante del diritto europeo (e dell'interpretazione che di questo dà la Corte di Giustizia), ma altresì nella selezione dei peculiari profili della legalità penale rispetto ai quali la Consulta denuncia i possibili elementi di tensione con la soluzione dettata nella sentenza *Taricco*.

Quanto al primo aspetto, dichiarando di non mettere in alcun modo in discussione l'effetto diretto riconosciuto dalla Corte di Lussemburgo all'art. 325 TFUE,

²⁹ Sul punto cfr. F. PALAZZO *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell'attuale momento storico*, in *Ars interpretandi*, 2015, 78. Si vedano altresì i contributi raccolti nel numero monografico di *Questione giustizia* n. 4/2016, tra i quali in particolare il contributo di L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, 13 ss. Merita di esser rilevato come la posizione critica dell'autore si accompagni tuttavia di una peculiare perimetrazione della questione che poggia su una nozione di "legge" in alcun modo limitata alla legge dello Stato ma di contro sinonimo di "norma generale ed astratta che assicuri prevedibilità dei presupposti e degli effetti" così da mantenere il paradigma garantistico tramandato dalla tradizione illuministica e rappresentato dalla predeterminazione della decisione giudiziale.

e ribadendo altresì la vincolatività degli obblighi che da una tale interpretazione discendono per il legislatore italiano (di cui non si esclude una eventuale responsabilità laddove, anche in ragione della contestata disciplina prescizionale, la tutela delle finanze europee risultasse inadeguata), la Consulta circoscrive gli effetti del perseguito sbarramento all'ingresso nel nostro sistema della "regola Taricco" esclusivamente all'obbligo di diretta disapplicazione della normativa interna incompatibile ad opera del giudice ordinario (con ciò tuttavia scindendo effetto diretto e diretta applicabilità considerati profili inscindibili nell'ottica dell'ordinamento eurounitario³⁰), laddove una tale disapplicazione produca un insanabile contrasto con le garanzie della legalità penale. Tra queste – e qui entra in gioco il secondo profilo – ad essere illuminata dal discorso della Consulta non è la questione della possibile retroattività *in malam partem* (questione pressoché estromessa dall'ordinanza) ma la (eventuale) carenza di tassatività e determinatezza della regola europea (da cui discenderebbe l'obbligo di non applicazione), regola europea di cui la Consulta non limita né tanto meno esclude, in linea generale, l'idoneità ad esprimere un preciso obbligo di non applicazione per il giudice interno (anche laddove promanante non da una norma scritta ma da fonte giurisprudenziale), giungendo ad affermare che "la legge nazionale *possa e debba* essere disapplicata se ciò è prescritto in casi specifici dalla normativa europea"³¹.

5. Rilevanza meramente interna o rilevanza europea della prescrizione? Lo snodo dell'art. 53 Carta UE.

All'origine della tenzone, la disciplina degli atti interruttivi della prescrizione rimane in verità assolutamente ai margini dell'ordinanza. Gli artt. 160 ultimo comma, e 161 secondo comma c.p., richiamati nell'esposizione iniziale delle questioni pendenti dinnanzi ai giudici *a quibus*, non vengono fatti oggetto di alcuna specifica indagine da parte della Consulta. La ragione appare chiara: riaffermata la natura sostanziale dell'istituto e la conseguente afferenza dello stesso, senza eccezioni o distinzioni, alla copertura garantistica della legalità penale – questione che il nostro giudice costituzionale liquida peraltro sbrigativamente rinviando alla propria consolidata giurisprudenza (e da ultimo alla sentenza 143/2014) –, la Consulta può agevolmente svincolarsi dalla scomoda posizione di un discorso identitario (proprio di ogni ragionamento sulla possibilità di attivazione dei controlimiti) ancorato alla più che controversa (all'estero e in patria) disciplina prescizionale. Ricondata unitariamente sotto l'ombrello garantistico della legalità costituzionale, è su quest'ultima, quale monoblocco intangibile di diritti, che la Consulta impernia le proprie stringenti considerazioni circa le possibili tensioni con la soluzione dettata dalla Corte di

³⁰ Tale ricostruzione consente alla Corte di ricondurre la vicenda Taricco nel solco della giurisprudenza europea fin qui consolidata che vede preclusi eventuali effetti espansivi dell'ambito del penalmente rilevante ad opera di una norma europea (in ragione del principio di legalità, e a monte, dell'assenza di una diretta competenza penale dell'Unione).

³¹ Punto 5 (in fine).

Giustizia nella sentenza *Taricco*, concludendo, com'è noto, nel senso della prevalenza della più ampia dimensione garantistica della legalità costituzionale rispetto a quella della legalità europea quale fissata all'art. 49 Carta UE. Scelta, questa, certamente astuta che consente al giudice costituzionale di sottrarsi a ragionamenti complessi e ad articolate prese di posizione sulle sollecitazioni da più parti provenienti circa una possibile scomponibilità della relativa disciplina ed una conseguente flessibilizzazione delle istanze garantistiche della legalità a questa riferibili³². Scelta, tuttavia, il cui esito poggia su due presupposti tanto indefettibili quanto scarsamente illuminati e/o non convincentemente argomentati.

