

Sweetening the pill. Il caso Taricco e l'illusionismo prospettico della Consulta*

di Vico Valentini

Ricercatore di Diritto penale, Università di Perugia

L'ordinanza n. 24/2017, con cui la Consulta ha chiesto alla Corte di Giustizia di meglio chiarire senso e contenuti della regola disegnata dalla "sentenza Taricco", è un capolavoro d'illusionismo percettivo: giacché costella di pacificanti trompes l'oeil la cruda immagine di orizzonti conflittuali. Un provvedimento-caleidoscopio, insomma, che formalmente propone all'interprete europeo, cui riconosce un ruolo costituente, una nuova e partecipata gestione dei controlimiti, ma che, sostanzialmente, annulla il margine di manovra dell'interlocutore: indicando nitidamente la sola replica destinata essere accettata-introiettata. Nel concludere la sua magistrale tela, la Corte costituzionale non perde l'occasione di ribadire l'indissolubile liaison fra legge parlamentare nazionale e giustizia penale, e di rammentare una volta in più l'allergia dei sistemi continentali al paradigma della giurisprudenza-fonte: specie là dove implichi effetti peggiorativi, e quale che sia il versante – sostanziale oppure processuale – interessato da quegli effetti.

SOMMARIO: **1.** Il senso del monologo costituzionale – **2.** Tre snodi e una pietra tombale – **3.** Prove tecnico-tattiche di piradimismo in forma circolare – **3.1** Dissimulazioni e finte – **3.2** Giochi di prestigio e funambolismi – **4.** *Dribbling* o precomprensione? A proposito del preteso silenzio in punto di riserva di legge

1. Il senso del monologo costituzionale

La sensazione che coglie il lettore già dai primi paragrafi, è che la breve ma affilatissima ordinanza n. 24/2017 – con cui la Consulta ha chiesto all'interprete eurounitario di reinterpretarsi, o meglio, di ricalibrare l'*output* del settembre 2015¹ – è che quel

* Il testo s'inserisce nell'ambito del progetto "Diritti e situazioni giuridiche soggettive tra incertezze (nazionali) e ricerca dell'effettività della tutela (sovranaazionale). Una ricerca interdisciplinare", diretto dalla Prof.ssa Luisa Cassetti e finanziato dalla Ricerca di base 2015 – Università degli Studi di Perugia.

¹ Cgue, GS, 8 settembre 2015, Taricco e altri, C-105/14. Per una prima e apprezzabile critica al percorso optato dalla Cgue, la quale, per raggiungere fini onorevoli (indurci a rivedere la disciplina della prescrizione), ha scelto mezzi "impropri" (chiamando alle armi il giudice comune); A. Guazzarotti, *I paradossi della vicenda Taricco*, in www.lacostituzione.info.

provvedimento, di davvero dialogico, abbia solo il lessico e la veste formale: quella di un rinvio pregiudiziale, anziché di una brusca sentenza-*estoppel*².

Come dire: si rinvia per rinviare il conflitto. Ma non per guadagnar tempo³, nient'affatto: per dare alla Corte di Giustizia l'opportunità di tornare a più miti consigli⁴.

L'antefatto è noto agli addetti ai lavori.

La Cgue, interrogata dal gup di Cuneo, dopo aver rilevato la tensione fra l'art. 325, parr. 1 (obbligo di combattere le attività lesive degli interessi finanziari Ue con misure effettive) e 2 (obbligo di assimilare la tutela degli interessi finanziari Ue a quella degli omologhi interessi domestici), TFUE e la disciplina domestica sull'interruzione della prescrizione ex artt. 160, 161 cp, onerava il giudice nazionale dell'obbligo di disapplicare quest'ultima là dove generasse l'impunità di frodi «gravi» in un «numero considerevole di casi»: così colpendo fatti che, in base alla disciplina interna, non sarebbero stati più punibili per decorrenza del termine prescizionale.

Nulla di sconvolgente, si dirà, nell'ottica dell'interprete europeo: che da sempre considera la prescrizione un istituto d'indole processuale e, di qui, lo sottrae ai presidi ex artt. 7 Cedu, 49 CFUE⁵ (allo sbarramento dell'irretroattività favorevole⁶; al principio di determinatezza-precisione⁷; ed alla riserva di legge)⁸.

Di sorprendente, invece, c'è che numerosi giudici, anche di legittimità, hanno preso sul serio l'interpretazione-legge della Corte di giustizia: vuoi per escluderne l'*enforcement* nella

² Tale sensazione è condivisa, fra gli altri, da A. Ruggeri, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. N. 24 del 2017)*, in [Consulta on line](#), 1/2017, pp. 81 ss.; P. Faraguna, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: "Gauweiler in the Roman Campagna"*, in www.verfassungsblog.de, 31 gennaio 2017; V. Manes, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, in [Dir. pen. cont.](#), 13 febbraio 2017, pp. 1 ss.; così, ancorché con accento critico, anche M. Caianiello, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giustizia europea. Dialogo fra sistemi o conflitto identitario?*, [ivi](#), 24 febbraio 2017, pp. 1 ss.; e F. Viganò, *Le parole e i silenzi*, [ivi](#), 27 marzo 2017, pp. 1 ss.

³ Così invece M. Caianiello, *Processo penale e prescrizione*, cit., p. 22, assai preoccupato delle sorti del processo di integrazione europea, e molto meno dei costi che essa implica.

⁴ Così, sostanzialmente, O. Pollicino, M. Bassini, *When cooperation means request for clarification, or better for "revisitation"*, in [Dir. pen. cont.](#), 30 gennaio 2017.

⁵ Sulla dimensione a-valoriale e meramente operativa delle regole processuali nell'ordinamento europeo cfr., volendo, V. Valentini, *La ricombinazione genica della legalità penale. Bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva?*, in [Dir. pen. cont.](#), 20 gennaio 2016, pp. 1 ss., pp. 4 ss.

⁶ Quella disciplina favorevole era vigente al *tempus delicti*.

⁷ I presupposti cui la Cgue ha condizionato la paralisi della disciplina della prescrizione ("numero considerevole di casi" e "gravità" della frode) sarebbero eccessivamente vaghi, e, quindi, arbitrariamente/liberamente maneggiabili dall'interprete.

⁸ La punizione delle frodi tributarie, conseguente alla disapplicazione della disciplina ex artt. 160, 161 cp, sarebbe consegnata alla discrezionalità del giudice domestico (nt. 7), e per di più fondata su una regola disegnata da una sentenza di una Corte europea. Sul punto *amplius* § 4.

vicenda scrutinata⁹, vuoi per cavalcarne l'onda e (provare a) giustiziare soglie di (e cause di non) punibilità *in subiecta materia*¹⁰, vuoi anche per darne puntuale esecuzione¹¹.

Certo è che simile scenario, confliggendo frontalmente con la nostra consolidata tradizione ermeneutica – che, come noto, proietta sotto l'ombrello *ex art. 25 Cost.* «ogni profilo sostanziale concernente la punibilità» – non poteva non chiamare in causa lo scudo dei controlimiti, di cui la stessa Corte costituzionale si attribuisce da sempre la gestione esclusiva¹².

Era dunque prevedibile – e desiderabile – che arrivassimo fin qui: che, cioè, prima la Corte d'Appello di Milano¹³, e poi la stessa Cassazione¹⁴, raccogliendo e sviluppando le preoccupazioni della stragrande maggioranza della dottrina¹⁵, chiedessero al Giudice delle leggi di innalzare quello scudo.

Cosa che la Consulta ha deciso di non far subito, ma *ha promesso di fare* qualora l'interprete eurounitario non molli qualche metro: perché da noi non si fanno sconti come in Spagna (§ 3.2.), e men che mai quando si tratta di salvaguardare l'assetto istituzionale dello Stato di diritto continentale (§§ 2 e 4).

