

Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*

di **Massimo Luciani** – *Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”*

ABSTRACT: With referral order n. 24 of 2017, the Italian Constitutional Court asked the CJEU to explain the effects produced by its judgment *Taricco* to the Italian judges, suspecting the violation of some fundamental principles of the Italian constitutional order. Our Court already warned the CJEU that, should the judgment *Taricco* be interpreted in the sense that the Italian judges are obliged, in order to respect the European law, to violate those principles, the EU Treaties (the Italian laws executing those Treaties) will be declared void, by contrast with art. 25 of the Italian Constitution. This order confirms that the constitutional fundamental principles deserve to be protected by a true constitutional Court and that the CJEU is no such Court.

SOMMARIO: 1. Brevemente: sul contenuto dell’ord. Corte cost., n. 24 del 2017, e sul suo contesto. – 2. Una prospettiva di analisi. – 3. Le possibili reazioni della Corte di giustizia. – 4. Una Corte costituzionale “dialoga” con una Corte che costituzionale non è.

1. *Brevemente: sul contenuto dell’ord. Corte cost., n. 24 del 2017, e sul suo contesto.*

Con l’ord. 26 gennaio 2017, n. 24, la Corte costituzionale, ai sensi dell’art. 267 del TFUE, ha posto in via pregiudiziale alla Corte di giustizia tre quesiti, relativi all’interpretazione dell’art. 325, parr. 1 e 2, del TFUE, in particolare alla luce della sent. CGUE 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco*.

La premessa dei tre quesiti è identica, poiché si chiede se l’art. 325 TFUE (primi due quesiti) o la ricordata sentenza *Taricco* (terzo quesito) debbano essere interpretati nel senso che impongano “*al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell’Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari*”

* Questa *Nota* è destinata alla pubblicazione in *Giurisprudenza costituzionale*. Ringrazio il Prof. Alessandro Pace per l’autorizzazione alla pubblicazione anche in questa sede.

dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato [...]". Diverso, però, è il dubbio di volta in volta posto alla Corte di giustizia. Infatti:

a) con il primo quesito si chiede se quanto detto in premessa valga *“anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata”*;

b) con il secondo si chiede se valga *“anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità”*;

c) con il terzo, infine, si chiede se valga *“anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro”*.

Perché si sia arrivati a questo è arcinoto, sicché ci si può limitare a qualche telegrafico richiamo.

i) Il Tribunale di Cuneo, con ord. 17 gennaio 2014, rinvia alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale in materia di frodi fiscali (in particolare, di c.d. “frodi carosello”, intese ad aggirare il meccanismo di funzionamento dell'IVA).

ii) La Corte di giustizia, con la sentenza già menzionata, afferma, fra l'altro, che *“Una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dal combinato disposto dell'articolo 160, ultimo comma, del codice penale [...] è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare”* e che *“Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE”*.

iii) A fronte di questa pronuncia, due giurisdizioni italiane si “ribellano” e sollevano questione incidentale di legittimità costituzionale dell'art. 2 della l. 2 agosto 2008, n. 130 (che ha ratificato il Trattato di Lisbona), lamentando la violazione di alcuni principi fondamentali della nostra Costituzione, da intendersi come “controlimiti”¹.

La questione dei controlimiti, dunque, imprudentemente considerata sopita o anacronistica da una numerosa dottrina², si ripresenta in modo prepotente, peraltro dopo aver fatto una clamorosa ricomparsa

¹ Si tratta dell'ord. 18 settembre 2015 (n. 339/2015 R.O.) della Corte di appello di Milano e dell'ord. 8 luglio 2016 (n. 212/2016 R.O.) della III Sez. pen. della Corte di cassazione. A queste va aggiunta l'ulteriore ord. 31 marzo 2016 (ud.), che la Corte costituzionale, però, non ha ancora potuto scrutinare.

² Fra gli internazionalisti, peraltro, si segnala la più saggia e prudente posizione di U. VILLANI, *I “controlimiti” nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in Av. Vv., *Studi in onore di V. Starace*, Milano, Editoriale Scientifica, 2008, 1307 s. (ivi, 1310, anche la corretta osservazione che le occasioni di potenziale interessamento dei controlimiti si sono moltiplicate con l'accrescimento delle competenze dell'Unione). V. anche, dello stesso A., *Il ruolo della Corte costituzionale nel dialogo con la Corte di giustizia*, in AA. Vv., *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, Vol. II, spec. 1326.

La *damnatio* dei controlimiti, ridotti a “mere enunciazioni teoriche, prive di risvolti pratici”, è imputata all'intenzione di molti di prospettare l'obsolescenza della Costituzione repubblicana e di affermare una (infondata) “nuova gerarchia delle

già con la nota sent. Corte cost., n. 238 del 2014, sui crimini di guerra. La Corte costituzionale, per ora, si è pronunciata solo interlocutoriamente, ma già questo, già l'andamento motivazionale dell'ordinanza che qui si commenta, merita una riflessione.

2. *Una prospettiva di analisi.*

Il caso Taricco appartiene a quella non numerosissima serie di vicende giudiziarie che hanno attirato una straordinaria attenzione dottrinale: articoli, note, atti di convegni e interventi in rete si sono susseguiti a ritmo incessante e anche questa ordinanza di rinvio pregiudiziale è già stata oggetto di moltissimi contributi. Qui non mi soffermerò ancora una volta sulle delicate questioni sostanziali che il caso pone, ma proporrò qualche sintetica riflessione sugli insegnamenti che la vicenda è in grado di offrirci quanto ai rapporti fra giurisdizioni costituzionali e giurisdizione europea.