Presupposto implicito dell'asserita prevalenza della legalità penale interna sulla legalità europea, in alcun modo giustificato dalla Consulta, è innanzitutto la considerazione complessiva e indistinta dei più ampi contenuti della legalità costituzionale come riconducibili in blocco alla categoria dei "principi supremi dell'ordinamento e diritti inalienabili della persona", e come tali inviolabili, senza margine alcuno di bilanciabilità (cedevolezza) che solo potrebbe discendere, con riguardo a specifiche articolazioni ed oggetti, dalla considerazione della stessa come principio³³. Tale assunto mostra invero di rifiutare ogni possibile differenza tra legalità *quale principio generale* del diritto penale, e legalità *quale diritto fondamentale*, escludendo pertanto ogni possibile legittima sfasatura tra l'ambito applicativo del *nullum crimen* europeo, cui rimarrebbe estranea la disciplina prescrizione (o per lo meno quel profilo della stessa, chiamato in causa nell'*affaire Taricco*, e relativo alla durata complessiva in caso di atti interruttivi), e l'ambito della legalità penale comprensiva di contro di una tale disciplina (ma non necessariamente *in toto* espressione dell'identità costituzionale dell'ordinamento italiano). Alla luce del discorso della Consulta rimane quindi preclusa ogni possibilità di differente articolazione e concreta attuazione delle garanzie costituzionali della legalità volta a riflettere una oggettiva differenza qualitativa tra nucleo duro del precetto – cioè la predeterminazione di ciò che costituisce reato e la risposta sanzionatoria per questo prevista – ed altre componenti della punibilità. Posizione intransigente, questa, che assumendo come ineluttabile la competizione – e la conseguente esclusione di ogni possibile composizione – tra legalità penale costituzionale e legalità europea erge un bastione insormontabile a tutela di uno *status quo* costituzionale preclusivo di qualunque margine di flessibilizzazione e pertanto della possibilità di individuazione di un punto di incontro con la posizione del giudice europeo.

Al summenzionato presupposto implicito si aggiunge poi, quale presupposto di contro esplicito, e altresì passaggio cruciale del ragionamento della Consulta, la considerazione della prescrizione quale questione "non riguardante direttamente le competenze dell'Unione" (e per tale ragione, sostiene la Consulta, non necessitante

³² Per una tale posizione, cfr. P. FARAGUNA – P. PERINI, [L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controllimiti](#), in *Dir. Pen. Cont. – Riv.trim.* 1/2016, 212 ss., .

³³ Nel senso della bilanciabilità di profili della legalità non rientranti nel relativo nocciolo duro, cfr. L. PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco*, 415.

alcun intervento di armonizzazione), e la conseguente natura “esterna” al diritto eurounitario della qualificazione della stessa come istituto afferente al diritto penale sostanziale. Chiave di volta del *distinguishing* operato dalla Consulta rispetto al caso oggetto della sentenza pronunciata dalla Corte di Lussemburgo nel caso *Melloni*³⁴ – in cui la stessa ha escluso, com’è noto, che la differente ampiezza di tutela riconosciuta (dall’ordinamento dell’Unione e dall’ordinamento costituzionale spagnolo) in ambiti afferenti alla disciplina comune del mandato d’arresto europeo, rientrasse nell’ambito di operatività dell’art. 53 Carta UE, recante un possibile cedimento del primato del diritto europeo in ossequio alla più intensa tutela di un diritto fondamentale nell’ordinamento costituzionale di uno Stato membro – il (presunto) carattere “esterno” al diritto dell’Unione e la naturale riconducibilità all’esclusiva competenza di ciascuno Stato, collocherebbe di contro la prescrizione nell’ambito di operatività del principio della miglior tutela sancito all’art. 53 Carta UE, consentendo alla legalità costituzionale di prevalere sulla esclusione della stessa dall’ambito dell’art. 49 Carta UE.

L’asserito carattere “esterno” al diritto dell’Unione della qualificazione come sostanziale o processuale della prescrizione, che la Consulta puntella alla differenza ritenuta sussistere con la situazione oggetto dell’*affaire Melloni*, è tuttavia argomento assolutamente debole. Se nella decisione della Corte di Lussemburgo nel caso *Melloni* (al di là dell’apparente esclusività del riferimento al principio del primato), l’esclusione della flessibilità ‘verso l’alto’ della tutela, sancita all’art. 53 Carta UE, trova in effetti la sua giustificazione nell’esistenza di un’articolata disciplina comune (quella relativa al mandato d’arresto europeo), recante disposizioni specifiche relative alla tutela dei diritti (pienamente conformi alla Carta e su cui tutti gli Stati hanno espresso il loro consenso)³⁵, l’assenza di un tale requisito nel caso della prescrizione, istituto non fatto oggetto (finora) di alcuna armonizzazione³⁶, non può in alcun modo portare a concludere nel senso di una estraneità della disciplina interna di tale materia rispetto all’ordinamento europeo. L’esistenza di una disciplina comune risulta invero necessaria nel caso *Melloni* avendo questo ad oggetto il settore normativo della cooperazione giudiziaria tra Stati. Così di contro non sarebbe nel caso *Taricco* dove la causa del contendere, la tutela degli interessi finanziari, costituisce il cuore delle

³⁴ Corte di giustizia, sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11.