⁹ Cfr. per es. Cass., IV, 25 gennaio 2016, n. 7914, Tormenti e altri, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2016; Cass., III, 7 giugno 2016, n. 1823, Puteo, in www.giurisprudenzapenale.it, che pure non mancano di rilevare la *vagueness* e l'ambiguità dei parametri-presupposti che attualizzerebbero l'obbligo di disapplicare la disciplina domestica con effetti *in malam partem*.

¹⁰ Trib. Varese, ord. 30 ottobre 2015, n. 588, S., in *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2016, ove si dubita della legittimità euro-unitaria delle soglie di rilevanza penale e della causa di non punibilità *ex d. lgs 74/2000*.

¹¹ Ci riferiamo all'oramai nota e giustamente criticata, anche – ma non solo – dal punto di vista assiologico, Cass., III, 15 settembre 2015, n. 2210, fra l'altro in *Dir. pen. cont.*, 22 gennaio 2016. Per un primo e ampiamente condivisibile commento vds. L. Bin, *La prima sentenza "post Taricco" della Cassazione*, in www.archiviopenale.it, 1/2016, pp. 1 ss.

¹² Salvo una recente, isolata e timida apertura del congegno in favore del giudice comune: Corte cost., sent. n. 49/2015, in www.cortecostituzionale.it, con cui, fra l'altro, si autorizza (*rectius*: obbliga) il giudice a discostarsi da un precedente-monade della Corte Edu, qualora lo ritenga incompatibile con la Costituzione. Sul punto, già M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica fra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2/2015, pp. 288 ss.

¹³ App. Milano, II[^] Sez., ord. 18 settembre 2016, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2016.

¹⁴ Con un ricco e ficcante provvedimento steso dal Dott. Riccardi: Cass, III, ord. 30 marzo 2016, n. 28346, Cestari, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2016.

¹⁵ In (prevedibile) controtendenza rispetto al coro dei critici della sentenza Taricco: F. Viganò, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2015, pp. 1 ss.; per una articolata difesa della interpretazione-legge Taricco, e per la sua giustiziabilità a livello domestico, vds. anche L. Picotti, *Riflessioni sul caso Taricco. Dalla "virtuosa indignazione" al rilancio del diritto penale europeo*, ivi, 24 ottobre 2016, pp. 1 ss.

2. Tre snodi e una pietra tombale

Già gli esordi della pseudo-ordinanza¹⁶, si diceva poc'anzi, suonano come un *warning*, giacché la Corte costituzionale, senza girarci troppo attorno, rammenta alla Cgue di avere a disposizione un congegno capace di disintegrare la normativa europea¹⁷ confliggente coi «principi supremi dell'ordine costituzionale»: fra i quali è senz'altro da catalogare la legalità penale, anzitutto, e soprattutto, *sub specie* di irretroattività sfavorevole e determinatezza¹⁸. Ciò premesso, la Consulta – è il primo snodo – ricostruisce il raggio di copertura della legalità nostrana, che è *più ampio e generoso di quello sovranazionale*, in quanto include ogni istituto di natura sostanziale «che incide sulla punibilità della persona», compresa la disciplina della prescrizione: la quale, quindi, dev'essere «analiticamente descritt[a], al pari del reato e della pena, da una norma che vige al tempo della commissione del fatto»¹⁹.

Del resto – seguita il Giudice delle leggi abbozzando un argomento indigesto, se non proprio provocatorio: v. ancora § 3.2.) – quella dell'indole della prescrizione è questione che può essere rilasciata all'autonomia degli Stati, perché l'istituto ricadrebbe *al di fuori* delle competenze euro-unitarie: perché, insomma, si starebbe parlando di una fattispecie *estranea* al campo di applicazione del diritto Ue²⁰.

Ebbene – e siamo al secondo passaggio saliente – la «regola che la sentenza resa in causa Taricco ha tratto dell'art. 325 del TFUE», così com'è, sarebbe *incompatibile* col principio di legalità-determinatezza, vuoi nella sua dimensione umanistica (quella funzionale a «consentire alle persone di comprendere quali siano le conseguenze della propria condotta sul piano penale»), vuoi nella sua dimensione ordinamentale (quella finalizzata a «impedire l'arbitrio applicativo del giudice») ²¹, imponendo all'interprete interno l'inflizione di pene imprevedibili, per di più senza fornirgli parametri passabilmente precisi per raggiungere quello scopo.

Più nel dettaglio.

Anzitutto, è fin troppo evidente come nessuno, «in base al quadro normativo vigente al

¹⁶ Come giustamente sottolinea la migliore Dottrina, l'ordinanza già anticipa il contenuto della futuribile decisione di merito: A. Ruggeri, *Ultimatum della Consulta*, cit., 82.

¹⁷ Ossia di generare l'annullamento in parte qua «della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e reso esecutivi i Trattati»: Corte cost., ord. n. 24/2017, § 2.

¹⁸ Che, guarda caso, sono proprio le due curvature della legalità penale che la Consulta, nell'immediato prosieguo, riterrà *ex professo* «incompatibili» con la regola disegnata dalla sentenza Taricco: Corte cost., ord. n. 24/2017, § 6.

¹⁹ Corte cost., ord. n. 24/2017, § 4.

²⁰ Corte cost., ord. n. 24/2017, §§ 4, 8.

²¹ Sulla duplice declinazione – umanistica e ordinamentale – del principio di determinatezza da parte della Consulta, vds. F. Viganò, *Le parole e i silenzi*, cit., pp. 5 ss., pp. 8 ss.

momento del fatto», potesse ragionevolmente prevedere che l'art. 325 TFUE, così come interpretato-implementato dalla Cgue, avrebbe innescato la disapplicazione della disciplina della interruzione della prescrizione.

Si tratta dunque di una punizione che, in quel tempo, era priva «di una base legale certa e prevedibile»²²; ove è chiaro che la Consulta, qui, *parla* di legalità-determinatezza *ma intende* legalità-irretroattività, adoperando l'accortezza di tradurre il tutto in un lessico familiare all'interlocutore (cfr. ancora §4).

In secondo luogo, il presupposto-parametro del “numero considerevole di casi” è troppo elastico per essere «riempibile di contenuto attraverso l'esercizio della funzione interpretativa», e, quindi, attribuisce al giudice compiti paralegislativi impensabili dentro un sistema continentale: ove, appunto, «l'attività giurisdizionale è soggetta al governo della legge penale, mentre non può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo al giudice». Non è dunque «possibile che il diritto dell'Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale e che, in difetto di una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni, quest'ultimo sia tenuto a raggiungerlo con qualsiasi mezzo a sua disposizione»²³.

Morale: la regola scrittovivente *ex art. 325 TFUE* aggredisce pure la curvatura ordinamentale del canone di determinatezza, aprendo a improponibili invasioni di campo dell'interprete nostrano: che resta un giudice-costruttore, certo, ma che non è mai stato, né mai sarà, un giudice-fonte²⁴.

E perciò – e siamo al terzo snodo argomentativo: il più galante e di alto profilo, ma anche il più retorico e astuto²⁵ – appurati e catalogati i profili di conflitto fra la regola Taricco e la nostra legalità penale, resta da chiedersi se la Corte di giustizia «abbia ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla regola *anche quando essa confligge con un principio cardine dell'ordinamento italiano. Questa Corte pensa il contrario*, ma reputa in ogni caso conveniente porre il dubbio all'attenzione della Corte di giustizia»²⁶.

Del resto – si precisa – una risposta negativa al quesito sarebbe suggerita dallo stesso diritto eurounitario originario: dalla bidirezionalità del principio di leale cooperazione (art. 4, par.

²² Corte cost., ord. n. 24/2017, § 5.

²³ Corte cost., ord. n. 24/2017, § 5.