Ribadisco che, per quanto mi riguarda, la Corte costituzionale avrebbe anche potuto applicare direttamente i controlimiti e dichiarare subito l'illegittimità costituzionale, *in parte qua*, del Trattato di Lisbona, ma le ragioni di questa conclusione le ho già esposte in un precedente contributo, sicché mi limito a rinviare a quanto scritto allora³. Tuttavia, sebbene una soluzione del genere fosse preferibile, la scelta del rinvio pregiudiziale (già da taluno ipotizzata come soluzione "consigliabile" in qualunque ipotesi di evocazione dei controlimiti)⁴, vista la netta motivazione dell'ordinanza che subito vedremo, è comunque da salutare con (prudente) favore⁵.

Per la verità, che davvero ci fosse margine per un rinvio era discutibile: la sentenza *Taricco* era stata *tranchante* e non sembrava dare adito a quei dubbi interpretativi che, secondo concetto, lo legittimano. Primato e piena efficacia della normativa europea; obbligo incondizionato del giudice italiano di disapplicare quella nazionale; assoluta irrilevanza della concezione della prescrizione propria del nostro ordinamento: non è che ci fosse molto da lasciare al tormento dell'interprete⁶. La scelta in favore del rinvio pregiudiziale, dunque, più che a ragioni di diritto processuale, si deve piuttosto ad alquanto scoperte esigenze politico-istituzionali⁷: prima di sganciare quello che talvolta la dottrina ha definito

fonti", segnata dalla "prevalenza delle regole europee", da L. BARRA CARACCILO, *La Costituzione nella palude. Indagine su trattati al di sotto di ogni sospetto*, Reggio Emilia, Imprimatur, 127.

³ M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, *passim*. In senso diametralmente opposto, da ultimo, R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di "controlimiti" costituzionali: è un vero dialogo?*, in *Federalismi.it*, n. 7/2017, 4, ribadendo quanto già (più ampiamente) sostenuto in ID., *Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 11 ss.

⁴ A. TIZZANO, *Corte e Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2006, V, 351 s.; U. VILLANI, *I "controlimiti"*, cit., 1319.

⁵ Non mi sentirei, dunque, di condividere l'opinione di chi afferma che "La decisione qui commentata convince senza riserve" (V. GIGLIO, *La Consulta sul caso Taricco: analisi dell'ordinanza n. 24/2017*, in *Filodiritto*, 3 febbraio 2017, 5).

⁶ La stessa ordinanza di rinvio, in effetti, riconosce che con la sentenza *Taricco* una "regola" è stata "tratta" dall'art. 325 TFUE (cfr. l'*incipit* del par. 4) e confessa che adire la Corte di giustizia le è parso (non necessario, ma) "conveniente".

⁷ Si è parlato, non a caso, di una decisione "diplomatica" (M.L. FERRANTE, *L'ordinanza della Corte costituzionale sull'affaire Taricco: una decisione "diplomatica" ma ferma*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2017, 16), segnata da "garbo istituzionale" (G. RICCARDI, *"Patti chiari, amicizia lunga". La Corte costituzionale tenta il "dialogo" nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 3) o da "fairness istituzionale" (G. REPETTO, *Una ragionevole apologia*

l'ordigno nucleare dei controlimiti, si è voluta offrire alla Corte di giustizia magari con “un certo equilibrismo”⁸, la possibilità di precisare il suo pensiero, di correggere il tiro. È quanto non era stato possibile fare in occasione del caso risolto dalla sent. n. 238 del 2014, ma allora, poiché i rapporti con la Corte internazionale di giustizia non sono retti dal principio del rinvio pregiudiziale, quella strada - se mai si fosse inteso percorrerla - era senz'altro preclusa⁹. Eppure davvero è possibile una correzione di tiro, una precisazione di pensiero? O non si tratta piuttosto della richiesta, formulata da Roma, dell'esercizio di un vero e proprio *ius poenitendi* da parte di Lussemburgo¹⁰? Che cosa potrà davvero accadere?

3. *Le possibili reazioni della Corte di giustizia.*

Negli innumerevoli commenti a questa vicenda (viene quasi da scusarsi della partecipazione a un dibattito così fitto, aggiungendo altre parole alle molte già pronunciate) molti autori si sono lanciati in previsioni su quale sarà la reazione della Corte di giustizia. Così, per fare solo alcuni esempi, si è affermato che per la Corte di giustizia sarà “difficile [...] smentirsi”¹¹; che, al contrario, le sarebbe difficile dare risposta positiva (*contra Constitutionem*, dunque) ai quesiti postile dall'ordinanza di rinvio¹²; che si sceglierà una “soluzione di sintesi” che eviti “lo scontro tra le due Corti”¹³; che sarà cercata “una soluzione di «compromesso»”¹⁴, etc. Previsioni, in realtà tutte molto difficili, se non azzardate, perché è vero che il rinvio pregiudiziale apre uno spazio dialogico fra Corte costituzionale e Corte di giustizia, ma è altrettanto vero che, per i suoi contenuti, il rinvio, sebbene - per la sua stessa natura di strumento processualmente dialogico - paia sollecitare, appunto, “una soluzione di compromesso”¹⁵, ha tanto “il sapore di un *ultimatum*”¹⁶, sicché la reazione del soggetto che è

della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco, in *Diritti comparati*, 20 febbraio 2017, 1).