³⁵ A quanto detto nel testo deve altresì aggiungersi la considerazione della particolare natura del MAE, strumento emblematico del mutuo riconoscimento che vede proprio la sua ragion d’essere nell’accettazione da parte degli Stati di differenze di disciplina anche relative ad aspetti cruciali purché rispettose di un nucleo garantistico comune, rappresentato dalla Carta nonché dagli *standards* garantistici fissati dallo specifica disciplina; cosicché ritenere incondizionatamente operante anche in questo caso il principio di tutela più avanzata minerebbe alle radici la *ratio* del mutuo riconoscimento. Sul punto, sia consentito il rinvio a R. SICURELLA, *Du mal peut-il venir le bien? Les droits fondamentaux “nouvelle” voie pour l’identité européenne dans l’ère de la crise*, in *Humanisme et Justice*, Mélanges en l’honneur de Geneviève Giudicelli-Delage, Parigi, 2016, 989-990.

³⁶Una prima iniziativa di armonizzazione della disciplina prescizionale si rinviene tuttavia proprio nel testo della proposta di direttiva sulla protezione penale degli interessi finanziari dell’Unione (art. 12), su cui, come accennato, è stato già raggiunto l’accordo politico.

competenze proprie dell'ordinamento dell'Unione³⁷, in relazione al quale la concezione funzionalista sottesa alle dinamiche del diritto europeo conduce di contro a considerare *rilevante* ogni questione possa comunque avere l'effetto di incidere negativamente sull'efficacia del diritto eurounitario. Pur cogliendo nel segno, pertanto, l'affermazione della Consulta relativamente alla non sussistenza di una competenza *diretta* dell'Unione nella materia in esame (come peraltro si ritiene in genere relativamente agli istituti di parte generale, con riguardo ai quali, tuttavia, interventi di armonizzazione devono ritenersi comunque legittimi laddove essi non costituiscano l'oggetto esclusivo dell'intervento normativo europeo ma si inseriscano nell'ambito di un testo che abbia ad oggetto uno dei settori elencati all'art. 83 TFUE) – e quanto ne consegue circa il fatto che l'istituto della prescrizione “non riguarda *direttamente* la competenza UE” –, ciò non comporta tuttavia l'automatica *indifferenza* per l'ordinamento dell'Unione della disciplina interna della prescrizione (e il possibile interesse ad una armonizzazione della stessa onde assicurare la necessaria omogeneità della risposta repressiva alle più significative offese agli interessi finanziari dell'Unione). Pur rimanendo il nostro ordinamento libero di qualificare l'istituto della prescrizione come istituto di diritto sostanziale, la rilevanza (anche) europea della stessa potrebbe comportare un parziale sbarramento al prodursi delle conseguenze proprie di una tale qualificazione (allorquando queste si trovino a confrontarsi con contrapposte esigenze di tutela proprie dell'ordinamento eurounitario).

6. Qualche spunto di riflessione in attesa di Taricco II: guardando all'Europa...

La sensibilità delle questioni sollevate dall'ordinanza in esame, sul piano strettamente giuridico e altresì su quello *lato sensu* politico, nonché la complessità e mutevolezza degli scenari, mi inducono ad evitare di formulare qualunque pronostico circa le risposte che la Corte di Giustizia si risolverà a fornire ai quesiti posti³⁸. L'attuale momento di debolezza della costruzione europea, e altresì la consapevolezza della diffusa insofferenza delle giurisdizioni costituzionali alla sua più recente giurisprudenza, e il più o meno marcato nazionalismo che ispira le prese di posizioni di queste ultime con riguardo al processo di integrazione europea, condurrà probabilmente la Corte europea ad evitare toni ultimativi.

Acquisito l'effetto diretto dell'art. 325 TFUE (obiettivo prioritario della Corte di Lussemburgo nella sentenza *Taricco*, non contestato dalla Consulta), e la relativa vincolatività *pro futuro*, è immaginabile che la Corte di Giustizia proverà in parte a neutralizzare i quesiti posti, ri-centrando alcune delle questioni sollevate³⁹; o riformulando – senza tuttavia denunciare espressamente alcuna correzione – alcuni dei

³⁷ Su tale argomento, cfr. anche M. CAIANIELLO, *L'ordinanza di rinvio della Corte costituzionale nel caso Taricco: dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., §7: e *ivi*, R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale*, §4.

³⁸ Per un'efficace panoramica delle possibili soluzioni, cfr. V. MANES, *La Corte muove*, cit.

³⁹ Tale scelta parrebbe imporsi con riguardo al terzo quesito, il più penetrante ed ultimativo.

passaggi più controversi della propria precedente decisione⁴⁰; o infine ribadendo l'ampia discrezionalità riconosciuta dall'ordinamento europeo, in ragione del principio di autonomia procedurale⁴¹, agli ordinamenti nazionali. Alla luce di un tale principio, a fronte degli obblighi sanciti dal diritto dell'Unione (inclusivo delle sentenze della Corte di Lussemburgo), spetta alle autorità nazionali, ciascuna nei propri ambiti di competenza, l'individuazione delle forme atte a consentire il soddisfacimento degli interessi promananti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (la cui concreta idoneità potrà essere vagliata dal giudice europeo)⁴²; con ciò più chiaramente illuminando quanto già iscritto nella sentenza *Taricco* che, lungi dal sancire un obbligo di automatica non applicazione della normativa interna controversa, demanda allo stesso non solo la valutazione dell'incompatibilità di tale normativa in termini di effettività e di equivalenza della tutela assicurata, ma altresì la complessiva valutazione circa la compatibilità della soluzione che da una tale non applicazione discenderebbe (laddove la normativa in questione sia stata riconosciuta come effettivamente inottemperante all'obbligo di adeguatezza/equivalenza della tutela) con l'obbligo di tutela dei diritti fondamentali dell'imputato, scaturente anch'esso dall'ordinamento europeo⁴³.