²⁴ In argomento, sia consentito rinviare a V. Valentini, *Case-law convenzionale, cultura dei controlimiti e giustizia penale*, in *RIDPP*, 2014, pp. 285 ss. Molto chiara, al proposito, Corte cost., sent. n. 230/2012, § 11, in www.giucost.org, ove si rifiuta categoricamente l'equiparazione “europeistica” fra «linee interpretative giurisprudenziali [e] atto di produzione normativa».

²⁵ G. Riccardi, “*Patti chiari, amicizia lunga*”. *La Corte costituzionale tenta il ‘dialogo’ nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 27 gennaio 2017, pp. 1 ss., ivi anche per una garbata e condivisibile critica alla ricorrente mitizzazione del “dialogo fra Corti” e della “tutela multilivello dei diritti”.

²⁶ Corte cost., ord. n. 24/2017, § 6 [corsivo aggiunto].

3, TUE)²⁷, che, evocando l'idea di una *unione nella diversità*, chiama gli Stati membri e l'Unione «al reciproco rispetto e assistenza», inevitabilmente compromessi là dove «le ragioni dell'unità pretendessero di cancellare il nucleo stesso dei valori su cui si regge lo Stato membro», e viceversa; dal pluralismo, valore fondativo e quindi legittimante l'Unione (art. 2 TUE), che implica anch'esso la disponibilità di quest'ultima a «includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare l'identità nazionale insita nella struttura fondamentale» degli Stati, come pure stabilisce una terza disposizione “costituzionale” europea (art. 4, par. 2, TUE); e dalla stessa Corte di giustizia, che da oltre quarant'anni, anticipando l'attuale art. 6, par. 3, TUE, include «nel diritto dell'Unione le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri».

Da ciò deriverebbe che, in linea di principio, «il diritto dell'Unione, e le sentenze della Corte di giustizia, non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale»²⁸.

Breve: è lo stesso *Primarrecht* eurounitario a riconoscere in chiaro che esistono un ventaglio di principi nazionali identitari sottratti alla *primauté*, ossia, in buona sostanza, che il tessuto costituzionale Ue ha – non solo riconosciuto cittadinanza ma – interiorizzato e fatto propria la valvola dei controlimiti *nella loro essenza nazionalistica*²⁹; solo che, a differenza *BVergG*³⁰, la Consulta declina quella valvola *non già in chiave oppositiva bensì fondante* l'azione europea, la quale tradirebbe sé stessa, il suo *Dna* integrativo-unificante, qualora producesse l'effetto di «degradare le conquiste nazionali in tema di libertà fondamentali»³¹. Dopo avere rivisto la logica dei controlimiti (lemma che, peraltro, mai appare nell'ordinanza di rinvio) in quest'ottica macro-mono-ordinamentale, la Corte costituzionale, quasi a volere alleggerire il fardello istituzionale dell'omologa europea³², apre d'improvviso a logiche

²⁷ Principio che, appunto, dovrebbe operare anche in fase discendente: M. Taglione, *Brevi considerazioni sull'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017*, in www.archiviopenale.it, 1/2017, pp. 1 ss., p. 5.

²⁸ Corte cost., ord. n. 24/2017, § 6.

²⁹ Sulla cd. europeizzazione dei controlimiti, e sul suo lato oscuro, cfr. per tutti A. Bernardi, *Ombre e luci nel processo di armonizzazione dei sistemi penali europei*, in G. Grasso, G. Illuminati, R. Sicurella, S. Allegrezza (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 221 ss.

³⁰ Segnala G. Repetto, *Una ragionevole apologia*, cit., § 5, come la Consulta rinunci alla dialettica muscolare dell'*ultra vires* e financo dell'*Identitätskontrolle*, ricostruendo la sinergia Unione-Stati nel segno di un «pluralismo costituzionale ordinato»: alla cui stregua il rispetto/violazione delle identità costituzionali assume una specifica consistenza costituente *anche* alla luce del sistema sovranazionale.

³¹ Corte cost., ord. n. 24/2017, § 8. Considera autenticamente dialogica e anti-verticistica la proposta ricostruttiva della Consulta, la quale vorrebbe «scrivere una pagina importante a favore dell'integrazione europea, non contro di essa», C. Sotis, “*Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*”, in [Dir. pen. cont.](http://Dir.pen.cont.), 3 aprile 2017, pp. 1 ss., p. 5.

³² Così, correttamente, anche R. E. Kostoris, *La Corte costituzionale e il caso Taricco*, cit., p. 8.

dualistiche³³: «[n]aturalmente, la Corte di giustizia non è sollevata dal compito di definire il campo di applicazione del diritto dell'Unione, *né può essere ulteriormente gravata* dall'onere di valutare nel dettaglio se esso sia compatibile con l'identità costituzionale di ciascuno Stato membro. È perciò ragionevole attendersi che, *nei casi in cui tale valutazione sia di non immediata evidenza*, il giudice europeo provveda a stabilire il significato della normativa dell'Unione, *rimettendo alle autorità nazionali* la verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale»³⁴.

Che d'altronde, tale delega «pare» essere riconosciuta dalla stessa sentenza Taricco: quando «afferma che, “se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati”», e quando «aggiunge che la disapplicazione va disposta “con riserva di verifica da parte del giudice nazionale” in ordine al rispetto dei diritti degli imputati»³⁵.

Con il che, si ritorna daccapo, si ritorna, cioè, all'interrogativo – che, a questo punto, è per forza retorico – posto all'esordio del terzo snodo, arricchito di un ulteriore tassello – altrettanto retorico³⁶: «Il convincimento di questa Corte, del quale si chiede conferma alla Corte di giustizia, è che con tali asserzioni si sia inteso affermare che la regola tratta dall'art. 325 TFUE è applicabile solo se è compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro, *e che spetta alle competenti autorità di quello Stato* – da noi, la Corte costituzionale su iniziativa del giudice comune – *farsi carico di una siffatta valutazione*»³⁷. Ed è proprio – e solo! – seguendo tale proposta auto-interpretativa, che «cesserebbe ogni ragione di contrasto e la questione di legittimità costituzionale non sarebbe accolta», ferma restando la responsabilità della Repubblica italiana, forse non compiutamente elisa con gli aumenti sopravvenuti *ex lege* n. 238 del 2011, per «avere omesso di approntare un efficace rimedio contro le gravi frodi fiscali in danno degli interessi finanziari dell'Unione o in violazione del principio di assimilazione, e in particolare per avere compresso

³³ Sulla (necessaria, vitale) incoerenza che connota le regole d'ingaggio fra diritto sovranazionale e giustizia penale disegnate dalla Consulta, la quale ha piazzato le Corti europee al vertice del sistema delle fonti – e dell'apparato giurisdizionale – domestico, ma, al contempo, ha progressivamente moltiplicato il ventaglio dei (contro-)limiti all'ingresso della normativa europea, attribuendosi l'ultima parola in punto di tutela di diritti e garanzie basiche, sia consentito rinviare ancora a V. Valentini, *La ricombinazione genica*, cit., pp. 24 ss.

³⁴ Corte cost., ord. n. 24/2017, § 6 [corsivi aggiunti].

³⁵ Corte cost., ord. n. 24/2017, § 7.

³⁶ Condivisibili, sul punto, le osservazioni di M. Caianiello, *Processo penale e prescrizione*, cit., p. 19, che afferma essere “scontato” che l'individuazione dei limiti invalicabili per le fonti normative europee spetti alle sole Corti statuali.

³⁷ Corte cost., ord. n. 24/2017, § 7 [corsivi aggiunti].

temporalmente l'effetto degli atti interruttivi della prescrizione»³⁸; omissione questa che, va da sé, sarebbe giustiziabile con lo strumento sanzionatorio a ciò deputato (procedura di infrazione), non già oltrepassando i limiti di attribuzione stabiliti dai Trattati (v. ancora *infra*, § 4).