⁸ F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla “Taricco”: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 288.

⁹ Del resto, ai sensi dell'art. 34, comma 1, dello Statuto della Corte internazionale, “*Seuls les Etats ont qualité pour se présenter devant la Cour*”. V. anche gli artt. 38 ss. del suo Regolamento.

¹⁰ E cioè proprio di quella “improbabile richiesta di rivalutazione delle soluzioni già raggiunte” di cui (già prospettando l'ipotesi di un nuovo rinvio pregiudiziale da parte della Consulta) parlava, criticamente, R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione*, cit., 15.

¹¹ R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei “controlimiti” e scontro tra paradigmi*, in *Dir. pen. cont.*, 14.

¹² G. CIVELLO, *La Consulta, adita sul caso “Taricco”, adisce la Corte di Giustizia: orientamenti e disorientamenti nel c.d. “dialogo fra le corti”*, in *Arch. pen.*, n. 1/2017, 13.

¹³ V. FAGGIANI, *Lo strategico rinvio pregiudiziale della Consulta sul caso Taricco*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, 11.

¹⁴ C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Eurojus.it*, 3.

¹⁵ Così M. TAGLIONE, *Brevi considerazioni sull'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017*, in *Arch. pen.*, n. 1/2017, 2. Sull'intento essenzialmente dialogico di questa ordinanza, anche C. SOTIS, “*Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*”. *Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)*, in *Dir. pen. cont.*, 4.

¹⁶ R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco*, cit., 7. Analogamente, F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 2; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone*, i

potenzialmente dialogante, sì, ma è anche raggiunto da *ultimatum* (in effetti, la nostra Corte chiede a quella di giustizia la “*conferma*” del proprio “*convincimento*”)¹⁷, è difficile da preventivare. Sembra miglior partito, allora, ricordare l’ovvio, e cioè che le risposte di Lussemburgo, senza assegnare all’una o all’altra specifiche percentuali di probabilità, possono essere solo tre¹⁸. La Corte di giustizia, infatti, potrebbe: a) confermare il *dictum* della sentenza *Taricco* e ribadire quanto già sappiamo, e cioè che il giudice nazionale è comunque tenuto a disapplicare il diritto interno per garantire la piena efficacia di quello eurounitario e proteggere - conseguentemente - gli interessi finanziari dell’Unione; b) riconoscere le ragioni della Corte costituzionale e le esigenze costituzionali italiane, esentando il giudice nazionale dalla disapplicazione qualora questa comporti la violazione di un nostro principio fondamentale; c) identificare una soluzione di compromesso, sterilizzando le istanze costituzionali nazionali, ma confermando, nella sostanza, non solo il principio del primato del diritto eurounitario, ma anche la sua indifferenza ai principi costituzionali fondamentali del singolo Stato membro.

È mia opinione che la terza ipotesi sia la più pericolosa per la nostra Corte costituzionale e che sia per questo che la scelta del rinvio pregiudiziale non sia da approvare senza condizioni. Vediamo perché.

Se la Corte di giustizia perseverasse nell’errore e ribadisse il contenuto della *Taricco* la nostra Corte sarebbe pienamente legittimata ad azionare i controlimiti: per non farlo avrebbe fatto tutto il possibile, ma si sarebbe scontrata con il *fin de non-recevoir* da parte della sua interlocutrice, che oltretutto verrebbe dopo la conferma di una pronuncia che non esito a definire pessima e giustificerebbe una reazione abbondantemente preannunciata¹⁹. Né la Corte dovrebbe aver timore di chi le ha rimproverato di aver minacciato una guerra per una causa discutibile come quella della difesa dell’attuale regime della prescrizione²⁰, perché è del tutto evidente che non è questa la posta in giuoco, ma l’intangibilità dei principi fondamentali che sarebbero violati dal travolgimento *iussu iudicis* di tale regime²¹.

controlimiti (a margine di Corte cost. 24 del 2017), in *Consulta Online*, n. 1/2017, 81; G. PICCIRILLI, *L’unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida (nota a Corte cost., ord. n. 24/2017)*, in *Consultaonline*, n. 1/2017, 126. Di “last resort” parlano M. BASSINI - O. POLLICINO, *The Taricco Decision: A Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution*, in *Verfassungsblog*, 2017/1/28, 1. Di “ordinanza «monito»” dice G. RICCARDI, “*Patti chiari, amicizia lunga*”, cit., 10. L’evenienza che un’ordinanza di rinvio pregiudiziale da parte di una Corte costituzionale potesse “sottendere la minaccia di disseppellire e attivare i controlimiti” era stata prevista da A. BERNARDI, *Presentazione. I controlimiti al diritto dell’Unione Europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in AA. VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Napoli, Jovene, 2017, LVIII.

¹⁷ V. il terzo capoverso del par. 7.

¹⁸ Analogamente, D. PARIS, *Carrot and Stick. The Italian Constitutional Court’s Preliminary Reference in the Case Taricco*, in *QIL*, 37 (2017), 17 ss.

¹⁹ Azzardata, dunque, mi sembra l’affermazione di M. DI FLORIO, *Sul rinvio pregiudiziale alla C.G.U.E. operato dalla Corte costituzionale: un commento “a caldo”*, in *Arch. pen.*, n. 1/2017, 13, sull’essere “improbabile che la Corte costituzionale, di fronte al «non dialogo» della CGUE, possa davvero fare applicazione (della teoria) dei controlimiti”.