⁴⁰ È quanto potrebbe configurarsi, in particolare, con riguardo al primo quesito, laddove alla contestata indeterminatezza della "regola Taricco", la Corte di Lussemburgo potrebbe implicitamente rispondere ribadendo la propria posizione quale espressa nella precedente sentenza, ma di fatto integrata da un apporto chiarificatore, quale innanzitutto un esplicito richiamo alla nozione di "frode grave" contenuta all'art. 2 della Convenzione Pif (già vincolante per gli Stati membri, e più volte menzionata nella prima parte della sentenza, sebbene certamente non esaustiva, in termini assoluti, delle esigenze di determinatezza della norma penale), e la ri-lettura della discussa espressione impiegata per indicare l'ambito della valutazione richiesta al giudice circa l'adeguatezza della normativa interna contestata "in un numero considerevole di casi" tale da risolvere l'indeterminatezza della regola che il giudice interno è chiamato ad applicare. La soluzione di riferire tale espressione alla specifica vicenda processuale dinanzi al sigolo giudice – soluzione che parrebbe essere stata seguita dalla Corte di Cassazione (Cass. pen. III, 17 marzo 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210/16) e prospettata anche da parte della dottrina, cfr. L. PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco*, cit., 438, nt 51) – si confermerebbe comunque insoddisfacente per D. PULITANÒ, [La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco](#), in *Dir. pen. Cont – Riv. Trim.*, 1/2016, 232-233, per il fatto di mantenere in capo al giudice un giudizio di tipo valutativo, e più precisamente una valutazione di adeguatezza della normativa penale (seppur con spettro più limitato), risultando pertanto inadeguata a superare completamente le denunciate tensioni rispetto al principio di separazione dei poteri.

⁴¹ Principio di origine giurisprudenziale enucleato dalla Corte di Lussemburgo a partire da alcune storiche sentenze, tra le quali, Corte di giust. 16 dicembre 1976, *Rewe*, causa C- 33/76, 1989 ss. (punto 5); Corte di giust. 16 dicembre 1976, *Comet*, C-45/76, in particolare punti 12,13,15.

⁴² Sul punto, si vedano le considerazioni svolte da G. VITALE, *La sentenza Taricco della Corte di giustizia tra effetti diretti delle norme del Trattato ed autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Così lontana, così vicina*, cit.

⁴³ L'ipotesi di un *revirement* della Corte di Lussemburgo sul punto della non riconducibilità della prescrizione all'art. 49 Carta UE, pur certamente non preclusa, appare tuttavia poco plausibile. In effetti, potrebbe in teoria prospettarsi, analogamente a quanto avvenuto, con riguardo alla retroattività favorevole, nella sentenza pronunciata nel caso *Berlusconi* (Corte di giustizia (Grande sezione), sent. 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02) il superamento da parte della Corte di giustizia della posizione fin qui assunta, e piattamente plasmata sulla giurisprudenza della Corte EDU (ed anzi su una lettura riduttiva di tale giurisprudenza), e l'introduzione di una valutazione dell'istituto della prescrizione alla luce dei "criteri *Engel*", con ciò aprendo alla possibilità che profili della stessa possano infine risultare riconducibili alle nozioni di "reato" o "pena" e pertanto coperti dall'ombrello garantistico

Qualunque sarà la posizione che la Corte di Lussemburgo riterrà di assumere rispetto all'ordinanza della Consulta, la centralità delle questioni sollevate chiama il giudice europeo ad una seria considerazione della posta in gioco allo stadio in cui è oggi giunto il processo di integrazione europea, laddove in particolare questo interessa la materia penale. In particolare, la tematica della tutela dei diritti fondamentali su cui ha finito per essere focalizzata la vicenda *Taricco*, da molti letta in chiave antagonista secondo uno schema "efficacia (del diritto eurounitario) v. garanzie (dell'individuo)" – e nella quale la pronuncia della Corte avrebbe sancito la indiscussa prevalenza della dinamica prevaricatrice del primato del diritto europeo –, dovrebbe essere oggetto di un intervento chiarificatore in grado di ricondurre la presente vicenda (e più in generale ogni vicenda espressione delle dinamiche sottese all'efficacia e al primato del diritto dell'Unione) ad un assetto dell'ordinamento europeo espressione di un compiuto equilibrio tra efficacia e garanzie. Un tale irrinunciabile passaggio, tuttavia, lungi dall'imporre un 'ritorno al passato' – e il recupero della (in verità scarsamente tranquillizzante) paratia dell'impossibilità per norme europee, indipendentemente da una legge interna di attuazione, di istituire o aggravare la responsabilità penale del singolo (anche in ragione della non applicazione di una normativa interna incompatibile e l'espansione di altra disciplina interna con effetti deteriori per l'imputato)⁴⁴ – esige di contro un deciso scatto in avanti. Questo potrebbe essere garantito nel presente caso dalla Corte di Giustizia a partire da una (auspicabile) esplicitazione 'in chiave europea' dell'esplicito richiamo dalla stessa rivolto al giudice quanto alla verifica dell'effettivo rispetto dei "diritti fondamentali dell'imputato"⁴⁵ – inequivocabilmente posto dalla Corte quale condizione alla vincolatività per il giudice dell'obbligo di non applicazione della normativa interna risultata inadeguata –, nel