E perciò: la *primacy*-efficacia diretta del diritto eurounitario resterebbe salva, generando la responsabilità dello Stato italiano³⁹, come pure salva resterebbe la *supremacy* delle strutture costituzionali nostrane⁴⁰, che si opporrebbero – e, se del caso, si opporranno – all'applicazione del *diktat* criminalizzante contenuto nella sentenza sovranazionale⁴¹.

Tale approccio dualistico, «questa Corte tiene a sottolineare», oltre che *coerente* con l'idea di una “unione nella diversità” quale emerge da una ridda di norme-principio contenute nei Trattati, sarebbe *imposto* dalla *stringente* regola ex art. 53 CDFUE, anch'essa di rango primario ex art. 6, par. 1, TUE (la quale, appunto, *obbliga* l'Unione a riconoscere il più elevato *standard* di tutela accordato a livello nazionale); e sarebbe pure “tecnicamente” praticabile, in quanto «l'impedimento del giudice nazionale ad applicare direttamente la regola enunciata dalla Corte [di giustizia Ue] non deriva da una interpretazione alternativa del diritto dell'Unione, ma esclusivamente dalla circostanza, *in sé estranea all'ambito materiale di applicazione di quest'ultimo*, che l'ordinamento italiano attribuisce alla normativa sulla prescrizione il carattere di norma di diritto penale sostanziale e la assoggetta al principio di legalità [...] È questa una *qualificazione esterna* rispetto al significato proprio dell'art. 325 TFUE, che non dipende dal diritto europeo *ma esclusivamente da quello nazionale*»⁴².

Che tale chiccoso e sottile rilievo “tecnico” faccia il paio con l'argomento, già adombrato agli esordi⁴³, della estraneità della qualificazione della prescrizione dalle competenze-norme Ue, emerge nitidamente dal distinguo, proposto subito dopo, fra il caso Taricco e l'*affaire* Melloni: lì, infatti, la *supremacy* del diritto ex art. 24 Cost. Sp. «avrebbe inciso direttamente sulla portata della decisione quadro» sul MAE, implicando la «rottura dell'unità del diritto dell'Unione in una materia basata sulla reciproca fiducia in un assetto normativo uniforme»;

³⁸ Corte cost., ord. n. 24/2017, § 7

³⁹ F. C. Palazzo, *La Consulta risponde alla “Taricco”: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *DPP*, 3/2017, pp. 285 ss., p. 288.

⁴⁰ Valorizza la distinzione fra *primacy* (eurounitaria) e *supremacy* (costituzionale) praticata dalla Corte costituzionale, intravedendovi un approccio dialogico e costruttivo, G. Repetto, *Una ragionevole apologia della supremacy*, cit., spec. § 3.

⁴¹ Parla in proposito di una “rottura delle molecole” capace di “salvare capra e cavoli” C. Sotis, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, cit., pp. 2 ss., pp. 7 ss.

⁴² Corte cost., ord. n. 24/2017, § 8 [corsivi nostri]

⁴³ Corte cost., ord. n. 24/2017, § 4.

qui, invece, la *primacy* della disciplina europea non sarebbe «posta in discussione [...] perché [...] non è in questione la regola enunciata dalla sentenza Taricco, e desunta dall'art. 325 del TFUE, ma solo l'esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice»⁴⁴.

Inoltre – e infine, e in ogni caso – quand'anche si dovesse convenire sulla natura processuale dell'istituto prescrizione, che, per ciò, sarebbe sottratto alla garanzia *ex art. 25 Cost.*, e magari proiettato in quella *ex art. 111 Cost.*⁴⁵; a prescindere dall'indole dell'istituto, conclude la Consulta, *resterebbe comunque il mega-contro-limite del principio di separazione dei poteri*, connotato irrinunciabile del patrimonio genetico dei sistemi vetero-democratici, ad opporsi a scenari come quello disegnato dalla Corte di giustizia.

Sarebbe lo stesso assetto istituzionale dello Stato di diritto continentale, insomma, a porre una pietra tombale sul *dictum* Ue: a imporre, cioè, che l'ermeneutica giudiziale sia governata e limitata da «disposizioni legali sufficientemente determinate».

In ciò, infatti, sta «un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law*. Essi non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, *in luogo di quello approvato dalla legge del Parlamento*, e in ogni caso ripudiano l'idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, *senza che la legge specifichi* con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire. Il largo consenso tra gli Stati membri su tale principio cardine della *divisione dei poteri* induce a ritenere che l'art. 49 della Carta di Nizza abbia identica portata, ai sensi dell'art. 52, paragrafo 4, della medesima Carta [...] l'art. 325 [...] secondo quanto precisato dalla Corte di giustizia, omette di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice è tenuto a seguire per conseguire lo scopo», con ciò consentendogli «di disfarsi, in linea potenziale, di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato. Questa conclusione *eccede il limite proprio della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto quanto meno nella tradizione continentale*»⁴⁶. È dunque la separazione dei poteri, di cui la riserva di legge e proiezione dentro la giustizia penale, la vera posta in gioco nella sentenza Taricco⁴⁷: la quale finisce per attribuire al giudice compiti sostanzialmente normativi in spregio all'art. 101 Cost., prima ancora che in

⁴⁴ Corte cost., ord. n. 24/2017, § 8.

⁴⁵ Con conseguente soggezione al principio *tempus regit actum*: così, ritenendo non tutelabile *ex art. 25 Cost.* l'affidamento del singolo sulla disciplina della prescrizione vigente al *tempus delicti*, già F. Viganò, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2016, pp. 1 ss., pp. 25 ss.

⁴⁶ Corte cost., ord. n. 24/2017, § 9 [corsivi aggiunti].

⁴⁷ D. Pulitanò, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in [Dir. pen. cont. – Riv. Trim.](#), 1/2016, pp. 228 ss.

violazione dell'art. 25 Cost.

Breve: occorre preservare il sistema delle fonti *del diritto*, prima ancora – ed oltre – che il sistema delle fonti *del diritto penale*; ove è fin troppo evidente il collegamento ideale con la sentenza n. 230 del 2012 in punto di (in)efficacia iperretroattiva di un *overruling* favorevole delle Sezioni unite⁴⁸.

Di qui, una serie di quesiti – parzialmente sovrapposti e – limpidamente retorici⁴⁹: domandando la Consulta se il giudice domestico sia tenuto ad applicare la regola Taricco, e perciò a disapplicare le disposizioni *ex artt.* 160, 161 cp, pure quando tale operazione «sia priva di una base legale sufficientemente determinata»; pure quando, nell'ordinamento nazionale, «la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità»; e pure quando la suddetta disapplicazione-punizione si ponga «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».

3. Prove tecnico-tattiche di piradimismo in forma circolare

Lo abbiamo già detto all'inizio: l'ordinanza, in sostanza, ci restituisce un'immagine *verticalistica* del rapporto fra assiologia costituzionale e diritto europeo; un'immagine, questa, che «vede *per sistema* sottoposto il principio dell'apertura al diritto di origine esterna rispetto ai principi fondamentali restanti, e, perciò, dell'una Carta (di origine esterna) all'altra (la Costituzione), vale a dire, a conti fatti, dell'uno all'altra Corte»⁵⁰.

Solo che, tatticamente, quel *sostanziale muscolarismo piramidale* resta sottotraccia, ed emerge di tanto in tanto dentro e dietro un discorso *formalmente circolarista*: il quale, cioè, evita di raccogliere la sfida lussemburghese e ne smussa gli angoli, dissolvendola in un progetto d'integrazione partecipata.