²⁰ Così, fra i molti, R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell’Unione*, cit., 19; F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., 3; R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco*, cit., 3.

²¹ Credo si debba fare chiarezza su un punto, in riferimento al quale sovente si equivoca. La nostra Corte non assegna alla concezione della prescrizione come istituto del diritto (non processuale, ma) sostanziale la qualifica di principio fondamentale (così, invece, ad es., D. PARIS, *Carrot and Stick*, cit., 10; M. DI FLORIO, *Sul rinvio pregiudiziale alla C.G.U.E.*, cit., 11; D. TEGA, *Narrowing the Dialogue: The Italian Constitutional Court and the Court of Justice on the Prosecution of VAT Frauds*, in *I-CONnect*, 14 febbraio 2017, 3), ma qualifica come principi fondamentali la determinatezza della fattispecie penale e la

Se a Lussemburgo si esercitasse lo *ius poenitendi* il problema rientrerebbe appieno: i giudici italiani sarebbero autorizzati “a una sorta di *disapplicazione della disapplicazione*”²², i controlimiti non avrebbero ragione d’essere azionati, le nuvole del conflitto si diraderebbero e il sole tornerebbe a splendere dal Tevere all’Alzette.

La soluzione intermedia sarebbe, dicevo, la più pericolosa e forse potrebbe dirsi, con qualche malizia, non essere un caso che alcuni critici dell’ordinanza che qui si commenta la caldeggiino. Come si dovrebbe articolare una simile pronuncia di compromesso è difficile dire. È stato ipotizzato, ad esempio, che la Corte di giustizia potrebbe: riconoscere il principio di legalità per come specificamente ricostruito dalla nostra Corte quale principio generale dell’Unione²³, con la conseguenza di far prevalere la legalità (comprensiva della disciplina della prescrizione) sugli interessi finanziari dell’Unione²⁴; dichiarare (con una vera e propria acrobazia logica, peraltro)²⁵ che gli effetti della sentenza *Taricco* devono ritenersi limitati nel tempo e confinati ai reati commessi dopo la sua pubblicazione²⁶; precisare meglio quella nozione di “*numero considerevole di casi*” (di impossibile perseguimento dei reati fiscali e causa del regime della prescrizione) che - come si è visto - la sentenza *Taricco* pone alla base dell’obbligazione di disapplicazione del diritto interno²⁷; prospettare l’ipotesi di rendere effettivo il precetto eurounitario con

prevedibilità del relativo precetto. Che nel nostro ordinamento la prescrizione appartenga al diritto sostanziale è solo un dato di fatto (del tutto estraneo, si badi, alle competenze dell’Unione: cfr. anche G. RICCARDI, “*Patti chiari, amicizia lunga*”, cit., 5 s.), ma è per questo che essa “*soggiace [...] al principio di legalità in materia penale*” (par. 8, *ad finem*). E che *questo* principio appartenga all’identità costituzionale italiana è evidente. La sua essenzialità è stata ribadita da una granitica e risalente giurisprudenza, sicché l’accusa alla Corte di aver peccato di apodissi (P. FARAGUNA, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: “Gauweiler in the Roman Campagna*”, in *Verfassungsblog*, 2017/1/31, 3) mi sembra infondata per erroneità del presupposto.

²² G. CIVELLO, *La Consulta, adita sul caso “Taricco”*, cit., 12 (cors. nell’orig.).

²³ C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco*, cit., 4; analogamente, V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”* (note minime all’ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017), in *Dir. pen. cont.*, 13.

²⁴ M. TAGLIONE, *Brevi considerazioni*, cit., 9.

²⁵ Già in altra occasione (M. LUCIANI, *Chi ha paura dei controlimiti?*, in *Atti del Convegno “Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo”*, Roma, 4 ottobre 2016, pubblicati online in *Rivista AIC*, n. 4/2026, 65), per vero, avevo osservato come la sentenza *Taricco* abbia dato per *scontata* la propria applicabilità ai fatti pregressi. Si considerino, infatti, questi semplici dati oggettivi:

a) al par. 55 si dice che “*la disapplicazione delle disposizioni nazionali [...] avrebbe soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell’ambito di un procedimento penale pendente*”, dimostrando - visto che l’aggettivo “pendente” era completamente superfluo - che proprio i procedimenti penali in corso erano incisi dalla pronuncia;

b) al par. 57 si parla di “*fatti addebitati non [...] ancora prescritti*”, confermando quanto precede;

c) al par. 56 si afferma che “*i fatti contestati agli imputati nel procedimento principale integravano, alla data della loro commissione, gli stessi reati ed erano passibili delle stesse sanzioni penali attualmente previste*”, il che significa che il giudice italiano è sollecitato a disapplicare le norme sulla prescrizione anche in riferimento ai fatti-reato anteriori.

Come la via immaginata dalla dottrina citata alla nota che segue possa essere percorsa senza smentire quanto era stato già affermato, dunque, è assai difficile dire. Non a caso, sempre in prospettiva critica dell’ordinanza della nostra Corte, l’unica “apertura” della Corte di giustizia che altri autori hanno immaginato è quella (assai più ridotta) “di chiarire che gli effetti della disapplicazione delle regole interne in merito al tetto massimo della prescrizione, con conseguente estensione del termine equiparandolo a quello dei reati associativi nazionali, si produc[ono] anche per le condotte precedenti alla sentenza *Taricco*, ma solo a condizione che il termine non sia già spirato al momento della decisione della Corte di giustizia”. Il che, però, sarebbe palesemente insufficiente (così R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia*, cit., 15).