dell'art. 49 Carta UE. Tuttavia, oltre a dover considerare la possibilità che proprio i profili della disciplina prescrizione oggetto dell'*affaire Taricco* non vengano comunque considerati coperti, non vi è chi non veda la peculiarità della situazione attuale in cui la Corte di Lussemburgo, diversamente da quanto avvenuto nel caso *Berlusconi*, dovrebbe tornare sui passi di una propria espressa posizione. Viceversa, plausibile appare una precisazione da parte della Corte di Giustizia relativamente a profili dell'art. 49 Carta UE ulteriori rispetto all'irretroattività, e *in primis* relativamente alla determinatezza della norma (che potrebbe concorrere a ridimensionare la tensione provocata nel nostro ordinamento dalla regola *Taricco* escludendo l'obbligo di disapplicazione in presenza di norme non sufficientemente determinate)

⁴⁴ È l'assenza di una tale paratia, e la chiara affermazione dell'obbligo per il giudice di non applicazione della normativa interna che lo stesso dovesse riscontrare essere incompatibile, la differenza cruciale con quel filone giurisprudenziale (Corte di giustizia, sent. 25 giugno 1997, *Tombesi*, cause riunite C-304/94, C-330/94, C-342/94, C-224/95; Corte di giustizia, sent. 11 novembre 2004, *Niselli*, causa C-457/02; Corte di giustizia (Grande sezione), sent. 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02) nel quale erano in verità visibili segni di un potenziale effetto *in malam partem* dell'impatto del diritto penale europeo negli ordinamenti interni. Fondata sull'originaria incompetenza dell'ente sovranazionale in materia penale, la suddetta paratia risulterebbe peraltro fortemente indebolita dall'intervenuto riconoscimento di una (seppur parziale) competenza dell'Unione in materia penale in grado di esplicitare una sorta di indiretta legittimazione di tali forme (particolarmente intrusive) di incidenza del diritto europeo.

⁴⁵ Trattasi peraltro di richiamo tutt'altro che di maniera, che la Corte ha cura di concretizzare facendo esplicito riferimento alla delicatezza delle conseguenze di una eventuale non applicazione della disciplina nostrana in materia di prescrizione che potrebbe vedere condannati soggetti che con ogni probabilità non lo sarebbero stati in caso di applicazione delle norme risultate incompatibili con il diritto europeo.

senso di ritenere così richiamati non i *diritti fondamentali del nostro ordinamento costituzionale* (come ora prospettato dalla Consulta) ma i *diritti fondamentali dell'ordinamento dell'Unione*.

Riflettendo un mutato atteggiamento della Corte europea già riscontrabile nella decisione dalla stessa assunta nel caso *Melloni* – e in particolare la maturata consapevolezza della Corte di Lussemburgo circa l'avvenuto consolidamento di una adeguata dimensione di tutela di tali diritti nell'ambito dell'ordinamento eurounitario, con conseguente progressivo superamento della tradizionale dipendenza rispetto agli ordinamenti nazionali che ha connotato le origini di una tale dimensione dell'ordinamento europeo⁴⁶ –, la prevalenza del diritto eurounitario risulterebbe poggiare nella sentenza *Taricco* sulla effettiva sussistenza di un quadro garantistico a livello dell'ordinamento europeo in cui le specifiche posizioni degli imputati nei giudizi pendenti dinanzi ai giudici *a quibus* troverebbero adeguata copertura. Più precisamente, nel caso in esame, la summenzionata lettura vedrebbe il (possibile) recupero di istanze potenzialmente affievolite dal mancato riconoscimento dell'applicabilità dell'art. 49 Carta UE attraverso la considerazione di altri diritti in questa sanciti quali quelli afferenti al giusto processo e alla equa trattazione della causa, attraverso i quali il singolo potrebbe vedere tutelato l'affidamento nel fatto che lo Stato non modifichi le regole che presiedono in generale alle condizioni di rilevanza e di trattamento della tale punibilità. In ragione di una tale ricostruzione, la sfasatura tra legalità europea, non inclusiva della prescrizione, e legalità penale interna, ritenuta di contro abbracciarla (pur non escludendo la possibilità che laddove quest'ultima sia 'eccedente' possa, a certe precise condizioni, risultare cedevole e bilanciabile), potrebbe tuttavia nel caso concreto escludere la problematica retroattività sfavorevole degli effetti della pronuncia⁴⁷.