La minaccia di azionare i controlimiti, insomma, viene ammantata di un lessico soave, addolcita con argomenti *euro-sensitive*, e nascosta *via* incorporazione in logiche di costruttiva e armonica coesistenza: un po' come accade, si consenta l'improprio parallelismo, in quelle prospettazioni concussive declinate in toni garbati, se non proprio amicali.

Ne esce una pronuncia-caleidoscopio che lascia intravedere tutto e il contrario di tutto: un *ultimatum* che mette spalle al muro l'interlocutore, costringendone le determinazioni;

⁴⁸ *Retro*, nt. 24.

⁴⁹ In questo senso, fra gli altri, G. Civello, *La Consulta, adita sul caso Taricco, adisce la Corte di Giustizia: orientamenti e disorientamenti nel cd. "dialogo fra le corti"*, in www.archiviopenale.it, 1/2017, pp. 1 ss., p. 12.

⁵⁰ Così, seppur con accento critico, A. Ruggeri, *Ultimatum della Consulta*, cit., p. 85 [corsivo originale].

oppure una proposta di tregua illuminata, in cui ci s'inchina alla primazia della Corte di giustizia, riconoscendone il ruolo costituente, ma, al contempo, si rilancia un nuovo modo d'intendere i controlimiti⁵¹, nel segno di una ripartenza "amici più di prima".

Dipende dai profili che l'osservatore preferisce valorizzare. A noi pare, lo ribadiamo ancora, che lo sforzo ecumenico della Consulta, pur assai apprezzabile per *bon ton* istituzionale e intelligenza strategica, non riesca – anzi, non voglia – celare fino in fondo quella che, alla fine della fiera, non è né una seconda⁵² e neppure una terza strategia⁵³: ma un semplice, e docilmente anelastico, *aut aut*⁵⁴.

Naturalmente, come in tutte le operazioni di dissimulazione-occultamento che si rispettino⁵⁵, ci vogliono puntuti artifici retorici, opportune circonlocuzioni, diplomatici silenzi, studiate ingenuità.

Ci vogliono, insomma, dissimulazioni, *dribblings* e giochi di prestigio.

Vediamoli rapidamente.

3.1 Dissimulazioni e finte

Di un paio di dissimulazioni abbiamo già detto.

È finzionistica, anzitutto, la forma del provvedimento partorito dal Giudice delle leggi, che ha l'aspetto di un'ordinanza interlocutoria ma i contenuti di una decisione anticipata di merito, come pure a senso unico, per logica conseguenza, sono i quesiti pregiudiziali: perché, nel momento in cui vengono formulati, *già presuppongono* l'unica risposta – quella negativa – introiettabile.

Perciò, anche l'astratto riconoscimento della signoria della Corte di giustizia nella gestione

⁵¹ Né integralmente nazionali (in un'ottica oppositiva "ascendente"), né integralmente europeizzati (in un'ottica sterilizzante "discendente"), ma introiettati nel diritto Ue e affidati alla gestione degli Stati (in un'ottica partecipata "ascendente" e "discendente"): in questo senso, sostanzialmente, R. E. Kostoris, *La Corte costituzionale e il caso Taricco*, cit., pp. 14 ss.

⁵² Così, invece, C. Sotis, "Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia", cit., p. 6.

⁵³ Una soluzione intermedia, cioè, fra quella muscolare patrocinata dalla dottrina, e quella euro-servente sposata da una parte della giurisprudenza: P. Faraguna, *The Italian Constitutional Court in re Taricco*, cit., che però, sul finire, ammette che i contenuti dell'ordinanza della Consulta sono persino "più esplosivi" di quelli della sentenza *Geuweiler* del BVerG.

⁵⁴ Non si tratta di autentica diplomazia, come invece afferma C. Cupelli, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2017, giacché il discorso diplomatico, per definizione, non lascia mai intendere all'interlocutore quali saranno le conseguenze della fallita trattativa: così, assai efficacemente, T. E. Epidendio, *Intervento* alle giornate di studi *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, Convegno annuale AIDP, Università di Modena e Reggio Emilia, 30 marzo-1 aprile 2017.

⁵⁵ Parla di un argomentare aperturista "dissimulato", "retorico" e "ipocrita" anche G. Riccardi, "Patti chiari, amicizia lunga", cit., *passim*.

dei controlimiti domestici – onere, questo, di cui si farebbe carico la Consulta in un afflato collaborazionista – più che una mossa coraggiosa⁵⁶ o azzardata⁵⁷, sembra piuttosto il frutto di una finzione *politically correct*: avendo la stessa Consulta, appunto, già prefigurato la possibile espulsione dall'ordinamento della sentenza-legge Taricco, con ciò attribuendosi l'ultima parola in punto di *enforcement* del meccanismo.

Ancora. La Corte costituzionale si cimenta in un'agile dissimulazione quando valorizza il fatto che la Corte di giustizia, nello scrutinare la compatibilità della disapplicazione-punizione coi «diritti degli imputati», non abbia verificato il rispetto del canone di determinatezza, redivivo tassello della legalità penale continentale⁵⁸: «la sentenza resa in causa Taricco ha escluso l'incompatibilità della regola lì affermata [...] con riguardo al solo divieto di retroattività, mentre non ha esaminato l'altro profilo proprio del principio di legalità, ovvero la necessità che la norma relativa al regime di punibilità sia sufficientemente determinata»⁵⁹.

Si tratta, all'evidenza, di un ingegnoso espediente retorico: perché sappiamo tutti bene, Consulta inclusa⁶⁰, che la legalità penale convenzionale, e quindi pure quella eurounitaria (*ex art. 52, par. 3, CDFUE*), esibisce un *range* più striminzito della garanzia *ex art. 25, co. 2, Cost.*, essendo circoscritta alle «disposizioni che definiscono i reati e alle pene che li reprimono»: sintagma questo che, per quanto lo si voglia intendere in senso estensivo, di certo non si presta ad abbracciare le cause di estinzione del reato⁶¹.

E perciò, salvo – auspicabili ma – improbabili *overruling*⁶², è piuttosto scontato che la Cgue, come allora considerò non interferire con la legalità-irretroattività europea la disapplicazione *ex post facto* delle regole *ex artt. 160, 161 cpp*, così anche giudicherà non

⁵⁶ C. Amalfitano, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio delle Corti di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in www.eurojust.it, § 2.

⁵⁷ Giacché lascerebbe “l'ultima parola” sui controlimiti al giudice europeo: M. Caianiello, *Processo penale e prescrizione*, cit., p. 19.

⁵⁸ Sottolinea correttamente F. Viganò, *Le parole e i silenzi*, cit., p. 7, come il principio di determinatezza non abbia mai goduto di troppa considerazione nell'ambito della giurisprudenza costituzionale: che non ha esitato a salvare norme incontestabilmente generiche quali quella che incrimina la causazione di un “disastro”, e quella che colpisce la violazione dell'ordine di “vivere onestamente”.

⁵⁹ Corte cost., ord. n. 24/2017, § 9.

⁶⁰ Corte cost., ord. n. 24/2017, § 8, ove si afferma a chiare lettere che «[l]a Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, perché non è limitato alla descrizione del fatto e della pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità».

⁶¹ In argomento, volendo, V. Valentini, *Diritto penale intertemporale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 115.

⁶² Salvo che, cioè, la Cgue si decida a includere la disciplina della prescrizione nel raggio applicativo della legalità penale europea, “italianizzandola” in nome del principio massimo-standardista (così, non senza ragionevoli scetticismi, C. Amalfitano, *La vicenda Taricco*, cit., § 4; V. Manes, *La Corte muove*, cit., p. 13), oppure, seguendo il suggerimento della Consulta (§ 8), sposi il “modello Omega”, lasciando liberi i singoli Stati membri di assicurare più elevati *standard* di tutela: D. Tega, *Narrowing the dialogue: the Italian constitutional Court and the Court of justice on the prosecution of VAT frauds*, in www.icconnectblog.com.

giustiziabile ex art. 49 CDFUE la *vagueness* che affligge quelle regole.