²⁶ C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco*, cit., 4; F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., 7; G. PICCIRILLI, *L’unica possibilità*, cit., 136; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta*, cit., 87.

²⁷ F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., 8 s.

strumenti diversi da quello della repressione penale²⁸; ipotizzare che le violazioni dei Trattati possano essere rimate non solo per via giudiziaria, ma anche per mezzo di una procedura di infrazione²⁹; ritenere soddisfacenti gli aumenti dei termini prescrizionali già introdotti nel nostro ordinamento³⁰.

Se in particolare alcune di queste ipotesi si realizzassero la nostra Corte si troverebbe in difficoltà. Da un lato, infatti, i *vulnera* ai nostri principi fondamentali parrebbero formalmente meno evidenti; dall'altro, tuttavia, resterebbe appieno la sostanza dei due problemi essenziali in giuoco in questa vicenda: l'alternativa fra il diritto giurisprudenziale e il diritto legislativo³¹; il rispetto del principio della separazione dei poteri³². La Corte costituzionale ha chiarito, infatti, che non si può “*permettere al potere giudiziario 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*”, perché altrimenti si eccederebbe “*il limite proprio della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto quanto meno nella tradizione continentale*”³³. È il rapporto fra giurisdizione e legislazione, dunque, che è soprattutto in questione.

Si è obiettato che le sentenze della Corte di giustizia sarebbero pur sempre “diritto scritto”³⁴, ma il punto non è questo³⁵. Il punto è che non sono diritto legislativo e, quand'anche fossero fonti (e a rigore non lo sono, perché non sono comprese nell'elenco dell'art. 288 TFUE), non potrebbero mai soddisfare il principio di legalità, perché quel principio reclama *la legge* o un atto equiparato. Non a caso, mi sembra, la Corte costituzionale, pur riconoscendo l'effetto *erga omnes* delle sentenze della Corte di giustizia, le differenzia dalle vere e proprie “norme” eurounitarie, osservando che “*Le statuizioni della Corte di Giustizia delle Comunità europee hanno, al pari delle norme comunitarie [e quindi non sono “norme comunitarie”] direttamente applicabili cui ineriscono, operatività immediata negli ordinamenti interni*”³⁶. E, anzi, nemmeno le stesse direttive eurounitarie bastano a soddisfare un'eventuale riserva di legge, perché, come si è detto in una nota pronuncia costituzionale, nelle stesse materie coperte da riserva relativa “*l'esistenza di direttive comunitarie esecutive comporta che l'obbligo di predisposizione diretta*

²⁸ G. PICCIRILLI, *L'unica possibilità*, cit., 136.

²⁹ Questa l'interessante ipotesi avanzata da D. PARIS, *Carrot and Stick*, cit., 17. Che la via corretta fosse, sin dall'inizio e prima della vicenda giudiziaria, questa dice A. GUAZZAROTTI, *I paradossi della vicenda Taricco*, in *laCostituzione.info*, 18 febbraio 2017, 4.

³⁰ V. MANES, *La Corte muove*, cit., 12.

³¹ Richiama opportunamente l'attenzione sul punto R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco*, cit., 3 ss.

³² V. MANES, *La Corte muove*, cit., 8; F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla “Taricco”*, cit., 287; I. PELLIZZONE, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: principio di determinatezza, separazione dei poteri e ruolo del giudice penale*, in *Quad. cost.*, 2017, spec. 114 s. (che opportunamente mette in evidenza come la difesa del principio della separazione dei poteri si intrecci con quella di un corretto ruolo del giudice penale, che la Corte di giustizia vorrebbe trasformato in “giudice di scopo”: v. anche ID., *Il ruolo del giudice penale nella tutela degli interessi finanziari dell'Unione (e nazionali): battaglia di retroguardia o principio ineludibile da esporre a controlimite del diritto dell'Unione europea? Considerazioni a margine dell'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale*, in corso di pubblicazione, *passim*). Sull'essenzialità del suo rispetto, al di là d'ogni forzatura derivante dalle attuali dottrine dell'interpretazione, esattamente, G. RICCARDI, “*Patti chiari, amicizia lunga*”, cit., 19.

³³ Par. 9.

³⁴ F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., 10 s.

³⁵ È “diritto scritto”, del resto, anche un regolamento governativo o ministeriale, ma certo non si tratta - ovviamente - di fonte idonea a soddisfare una riserva di legge.

³⁶ Corte cost., sent. n. 284 del 2007, ma anche sentt. nn. 113 del 1985; 389 del 1989; 168 del 1991.

della normativa sostanziale entro la quale deve ridursi la discrezionalità dell'amministrazione viene alleggerendosi, per così dire, in conseguenza e proporzione alla consistenza delle direttive medesime (salva sempre, ovviamente, la possibilità per il legislatore di andare oltre, ma non contro, la normativa comunitaria)", ma nulla di più³⁷.

Ora, a me sembra evidente che qualora la Corte di giustizia scegliesse la via del compromesso offrirebbe una soluzione solo apparente alle questioni poste dalla Corte costituzionale, ma in realtà lascerebbe aperto il problema essenziale, che, appunto, non è tanto il "diritto dell'imputato di non veder allungati i termini per la prescrizione"³⁸ o - meglio - la prevedibilità della fattispecie penale in ogni sua componente (essa pure essenziale, perché connessa alla certezza del diritto), bensì la definizione normativa e non giurisprudenziale della fattispecie penale e delle sue componenti. E, visto lo stato attuale della discussione sulla natura creativa della giurisprudenza e sulla sua qualificabilità come fonte del diritto³⁹, per la nostra Corte sarebbe più difficile evocare i controlimiti⁴⁰, pur a fronte di una pronuncia europea non soddisfacente. Più difficile, certo, ma tutt'altro che impossibile.