Nella prospettiva qui delineata, lungi dal sancire la definitiva rottura dell'argine garantistico in passato assicurato dall'esclusione nel caso concreto dell'effettiva disapplicazione, aprendo così le porte ad un'incondizionata affermazione dell'imperativo dell'effettività del diritto eurounitario (e della adeguatezza della tutela degli interessi di cui questo è portatore), la posizione della Corte di Lussemburgo nel caso *Taricco* giungerebbe infine a segnare la scelta in favore di una ri-costruzione di tale argine su fondamenta non più nazionali ma propriamente europee. Al ri-centramento sui diritti (*rectius* sul necessario equilibrio con la dimensione dei diritti) della generale tematica dell'efficacia del diritto dell'Unione, si accompagnerebbe altresì l'impulso ad un pieno sviluppo (ad oggi mancato) delle potenzialità applicative della Carta e il rafforzamento delle garanzie in essa iscritte, con l'auspicabile esito di un complessivo

⁴⁶ Per più ampie considerazioni, sia consentito rinviare a R. SICURELLA, *Introduzione*, cit.

⁴⁷ In particolare, attraverso un tale percorso si potrebbe plausibilmente giungere ad escludere l'applicazione della "regola Taricco" agli imputati per fatti pregressi rispetto alla pubblicazione della sentenza della Corte nel caso *Taricco*, con conseguente limitazione *pro futuro* della soluzione dalla stessa sancita (in linea pertanto con quanto auspicato, da A. RUGGERI, *La Consulta espone ma non oppone i controlimiti*, cit., 87).

miglioramento garantistico dell'intero sistema integrato di ordinamenti sulla base di standard comuni di tutela⁴⁸.

7. ...e a casa nostra.

La centralità e delicatezza delle molte questioni in gioco, fin qui esaminate dalla specifica angolatura dei rapporti tra ordinamento costituzionale e ordinamento europeo, sollecitano in verità una rinnovata riflessione anche su quella che potrebbe definirsi la rilevanza interna delle stesse. In particolare, non credo ci si possa sottrarre ad un'attenta considerazione della fisionomia della legalità penale che dalle affermazioni della Consulta emerge quale attualizzazione a tutto tondo del relativo paradigma (in tutte le sue possibili declinazioni e manifestazioni), con ciò che ne consegue sul piano interno circa l'assetto del sistema delle fonti.

In verità, a fronte delle molte e significative evoluzioni dell'assetto istituzionale e costituzionale europeo, in particolare a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, risulta alquanto stonata la 'fissità' del paradigma della legalità quale posto *in incipit* dell'ordinanza, facente espresso riferimento ad una "esclusività" delle competenze del legislatore (interno), rispetto al ri-definito orizzonte ordinamentale e alle conseguenze di questo sul sistema delle fonti. Un impatto, questo, che la Consulta peraltro non parrebbe rifiutare in sé laddove, come prima segnalato, la stessa non muove alcuna obiezione all'obbligo che potrebbe venire al giudice interno di non applicare una normativa interna incompatibile rispetto ad una regola fissata dalla Corte di Lussemburgo purché comunque rispettosa dei canoni della tassatività (e limitatamente ai fatti commessi successivamente alla decisione da cui una tale regola promani, dovendo, pur nel silenzio della Consulta sul punto, escludere la possibilità di una retroattività sfavorevole); con ciò di fatto riconoscendo (almeno *prima facie*) la legittimità di un'integrazione giurisprudenziale della norma scritta e il conseguente cedimento sul corollario della riserva di legge, sotto il duplice profilo della *lex scripta* e della relativa origine esclusivamente interna della stessa⁴⁹.

Sul punto l'ordinanza presenta in effetti una criticabile ambiguità. Certamente non sfugge il chiaro intento della Consulta a 'legare a doppio filo' legalità costituzionale e legalità europea, in un discorso dove il *focus* sulla determinatezza della norma consente alla stessa di incardinare la propria analisi sui concetti della prevedibilità, da un lato, e della tutela del singolo dall'arbitrio del giudice, dall'altro, entrambi riconducibili in astratto anche alla legalità europea, ed espressione delle tradizioni costituzionali comuni; risultando pertanto logico e consequenziale per la stessa Consulta rilanciare la palla nel campo della Corte di Giustizia chiedendo a

⁴⁸ In questo senso interpreto la sollecitazione di F. VIGANÒ, *Le parole*, cit., 1, a difendere i diritti "in Europa e con l'Europa; non contro l'Europa".

⁴⁹ Avanza il dubbio che le tensioni con la riserva di legge possano essere denunciate dalla Consulta successivamente ad una risposta della Corte di Lussemburgo 'tassativizzante' *ex post* la regola Taricco, F. VIGANÒ, op. ult. cit., 9.

questa una verifica della regola Taricco relativamente al rispetto dell'art. 49 Carta UE sotto il profilo della carente determinatezza della norma europea (l'art. 325 TFUE nei contenuti a questo attribuiti nella sentenza *Taricco*).

Il ricorso da parte della Consulta a tali categorie concettuali non si accompagna tuttavia ad una chiara rilettura in chiave europea del paradigma della legalità, rilettura che faccia scopertamente i conti, in particolare, con la riserva di legge – menzionata solo *en passant* per poi dissolversi nelle pieghe di un discorso che, con (apparente) indifferente alternanza dei riferimenti alla “disposizione scritta” e alla “norma”, risulta da ultimo virare dalla dimensione della legalità ‘legale’ alle questioni della prevedibilità e dei confini del potere del giudice – ed i limiti che questa impone alla giurisdizione (e alla possibilità di un suo concorso nella definizione del precetto), rimanendo pertanto irrisolta la questione cruciale circa la legittimità di una (qualche) integrazione del precetto ad opera della giurisprudenza⁵⁰.