Detto altrimenti: è del tutto normale (regolare, “conforme a diritto” europeo) che la Corte di giustizia Ue, nel disegnare la regola *self-executing* Taricco ed i relativi parametri-presupposto, non si sia curata di saggiarne la determinatezza/determinabilità⁶³, non ritenendosi vincolata da *nessuno* dei corollari della legalità penale⁶⁴.

Che il passaggio sul *check* di determinatezza sia stato un *escamotage* argomentativo, del resto, è dimostrato dal fatto che è servito da ponte per introdurre il discorso, *scopertamente muscolare*, dei connotati genetici dei sistemi continentali, declinati *in contrapposizione* a quelli degli ordinamenti di *common law*: cui entrambe le Alte Corti europee, come risaputo, s’ispirano⁶⁵.

Il Giudice delle leggi, infine, non può che dissimulare quando pretende di scovare la *voluntas* della Cgue di lasciare agli Stati il monopolio dei controlimiti («la verifica ultima circa l’osservanza dei principi supremi dell’ordinamento costituzionale») in due mini-incisi («se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare [...] dovrà [...] assicurarsi che i diritti fondamentali [...] siano rispettati»; «la disapplicazione va disposta “con riserva di verifica da parte del giudice nazionale” in ordine al rispetto dei diritti degli imputati») meramente stilistici⁶⁶, oltre che eccentrici rispetto alla concreta vicenda processuale⁶⁷.

Ma, forse, la migliore *performance* della Consulta è rappresentata da travestimento di certezze in dubbi, o, se si preferisce, di (concrete e attuali) minacce in (docili) quesiti pregiudiziali: perché, alla domanda se la Cgue abbia inteso sancire la primazia della normativa europea pure quando essa confligga «con i principi supremi dell’ordine costituzionale» nazionale, l’interprete eurounitario *ha già esaustivamente risposto* poco

⁶³ Con ciò sancendo l’efficacia diretta di quei “parametri di legittimità” destinati a essere “riempiti” dall’interprete: parla al proposito di effetto diretto esclusivo/oppositivo – anziché sostitutivo – sottolineando trattarsi di fenomeno niente affatto inusuale nell’ambito della casistica Ue, D. Gallo, *La primazia del primato sull’efficacia (diretta?) del diritto UE nella sentenza Taricco*, in www.sidiblog.org, 25 febbraio 2017.

⁶⁴ Intendiamoci: è innegabile che l’istanza di precisione vanti una dimensione eurounitaria, trattandosi di corollario del principio di certezza del diritto (Corte cost., ord. n. 24/2017, § 5); il punto, però, è che quel principio *non aggancia l’istituto della prescrizione*.

⁶⁵ Sul *common law reasoning* delle alte Corti europee già V. Zagrebelsky, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità in materia penale*, in ius17@unibo.it, 1/2009, pp. 57 ss.

⁶⁶ Visto che, subito dopo, la Cgue nega espressamente che tali diritti possano dirsi pregiudicati: R.E. Kostoris, *La Corte costituzionale e il caso Taricco*, cit., p. 9.

⁶⁷ Ineccepibile, sul punto, l’osservazione di C. Sotis, “*Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*”, cit., p. 3, secondo cui, con quella formula di stile, la Cgue intendeva riferirsi ad un altro e diverso problema (quello dei reati già estinti per prescrizione).

tempo fa con la sentenza Melloni⁶⁸, ove pure si strapazzava la clausola *ex art. 53 CDFUE*⁶⁹: se si consentisse a uno Stato membro di «ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione [...] sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione», ne deriverebbe la lesione «del principio del primato del diritto dell'Unione [e] dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci»⁷⁰.

Il che ci conduce al capitolo dei funambolismi.

3.2. Giochi di prestigio e funambolismi

Oltre ad agili finte e spettacolari astuzie, la Consulta ci ha regalato straordinari giochi illusionistici: facendo estemporaneamente scomparire la contraerea dietro formule di stile, manierismi e argomentazioni dialogiche.

E così, lo *slogan* della “unione dei diversi”, intelligentemente appoggiato su una sventagliata di norme di diritto primario eurounitario (*retro* §2), annacqua e sdrammatizza, fino a renderli quasi irriconoscibili, *Identitätskontrolle* e principio di attribuzione: che però riemergono d'incanto, in tutta la loro *vis* oppositiva, dalle pieghe del progetto euro-sinergico⁷¹.

Davvero funambolica, ancora, è la sequenza argomentativa che parte dell'estraneità della prescrizione, e della sua indole, dalla zona d'interesse eurounitario, con conseguente “esternalità” dell'impedimento alla disapplicazione-punizione; continua con la distinzione fra effetto diretto e diretta applicabilità, escogitata per supportare la logica armonico-dualistica del controllo identitario; e sfocia nella pretesa eterogeneità fra i casi Melloni e Taricco.

Abbiamo detto funambolica giacché i giudici costituzionali sanno perfettamente quanto sia esteso, nell'ottica della Cgue, il concetto di “campo di applicazione del diritto eurounitario”,

⁶⁸ Che coinvolgeva il diritto di difesa, anch'esso “principio supremo del sistema costituzionale”, in Spagna come in Italia: Corte cost., sent. n. 18/1982, e Corte cost., sent. n. 238/2014, entrambe in www.giurcost.org.

⁶⁹ Parla in proposito di “sterilizzazione per via giurisprudenziale” dell'art. 53 CDFUE R. E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 85 ss.

⁷⁰ Cgue, GS, 26 febbraio 2013, *S. Melloni c. Ministero Fiscal*, C-399/11, §§ 58-59, 63.

⁷¹ Corte cost., ord. n. 24/2017, spec. § 6: «La legittimazione [...] e la forza stessa dell'unità in seno a un ordinamento caratterizzato dal pluralismo [...] nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare *l'identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro* (art. 4, paragrafo 2, del TUE. In caso contrario i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso *dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri*» [corsivi nostri]. Osserva giustamente G. Riccardi, “Patti chiari, amicizia lunga”, cit., pp. 10 ss., come la Consulta, con questa “elegante circonlocuzione”, intenda rammentare all'Unione che sono gli Stati, a essere i veri i “signori dei Trattati”.

suscettibile di abbracciare tutto ciò che interseca ambiti regolati da fonti unioniste⁷²; e quindi, ovviamente, anche la prescrizione che falciava illeciti lesivi degli interessi finanziari sovranazionali⁷³.

Per tali ragioni, è piuttosto discutibile pure la distinzione in punta di penna fra la vicenda Taricco e il caso Melloni: allora come ora, infatti, si trattava di decidere se sacrificare, in nome della *primauté*, il più elevato *standard* di tutela domestico di un diritto fondamentale che, *al contempo*, incarnava un «principio supremo dell'ordinamento costituzionale»; allora come ora, poi, la manovra espulsiva della regola sovranazionale veniva radicata (anche) sulla regola eurounitaria *ex art. 53 CDFUE*; ora e più di allora, infine, si tratta di una vicenda “di rilevanza europea”, coinvolgendo il vitale settore degli interessi finanziari⁷⁴.

Oggi diversamente da ieri, però, la Consulta avverte che l'epilogo sarà diverso, essendo in gioco molto di più di un istituto-*monstre* come la prescrizione: qui ne va dell'assetto istituzionale dello Stato di diritto, che è allergico al paradigma della giurisprudenza-fonte, a cominciare da quella domestica.

Ancora una volta, insomma, il giudice nazionale offre un *commodus discessus* che nasconde orizzonti bellici: che camuffa, cioè, un secco solleccito alla ritirata (auto-neutralizzare la regola Taricco e, più in generale, rivedere *funditus* la nozione di “rilevanza eurounitaria”) e una minaccia (quelle di sollevare, in caso di ulteriore avanzamento, lo scudo dei controlimiti).