Al di là di quanto pretendono gli indirizzi prevalenti sul ruolo della giurisprudenza e dell'interpretazione, nei quali si sommano e si confondono i richiami al realismo scandinavo e a quello americano, le memorie della giurisprudenza degli interessi (se non addirittura della *Freirechtsschule*), la teoria dell'argomentazione, l'ermeneutica, la dottrina della precomprensione, la filosofia analitica, etc.⁴¹, la cittadella della legislazione resiste ancora, davanti alle strategie ossidionali della (dottrina del primato della) giurisdizione, almeno nel dominio del diritto penale. Qui l'intervento del legislatore è essenziale perché un elemento indefettibile dello Stato di diritto (continentale, preciserebbe la Corte, ma il discorso potrebbe articolarsi maggiormente) è la decisione *democratica* sul reato, sui suoi presupposti, sulle sue conseguenze. Potrà anche non piacere, tutto questo, ai sostenitori della piena equiparazione fra giurisdizione e legislazione, ma la realtà della nostra tradizione giuridica, puntualmente recepita (oltre che dall'art. 101, specie dal suo negletto primo comma) dall'art. 25 Cost. è questa. E questa, appunto, è la precisa sostanza di un principio fondamentale del nostro ordinamento.

Semmai, ci sarebbe da chiedersi quanto la stessa Corte costituzionale abbia rispettato tale principio nella sua giurisprudenza: i critici dell'ordinanza che qui consideriamo hanno buon giuoco a dire ch'essa, sovente, non ha "brillato per incisività"⁴², ma anche i commentatori favorevoli ne hanno contestato le timidezze⁴³. L'intera "filiera" della repressione penale andrebbe, in realtà, ripensata: il legislatore - è stato

³⁷ Corte cost., sent. n. 383 del 1998. Nondimeno, fa bene V. MANES, *La Corte muove*, cit., 11, a richiamare l'attenzione sulla necessità di non abbassare la guardia di fronte all'ipotesi che con regolamenti eurounitari si pretenda di esercitare una competenza penale diretta, asserendo che sarebbe rispettata la riserva di legge.

³⁸ M. TAGLIONE, *Brevi considerazioni*, cit., 11.

³⁹ La dottrina maggioritaria in Italia, ma non solo, assegna alla giurisprudenza un ruolo creativo e non esita a qualificarla fonte del diritto. Per una critica radicale a questo indirizzo mi permetto di rinviare al mio *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir. - Annali*, Vol. IX, Milano, Giuffrè, 2016, 391 ss.

⁴⁰ Che, peraltro, si è "ben guardata dal menzionare" nell'ordinanza in commento: 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, 4.

⁴¹ V., sul punto, M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., 393.

⁴² F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., 7.

⁴³ C. SOTIS, "Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia", cit., 16.

esattamente notato -⁴⁴ si “autoassolve” delle proprie indecisioni e incertezze delegando spazi di apprezzamento discrezionale sempre più ampi al giudice; questi accetta di buon grado un radicale e pericolosissimo (anche per lo stesso giudice: qualcuno si chiede quale ne sia il costo in termini di legittimazione e di consenso diffuso?) mutamento del proprio ruolo sistemico; la Corte costituzionale non reagisce prontamente e troppo di frequente finisce per “assolvere l’autoassolto”. Si sa, però, che *adducere inconueniens* non è certo *solvere argumentum*, specie quando l’*inconueniens* si riferisce a una patologia progressiva e non certo alla soluzione che si prospetta⁴⁵. E l’ordinanza in commento ci mostra, appunto, quale dovrebbe essere la soluzione.

4. Una Corte costituzionale “dialoga” con una Corte che costituzionale non è.

Se sul piano dei contenuti la posta in giuoco è soprattutto quella del rapporto fra legislazione e giurisdizione, su quello degli assetti istituzionali la partita riguarda le posizioni rispettive della Corte costituzionale (direi: *delle* Corti costituzionali di tutti i Paesi membri) e della Corte di giustizia⁴⁶. La pretesa di quest’ultima, si sa, è d’essere un’autentica Corte costituzionale, garante dell’incondizionato primato del diritto eurounitario⁴⁷, mentre la dottrina dei controlimiti, confidando la tutela dei principi fondamentali degli ordinamenti costituzionali nazionali alle singole Corti “locali”, introduce proprio il condizionamento che tale pretesa intende negare. L’alternativa è radicale e nessuna tesi compromissoria può eliderla, ma solo collocarla in una prospettiva più remota. Così, suggerire che le Corti costituzionali, qualora ravvisino l’ipotesi del contrasto fra il diritto eurounitario e i principi costituzionali fondamentali, investano con un rinvio pregiudiziale la Corte di giustizia perché questa “decida se includere di volta in volta il diritto fondamentale violato nell’inventario di quelli protetti a livello euro unitario” può anche essere saggio, ma resta che - come questa stessa dottrina riconosce - il potenziale conflitto si appianerebbe solo nel caso di una risposta positiva da parte di Lussemburgo, mentre a fronte di una risposta negativa alle Corti costituzionali resterebbe pur sempre “la scelta estrema di azionare i controlimiti”⁴⁸, che è pur sempre loro riservata e non può essere una “joint enterprise” con la Corte di giustizia⁴⁹, con la quale basterebbe “dialogare”⁵⁰. Né si può chiedere alle Corti costituzionali di soppesare

⁴⁴ C. SOTIS, “Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia”, cit., 13 ss.