Al di là del comprensibile irrigidimento provocato dalla spregiudicatezza mostrata dalla Corte di Giustizia e il severo monito a rispettare le identità costituzionali, l'ordinanza parrebbe riflettere la scelta della Consulta di sottrarsi alla (in verità necessaria) ri-lettura del testo costituzionale alla luce delle basilari acquisizioni del processo di integrazione europea e più specialmente della partecipazione dello stesso – quale sviluppo dell'art. 11 Cost. – alla definizione della identità costituzionale della Repubblica italiana. Una ri-lettura, ancora, che chiama in causa non solo il complesso normativo dell'ordinamento europeo ma altresì le specifiche dinamiche anche istituzionali su cui questo riposa⁵¹, ed *in primis* l'interlocuzione diretta tra la Corte di Lussemburgo ed i giudici interni nel loro ruolo di giudici ordinari europei cui è demandata l'applicazione quotidiana del diritto europeo e per tale loro ruolo investiti di prerogative e poteri, anche trascinanti la mera attività interpretativa e inclusivi di giudizi valutativi fisiologicamente dis-funzionali rispetto al mantenimento dello *status quo* dell'ordinamento interno in cui operano⁵².

Non si tratta di registrare passivamente e acriticamente gli esiti delle molteplici dinamiche in atto (non esclusivamente individuabili nel processo di integrazione europea, sebbene quest'ultima ne rappresenti una manifestazione particolarmente significativa), all'origine di una lenta ma inesorabile trasformazione del nostro

⁵⁰ L'ambiguità di fondo denunciata nel testo alimenta così posizioni assolutamente diverse circa gli scenari possibili in caso di una precisazione *ex post* della regola Taricco da parte della Corte di Giustizia; esito non risolutivo delle criticità rilevate secondo M. BIGNAMI, *Note minime*, cit., §3. in quanto in grado di superare esclusivamente l'indeterminatezza rispetto al giudice ma non l'indeterminatezza rispetto al cittadino, quest'ultima non soddisfatta da un intervento giurisprudenziale (quand'anche della Corte di Giustizia, alle cui sentenze l'ordinamento dell'Unione attribuisce efficacia vincolante) integrativo della (vaghezza della) norma, e necessitante di contro una disposizione *scritta* sufficientemente determinata (e pertanto prevedibile e idonea ad contenere discrezionalità del giudice); di diverso avviso F. VIGANÒ, op. ult. cit., 11.

⁵¹ *Ex multis*, cfr. R. MASTROIANNI, [Supremazia del diritto dell'Unione e “controlimiti” costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco](#), in *questa Rivista*, 7 novembre 2016.

⁵² Come rilevato anche da F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica* cit., 78, che infatti dubita al riguardo possa parlarsi di creazionismo giudiziario in senso proprio.

ordinamento strutturalmente concepito quale ordinamento a base legale⁵³, ma valutare se le sempre più ricorrenti deviazioni rispetto ad un tale originario paradigma riscontrabili nell'attuale fisionomia del principio di legalità siano oggi inquadrabili quali *alterazioni patologiche* – con riguardo alle quali sia pertanto possibile ed anzi doveroso l'impegno nel senso di una loro riconduzione allo stesso (e in tale direzione dovrebbe leggersi la posizione cristallizzata dalla Corte costituzionale nell'ordinanza 24/2017, quale monito alto ed autorevole non circoscritto alla sola questione dell'impatto delle fonti sovranazionali nel nostro ordinamento) –, o viceversa queste si configurino quali *variazioni fisiologiche* (o volte a divenire tali, anche se non ancora del tutto stabilizzate) del paradigma classico della legalità penale nel nostro ordinamento⁵⁴, fondato su una concezione formale imperniata oltre (e prima) che sulla qualità della norma anche sulla qualità della fonte⁵⁵.

In particolare, con riguardo al confronto della legalità penale con il processo di integrazione europea, ritengo una tale riflessione si imponga non solo in termini di mera sostenibilità del paradigma classico ma altresì in termini di compiuta rispondenza dello stesso all'attuale quadro costituzionale, quale risultante dalla sistematica interrelazione che l'art. 11 Cost. implica con tutti i principi costituzionali. Ben oltre un'esclusiva funzione di legittimazione della partecipazione italiana al processo di integrazione europea, l'art. 11 Cost. iscrive nel nostro ordinamento costituzionale un principio di strutturale apertura dello stesso all'ordinamento sovranazionale, che pertanto concorre anch'esso alla definizione dell'identità costituzionale della Repubblica italiana, comportando logicamente una possibile riconfigurazione delle scelte alla base di altri precetti costituzionali, e nel caso di specie un ri-dimensionamento dei contenuti e di alcuni tratti caratteristici della legalità penale che in ragione della dinamica impressa dall'art. 11 Cost. non può se non essere la legalità di uno spazio non esclusivamente statale. Uno spazio, questo, in cui, a fronte

⁵³ Molte le riflessioni condotte sul punto negli ultimi anni; a titolo meramente esemplificativo, e con varietà di accenti, cfr. O. DI GIOVINE, [Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione](#), in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 1/2013, 164 ss.; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 49 ss., 63 ss.; F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica*, cit., 77 ss.; D. PULITANO, [Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge](#), in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 1/2015, 46 ss.; M. VOGLIOTTI, *Il risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea*, in *Rivista filosofia del diritto*, 2015, 96; ID., *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2015, I, 131 ss.