Perché qui, appunto, non siamo in Spagna: ma siamo in Italia, e, per di più, stiamo scorrendo di persone soggette alla giustizia penale italiana⁷⁵.

⁷² A. Bernardi, *Ombre e luci*, cit., pp. 221 ss. Sul punto, emblematicamente, Cgue, GS, *Åkerberg Fransson*, 26 febbraio 2013, C-617/10.

⁷³ Rammenta come, per consolidata giurisprudenza della Cgue, gli Stati siano tenuti al rispetto della normativa europea pure quando esercitino competenze loro riservate, C. Amalfitano, *La vicenda Taricco*, cit., § 2.

⁷⁴ Così anche M. Caianiello, *Processo penale e prescrizione*, cit., p. 21.

⁷⁵ Come noto agli addetti ai lavori, il *Tribunal Constitucional* ha finito per cedere al *diktat* della Cgue, e consegnare Stefano Melloni alle autorità italiane, valorizzando la circostanza-espedito che la violazione del diritto di difesa *ex art. 24 Cost. sp.* fosse solo “indiretta”, nel senso che sarebbe stata – successivamente – perpetrata dallo Stato italiano: F. Viganò, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e ‘controlimiti’: la Corte costituzionale spagnola si adegua, bongré malgré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, in [Dir. pen. cont.](#), 9 marzo 2014.

4. Dribbling o precomprensione? A proposito del preteso silenzio in punto di riserva di legge

La letteratura specialistica che si è occupata della vicenda, anche quella molto attenta e autorevole, ha sottolineato il silenzio della Consulta in ordine alla compatibilità fra la regola Taricco e la riserva di legge in materia penale⁷⁶; i giudici costituzionali, si è osservato, non affrontano *ex professo* quel nodo per le stesse ragioni che li inducono a *narcotizzare senza negare* la natura auto-applicativa dell'art. 325 TFUE (col doppio binomio “efficacia diretta/responsabilità dello Stato vs non immediata applicabilità/identità costituzionale dello Stato”: § 2); a *tabuizzare* il lemma “controlimiti”; e, verrebbe da aggiungere, e *non catalogare*, fra le norme Ue “sensibili” alle identità nazionali, l'art. 83 TFUE: che normativizza la logica identitaria con specifico riguardo al penale (par. 3), e che ribadisce che l'Unione vanta, in quella materia, competenze solo indirette (*via direttive*: parr. 1 e 2). Il tutto, si è detto, sarebbe stato motivato dall'intento di evitare di introdurre argomenti irritanti e “poco dialogici”: non solo perché il *deficit* democratico che affligge la legislazione europea rappresenta il più profondo punto di frizione fra noi e loro⁷⁷, ma anche perché la riserva di legge formale in materia penale, nel “britannizzato” sistema europeo, non esiste *tout court*⁷⁸.

Insomma: chi intende stabilire un *feeling* e ipnotizzare l'interlocutore, massimizzerà le *chances* di riuscita qualora si sforzi di adottarne il lessico (“ragionevole prevedibilità”, “base legale”, “certezza del diritto”) e le categorie (evitando di mettere in campo principi che, pur “accettati”, non sono “condivisi” *on the other side*)⁷⁹.

Sulle prime, dunque, parrebbe un agile *dribbling*: una questione, cioè, diplomaticamente evitata ma non definitivamente rinunciata, ossia “recuperabile” – e ci mancherebbe non

⁷⁶ Cfr. ad es., ancorché da due opposte visioni giuridico-culturali, V. Manes, *La Corte muove*, cit., p. 11; F. Viganò, *Le parole e I silenzi*, cit., pp. 9 ss.

⁷⁷ G. Riccardi, “Patti chiari, amicizia lunga”, cit., pp. 13 ss.

⁷⁸ In argomento, ci permettiamo di rinviare a V. Valentini, *Continua la navigazione a vista. Europeismo giudiziario ed europeizzazione della legalità penale continentale: incoerenze, velleità, occasioni*, in [Dir. pen. cont.](#), 20 gennaio 2015, pp. 1 ss., spec. pp. 3 ss.

⁷⁹ Cfr. ad es., fra le molte, Cgue, GS, 3 maggio 2005, Berlusconi e altri, in *CP*, 2005, 2764 ss., § 44, ove si ribadisce che la normativa Ue «non potrebbe [...] avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale delle persone che agiscono in violazione delle sue disposizioni».

fosse così⁸⁰ – qualora la Corte di giustizia, non accettando i termini della tregua, dovesse perseverare nel suo approccio fagocitante e ribadisse l'obbligo disapplicativo⁸¹.

Oppure, potremmo anche pensare si sia trattato di un tacito assunto, di una specie di “presupposizione contrattuale”: di un dato indiscusso, cioè, che non c'era nessun bisogno di esplicitare, essendo iscritto pure nel tessuto costituzionale eurounitario.

Ma, guardando bene nel caleidoscopio, ci pare che le cose non stiano esattamente così.

Quando la Consulta, in chiusa, rompe gli indugi, abbandona l'incedere diplomatico e decide di superare la *querelle* della natura della prescrizione; quando, cioè, enfatizza la dimensione ordinamentale del principio di determinatezza, il suo essere un irrinunciabile avamposto *contro* le invasioni di campo del giudice, *sta già parlando di riserva di legge*, giacché, è un'ovvietà ma conviene ribadirlo, l'istanza di precisione, come pure il divieto di ragionare analogicamente, servono anzitutto a *ribadire, attuare, presidiare* il monopolio del legislatore sulla giustizia penale (cd. dimensione oggettivo-ordinamentale della legalità penale), ancorché tale concentrazione monopolistica, “a valle”, intercetti istanze individual-garantiste (in termini di controllo democratico sull'uso di sanzioni liberticide, e di tutela della libertà d'azione: è la cd. dimensione soggettivo-umanistica della legalità penale)⁸².

E d'altronde, che la giustizia penale necessiti di una legge *scritta e parlamentare*, la Corte costituzionale lo dice esplicitamente: richiamando il «principio di divisione dei poteri» *ex art. 101 Cost.*, che incarna un «tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law*», e ne marca la differenza essenziale coi sistemi di *common law* (centralità della legge *scritta*); e puntando il dito sulla necessità che il «regime legale penale», sostanziale ma anche processuale, sia affidato alla «legge approvata dal Parlamento» (monopolio del legislatore *parlamentare nazionale* sul sistema punitivo)⁸³.

E così:

i) viene messo espressamente al bando il *judicial law making*, domestico ma anche sovranazionale, con *effetti peggiorativi* per accusati e imputati.

Il punto è decisivo, ed è bene intendersi.

⁸⁰ A differenza di quanto insinua F. Viganò, *Le parole e i silenzi*, cit., p. 11, non ci parrebbe affatto “sleale” il recupero “in seconda battuta” di un parametro – la riserva di legge nazionale, appunto – da sempre riconosciuto e “accettato” dal/nel diritto eurounitario scritto e vivente.

⁸¹ Cfr. ancora G. Riccardi, “*Patti chiari, amicizia lunga*”, cit., p. 14.

⁸² Sulla bidimensionalità della legalità penale continentale, all'un tempo garanzia oggettiva di tipo istituzionale (separazione dei poteri) e garanzia soggettiva dalla vocazione umanistica (diritto alla prevedibilità dell'epilogo punitivo), vds. K.S. Gallant, *The principle of legality in international and comparative criminal law*, New York, 2009, pp. 24 ss.; T. Vives Antón, *Principios penales y dogmática penal*, in T. Vives Antón, J. L. Manzanares Samaniego (dir.), *Estudios sobre el código penal de 1995*, Madrid, 1996, pp. 39 ss.