⁴⁵ Correttamente si osserva che “i fattori di crisi della riserva di legge sono stati nel complesso tollerati dalla giurisprudenza costituzionale” (M. D’AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, 3, che elenca anche le principali criticità). Una preoccupante rassegna di atteggiamenti patologici quanto al rapporto fra diritto penale nazionale e diritto UE, diffusi un po’ a tutti i livelli della nostra giurisdizione, è in A. BERNARDI, *Presentazione*, cit., LXXVII ss.

⁴⁶ Analogamente, V. FAGGIANI, *Lo strategico rinvio*, cit., 3.

⁴⁷ Arcignamente difeso anche nei confronti della Corte di Strasburgo, come ben dimostra il (secondo) parere reso sull’adesione dell’UE alla CEDU (sul quale v. R. CALVANO, *Chi è la più bella del reame? Corte di giustizia e Corte di Strasburgo alla luce del parere 2/13 sull’adesione alla CEDU*, in *Dir. pubbl. Eur. Rass. online*, luglio 2015, spec. 8 per qualche notazione a mio avviso eccessivamente ottimistica sul valore positivo della “dissonanza delle diverse voci” che si sovrappongono nel caotico contesto giudiziario europeo).

⁴⁸ R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco*, cit., 15.

⁴⁹ Così, invece, G. RUGGE, *The Italian Constitutional Court on Taricco: Unleashing the normative potential of “national identity”*, in *QIL*, 37 (2017), 27. Cosa diversa (e più convincente) è dire che all’attivazione dei controlimiti le Corti

le ragioni dei controlimiti con quelle del primato del diritto europeo. Proprio in sede di commento all'ord. n. 24 del 2017 si è rimproverato alla nostra Corte di non aver operato “un bilanciamento in concreto tra la pretesa violazione del principio di legalità [...] e le esigenze di «fedeltà comunitaria» imposte dall'art. 11 Cost.”⁵¹, ma il problema è che *quel bilanciamento è stato già compiuto dall'art. 1 e dallo stesso art. 11 Cost.*, che hanno *incorporato* i controlimiti nel processo di adesione dell'Italia, conservando la *sovranità* al popolo italiano e consentendone solo *limitazioni* (e non *cessioni*), oltretutto “*in condizioni di parità con gli altri Stati*”. È alle Corti nazionali, insomma, che spetta l'opposizione dei controlimiti, perché costituzionali e irrinunciabili (*i.e.*: non cedibili) sono le esigenze cui essi sono preordinati⁵².

È dunque inevitabile affrontare, prima o poi, la questione fondamentale dell'europeizzazione o meno dei controlimiti, questione che a mio parere ha esclusivamente una risposta, fatalmente negativa. Come più volte osservato, infatti, i controlimiti sono stati concepiti come rimedi alle possibili violazioni del perimetro costituzionale identitario⁵³ da parte del primato del diritto dell'Unione e sarebbe paradossale e contraddittorio confidarne l'applicazione proprio a chi di quel primato intende essere il garante⁵⁴. Quel che più conta sul piano sistemico, però, è che l'essenzialità dei controlimiti li destina all'applicazione da parte di una vera e propria Corte costituzionale. Ma *la Corte di giustizia non è una Corte costituzionale*. E non lo è per l'eccellente ragione che una Costituzione europea, semplicemente, non esiste. Non si tratta, qui, di contrapporre una concezione prescrittiva a una concezione descrittiva di Costituzione e neppure di far valere la (peraltro ovvia) considerazione che il concetto stesso di Costituzione, nella sua

costituzionali debbano pervenire solo dopo aver tentato (quando è possibile, aggiungo io) strategie conciliative con la Corte di giustizia (così, ad es., U. VILLANI, *I “controlimiti”*, cit., 1319 s.).

⁵⁰ Esattamente G. PICCIRILLI, *L'unica possibilità*, cit., 136, osserva come sarebbe errato “leggere questa vicenda come una «puntata» del tanto spesso enfattizzato «dialogo fra le Corti»”.

⁵¹ R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia*, 5. Sulla necessità del bilanciamento, come sempre, insiste in particolare A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta*, cit., spec. 85.

⁵² Che della nostra identità costituzionale faccia parte anche il precetto dell'art. 11 Cost. (A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta*, cit., 84) è ovvio. Ma ne fa parte nel senso indicato nel testo, sicché questa constatazione non sposta minimamente la sostanza del ragionamento sui controlimiti.

⁵³ Molto opportunamente, nell'ord. n. 24 del 2017, la Corte parla tre volte di “identità costituzionale” e solo una di “identità nazionale”. Sebbene la formulazione dell'art. 4, comma 2, del TUE sia infelice (“*L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale*”), infatti, quella che è in giuoco è l'identità *costituzionale*, non certo quella *nazionale*, le cui componenti sono assai più complesse e trascendono il dominio del diritto (non direi, dunque, che il richiamo all'identità nazionale da parte del Trattato sia “legally sound”, come ritiene G. RUGGE, *The Italian Constitutional Court*, cit., 22).