⁵⁴ Il carattere fisiologico dei processi in atto è riconosciuto anche da F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla Taricco*, cit., il quale tuttavia sollecita una doverosa cautela nell'impiego di quegli strumenti (*in primis* la dis-applicazione) in grado di incidere pesantemente sul rapporto giudice-legge. Sul punto si vedano altresì le interessanti considerazioni di M. VOGLIOTTI, [Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi](#), in *questa Rivista*, 2 novembre 2016.

⁵⁵ Trattasi in verità di riflessione da tempo condotta in particolare da alcuni autori impegnati altresì ad immaginare percorsi e soluzioni tesi a mantenere alla (nuova) legalità una certa componente di 'forma' della fonte da poter tradurre in precisi requisiti degli arresti giurisprudenziali dove 'invasivi' del terreno riservato alla legge formale; in particolare si vedano i lavori di O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006; ID. [Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale](#), cit., 181.

delle scelte di sistema poste alla base dell'impianto istituzionale dell'Unione (ma in certa misura ciò vale anche per il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo), il giudice è chiamato a giocare un ruolo cruciale di snodo, quale fondamentale elemento di raccordo tra sistemi interagenti, su cui il corretto funzionamento di un tale spazio riposa.

In quest'ottica, anche le problematiche operazioni ermeneutiche sottese alla disapplicazione e all'interpretazione conforme, connotate da tassi discrezionalità elevatissimi e di fatto irriducibili per il modo stesso in cui queste sono deputate ad attuarsi, sono "conformi a Costituzione" in quanto oggetto di un obbligo di matrice europea la cui vincolatività per il giudice interno si incardina nell'art. 11 Cost. Ad essere oggi iscritta nel nostro ordinamento costituzionale è pertanto una diversa dimensione della legalità, emancipata dall'esclusivo ancoraggio al dato formale della fonte/precepto nazionale, e che riflette i caratteri di una produzione multilivello della norma penale in cui questa è chiamata comunque a mantenere, in forme diverse, l'imprescindibile portata garantistica, preservando il carattere irrinunciabile per il nostro ordinamento costituzionale dalla centralità della persona.

Un'indubbia erosione del ruolo del legislatore, quella che scaturisce dall'attuale configurazione del sistema delle fonti riletto con la lente ri-formante del principio di apertura sancito all'art. 11 Cost. che si tradurrebbe secondo i più in una crisi della legalità, ma che parrebbe piuttosto configurarsi quale crisi di un *modus essendi* della legalità – che non implica (e che non deve in alcun modo implicare) una crisi della relativa *ratio essendi* della legalità ed i precipitati garantistici che questa sottende. È una crisi delle forme della legalità, quali fino ad oggi per lo più conosciute ed attuate⁵⁶, ma rispetto alle quali la nostra stessa identità costituzionale, comprensiva del parametro mobile dell'art. 11 Cost. (recante l'ingresso di dinamiche in grado di incidere sugli equilibri sottesi al paradigma classico della legalità) impone la ricerca di *modi diversi* di declinazione della stessa in grado di preservarne la portata garantistica⁵⁷.

A fronte del modello fin qui tratteggiato, doveroso è tuttavia riconoscere – e denunciare – pratiche applicative spesso abusive e pertanto distorsive del *dover essere* della legalità penale che da questo discende. Come recentemente ribadito da Francesco Palazzo, l'intervento contenitivo di tali derive degenerative non può tuttavia se non essere di stampo essenzialmente culturale, e rimesso "al formarsi di sensibilità e convinzioni consapevoli della posta in gioco e ad essa adeguate"⁵⁸; acquisizioni, queste, da ritenersi proprie e ineliminabili della stessa professionalità del giudice, e in quanto tali insite nella figura del giudice interno quale giudice europeo giammai considerato, nell'ottica dell'ordinamento eurounitario, quale cavallo di Troia, ma snodo funzionale del sistema integrato di ordinamenti, il cui funzionamento, sebbene possa non

⁵⁶ Interessanti spunti in tal senso possono leggersi in L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., 23.

⁵⁷ Come indicato da M. CAIANIELLO, *L'ordinanza di rinvio*, cit., § 1, la preservazione dell'identità costituzionale dell'ordinamento italiano riposa sulla capacità di individuare percorsi di 'convivenza' con un sistema giuridico europeo improntato sulla tradizione di *common law*.

⁵⁸ F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica*, cit., 88.

escludere fisiologiche forzature degli equilibri interni agli Stati, non può comunque poggiare su imponderate rotture degli stessi.

L'auspicio che può formularsi a conclusione di queste brevi riflessioni è che, entrambe le Corti, nelle iniziative che saranno chiamate ad assumere in questa vicenda, mostrino non solo lungimiranza ma anche piena consapevolezza del ruolo che ciascuna di esse, nei rispettivi ambiti, è chiamata a svolgere nel processo di integrazione in atto. Che l'iniziale noncuranza dell'una, e l'orgoglioso irrigidimento dell'altra, possano infine tornare ad assestarsi nello spazio del dialogo e del confronto che, seppur aspro, sia comunque costruttivo e in grado infine di assicurare un epilogo onorevole ad una pagina certamente non felice.