⁸³ Corte cost., ord. n. 24/2017, spec. § 9.

Con tale presa di posizione, la Consulta non intende contestare il sistema di produzione normativa europeo⁸⁴, in cui le alte Corti si percepiscono, e restano libere di continuare a farlo, come autentiche fonti del diritto.

Semmai, a essere posto in discussione è il *nostro* modo d'intendere la casistica sovranazionale: cui fino a ieri non esitavamo a riconoscere il rango e la "forza di resistenza" delle leggi "sub" e "para" costituzionali⁸⁵, e che oggi, invece, tendiamo sempre di più a declassare a mero e – a date condizioni – ignorabile «comando esegetico impartito altrove nelle forma della pronuncia giurisdizionale»⁸⁶

Certo, è vero che l'apertura al paradigma del giudice-fonte non è mai stata indiscriminata, essendo invece stata adattata alla cultura del costituzionalismo penale continentale: nel senso che le *sentenze* delle Corti europee⁸⁷ hanno sempre inficiato *leggi parlamentari*⁸⁸, solo se, e solo quando, generassero effetti *in bonam partem*; tuttavia, è innegabile che il vento stia cambiando⁸⁹, come del resto esigono esigenze di coerenza sistemica⁹⁰.

Sia come sia, sta di fatto che la *case-law* europea non è mai assurta al rango di fonte del diritto qualora *deteriorasse* la posizione di accusati o imputati; il tutto, ribadiamo, coerentemente all'accezione *minimal*, ma al contempo insormontabile, in cui da sempre decliniamo la legalità penale nostrana: ritenendo irrinunciabile un intervento del Parlamento solo quando si tratta di criminalizzare o aggravare la risposta sanzionatoria, e non anche quando accade il contrario.

Niente di nuovo, quindi?

A noi piace pensare che, nel precisare che la prescrizione, *quand'anche avesse natura processuale*, andrebbe comunque governata da regole *dettagliate* («disposizioni legali

⁸⁴ *Contra* F. Viganò, *Le parole e i silenzi*, cit., pp. 10 ss.

⁸⁵ Cfr. per tutti M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011, spec. pp. 63 ss.

⁸⁶ Così, emblematicamente, Corte cost., sent. n. 49/2015, in www.giurcost.org, § 7.

⁸⁷ Anche quelle che riguardavano altri Stati, come dimostra la casistica domestica in punto di cd. utero vicario, ed il rimpallo multilivello Consulta-Corte Edu-giudice *a quo* cui abbiamo assistito in materia di fecondazione eterologa: in tema, volendo, V. Valentini, *Biodiritto penale delle invenzioni e laicità europea*, in *RIML*, 2015, pp. 961 ss., pp. 966 ss.

⁸⁸ Giustificandone l'espunzione (*via* Consulta) e determinandone la paralisi (*via* giudice comune): per un catalogo di esempi cfr. V. Valentini, *Continua la navigazione a vista*, cit., pp. 7 ss.

⁸⁹ Specie a seguito della già citata Corte cost., sent. n. 49/105, ove, nel rinviare al mittente un *input* favorevole, si ribadiva la soggezione del giudice alla legge parlamentare *ex art. 101 Cost.*, e si sdrammatizzava il ruolo autenticamente normativo – fino a quel momento – riconosciuto, nell'ordinamento domestico, alle Corti europee.

⁹⁰ A seguito della già citata Corte cost., sent. n. 230/2012 (ove ci si rifiutava di europeizzare "integralmente" la nozione di *legge penale* e, di qui, riconoscere efficacia iperretroattiva a un *overruling* favorevole delle SS. UU., equiparandolo a una legge abolitiva), in effetti, emergeva un sistema in cui precedente il persuasivo (delle alte Corti nazionali) coesisteva col *judicial law making* (delle alte Corti europee), con immaginabili rischi d'interferenza-incoerenza.

sufficientemente determinate») di fattura *parlamentare* (il giudice non può creare «un regime penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento»), la Consulta abbia inteso archiviare scenari à la Pupino⁹¹, estendendo una volta per tutte principio di determinatezza e riserva di legge, e quindi anche il divieto di analogia *in malam partem*, al processo penale.

Non solo una pietra tombale sulla regola Taricco, dunque, ma pure un irrobustimento della legalità penale processuale: che in Europa non è mai attecchita⁹², e che, nel diritto giurisprudenziale italiano, non ha mai goduto di ottima salute⁹³.

E quindi: da oggi, effetti peggiorativi *anche processuali* potranno essere prodotti solo da leggi parlamentari nazionali.

ii) Stesso discorso vale, *a fortiori*, per la legislazione positivizzata europea: oggi come ieri, è impensabile un diritto scritto sovranazionale *self-executing* con effetti di criminalizzazione o aggravamento del trattamento sanzionatorio, a ciò opponendosi sia il perimetro – che la Corte di giustizia, approfittando dell’afasia dell’art. 325 TFUE, ha bypassato nel caso Taricco⁹⁴ – delle attribuzioni tracciato dai Trattati, i quali conferiscono all’Unione competenze penali solo indirette⁹⁵; sia anche, e soprattutto, il controlimite della riserva di legge nazionale.

Pure qui, naturalmente, vale quanto si diceva a proposito del processo penale: da questo momento in poi, resteranno fuori dall’ordinamento regole positivizzate sovranazionali che generano *torsioni peggiorative* delle garanzie processuali.

Ben venga una procedura d’infrazione, dunque, se non mettiamo mano alla disciplina della prescrizione: ma nessuno tocchi la legalità della e nella giustizia penale, sostanziale e

⁹¹ Cgue, GS, 16 giugno 2005, M. Pupino, C-105/03, in occasione della quale il giudice europeo autorizzava – meglio, compulsava – il giudice rinviante a superare i limiti logici degli enunciati scritti ex artt. 392, 398 cpp (lettura *contra legem*), comprimendo il diritto di difesa dell’accusato (... ed *in malam partem*), per conformare il sistema processuale interno a regole *non* auto-applicative di cui s’ammetteva apertamente la *genericità*: sul punto, cfr. ad es. le centrate osservazioni critiche di V. Mitsilegas, *EU Criminal Law*, Oxford-Portland, 2009, spec. pp. 26 ss.

⁹² S. Allegrezza, *Il caso “Pupino”: profili processuali*, in F. Sgubbi, V. Manes (a cura di), *L’interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna University Press, Bologna, 2007, pp. 53 ss., pp. 71 ss.

⁹³ Sulla dimensione “debole” o “mobile” della legalità penale processuale vds, per tutti, M. Nobili, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in Id., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Ceda, Padova, 1998, pp. 181 ss.

⁹⁴ L’art. 325 TFUE, in effetti, non indica nessuno specifico strumento normativo per proteggere gli interessi finanziari, con ciò aprendo, secondo una parte della dottrina, a interventi mediante regolamenti.

⁹⁵ Che, peraltro, neppure includono le frodi Iva: G. Riccardi, *“Patti chiari, amicizia lunga”*, cit., 17.

processuale. Forse peccheremo in eccesso⁹⁶, ma l'affezione alle garanzie liberali⁹⁷ ci fa vedere tutto questo, nell'ordinanza n. 27 del 23 novembre 2016.

⁹⁶ O, per dirla con D. Pulitanò, *Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. n. 24/2017*, in [Dir. pen. cont.](#), 19 aprile 2017, pp. 1 ss., sovrainterpretando l'interprete costituzionale: il quale, secondo l'A., avrebbe «glissato sulla riserva di legge», astenendosi dal «prendere posizione sul problema generale della competenza della UE in materia penale».

⁹⁷ Per parafrasare a mo' di controcanto il titolo di un paragrafo (*Aggrappati all'identità nazionale*) del lavoro di M. Caianiello, *Processo penale e prescrizione*, cit., p. 21.