Questione diversa è quella del rapporto fra identità costituzionale italiana e tradizioni costituzionali comuni ai Paesi membri. È vero che nell'ordinanza in commento la nostra Corte opera, fra le due, un collegamento (M. BASSINI - O. POLLICINO, *The Taricco Decision*, cit., 4), ma sebbene questo abbia evidenti finalità “diplomatiche”, un grumo di irriducibilità residua sempre (a meno di non ritenere che il rispetto delle singole identità costituzionali faccia parte delle tradizioni costituzionali comuni, il che - però - saprebbe tanto di espediente retorico, se non di giuoco di parole).

E questione ancora diversa è quella della differenza tra una concezione dei rapporti fra ordinamento nazionale e ordinamento EU in termini di sovra o sottordinazione e una in termini di separazione e coordinamento (che questa seconda sia la prospettiva “italiana” dice G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy*, cit., 3). Pure in questa prospettiva, a mio avviso, il problema della custodia “finale” dei controlimiti non sarebbe - alla fine - eludibile.

⁵⁴ M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 9. Analogamente, V. MANES, *La Corte muove*, cit., 9.

accezione moderna, rinvia alla statualità⁵⁵. È sufficiente considerare che per aversi una Costituzione non basta un testo normativo (o una pluralità di testi normativi e di tradizioni giuridiche), ma occorre un'autentica *credenza* legittimante (“*la légitimité n'est qu'un système de croyances*”)⁵⁶ nella esistenza di una Costituzione. E questa credenza non si è mai data e men che meno si dà oggi, nel contesto della sfera pubblica europea. Né bastano plotoni o reggimenti di studiosi pronti a spiegarci che le vecchie categorie sono obsolete per cambiare la situazione⁵⁷: una Costituzione richiede una comunità *politica*, che in Europa non c'è e proclamare a gran voce “ecco, questa è una Costituzione!” non significa farla apparire davvero sul proscenio della storia. So bene che si rischia, qui, il dialogo fra sordi, ma si potrebbe anche confidare che la realtà delle cose, negli ultimi anni, predisponga maggiormente all'ascolto di questi semplici argomenti.

Insomma: il caso *Taricco* torna, sì, alla Corte di giustizia, ma - come si dice nel titolo di questo breve contributo - le arriva catafratto, perché la Corte costituzionale ha già detto a chiare lettere che, se non avrà una risposta compatibile con i principi costituzionali fondamentali, “*avrebbe il dovere di impedir[e]*” “*l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale*”⁵⁸. La nostra Corte, si è prima osservato, con il rinvio pregiudiziale si è assunta un rischio. Ma ancor maggiore è il rischio che si assumerebbe la Corte di giustizia se, testardamente, continuasse a ignorare i limiti giuridici, logici e storici delle proprie pretese “costituzionali” e confermasse il proprio precedente *decisum* o proponesse una soluzione di solo apparente compromesso, incapace di risolvere nel senso corretto le decisive questioni che la Corte costituzionale ha posto. Il consenso europeo, per responsabilità specifica delle *élites* che hanno governato il processo di integrazione, non si può più dare per scontato⁵⁹. E nemmeno un giudice che si autointerpreta come “costituzionale” può permettersi il lusso di ignorarlo.

⁵⁵ E non è nemmeno il caso di evocare criticamente un preteso “nazionalismo dei valori”, come aveva fatto, a suo tempo, A. TIZZANO, *Corte e Corte di giustizia*, cit., 348. L'europeismo più autentico, infatti (già prima, ma con ancor maggiore chiarezza ai giorni d'oggi), è quello di chi sa cogliere tutti i limiti dell'attuale (distorto e incompleto) processo di integrazione e l'inestricabile connessione tra determinazione democratica dei valori e Costituzione.

⁵⁶ M. DUVERGER, *De la dictature*, Paris, Julliard, 1961, 47, ma prima di lui, ovviamente, M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922, ed. critica Winckelmann, 1956, trad. it. coord. da P. Rossi, *Economia e società*, 2^a ed. it., Milano, Comunità, 1968, I, 207 ss., con riflessioni anticipate in ID., *Politik als Beruf* (1919), in *Gesammelte politische Schriften*, München, 1921, trad. it. di F. TUCCARI, *La politica come professione*, Milano, Mondadori, 2006, 54 ss.

⁵⁷ Ritengo assai singolare l'affermazione di G. RUGGE, *The Italian Constitutional Court*, cit., 28, che i tradizionali concetti giuridici andrebbero ripensati integrando il bagaglio culturale del giurista con il riferimento ad altre aree della conoscenza, come la scienza politica, la sociologia e l'economia: sicuro che chi cerca di dimostrare la loro perdurante tenuta non sia aduso a una simile integrazione?

⁵⁸ Cito dal par. 2 dell'ordinanza in commento, *ad finem*.

⁵⁹ Un agile, ma efficace, esercizio di raffronto fra *Washington consensus* e *Brussels consensus* (“a curious combination of fiscal conservatism and monetarist inflationary obsession”: G. IRVIN, *Two Decades of the Brussels Consensus*, in *Social Europe*, 16 agosto 2010) si trova in CHARLEMAGNE, *The Stultifying Brussels consensus*, in *The Economist*, 5 ottobre 2006, dove fra le molte riflessioni interessanti s'incontra questa: “In short, the Brussels consensus blurs the line between things that are consensual and things that are not, and takes as consensual things that should properly be debated. It unduly depoliticises the political process”.