

Rivista N°: 3/2017
DATA PUBBLICAZIONE: 30/07/2017

AUTORE: Andrea Longo*

IUXTA PROPRIA PRINCIPIA.

LA CORTE COSTITUZIONALE TRA AUTOCOMPRESIONE IDENTITARIA, DIALOGO POLEMICO TRA CORTI E UN NUOVO TIPO DI DECISIONE MONITORIA, A PARTIRE DALL'ORDINANZA 24 DEL 2017

Sommario: 1. Premessa - 2. Il problema della determinatezza - 3. La trama dell'unità e l'ordito delle differenze: l'argomento della ragione ultima - 4. Iuxta propria principia - 5. Un nuovo tipo di monito - 6. Contra negantem principia... - 7. Divagazione minima sui massimi sistemi: sovranità vs identità - 8. Rage against the dying of the light

*Do not go gentle into that good night.
Rage, rage against the dying of the light*

Dylan Thomas

1. Premessa

La vicenda di cui ci occupiamo ha, nelle fasi precedenti come in quella attuale, già attirato grandemente l'attenzione della dottrina, sia costituzionalistica sia penalistica, per cui vale la pena darne solo un breve riassunto.

L'ordinanza con cui la Corte costituzionale ha deciso il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia trae origine dall'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione, terza sezione penale, e della Corte d'appello di Milano; ordinanze tramite le quali è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130 (*Ratifica ed esecu-*

* Associato di Diritto costituzionale nell'Università dell'Aquila.

zione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007), nella parte in cui autorizza la ratifica e rende esecutivo l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), per come è stato interpretato dalla sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea, 8 settembre 2015 in causa C-105/14, c.d. Taricco¹.

Come è noto, secondo tale interpretazione l'art. 325 del TFUE imporrebbe ai giudici interni di non applicare quanto prescritto dagli artt. 160, ult. comma, e 161, secondo comma, c.p., nel momento in cui tale combinato disposto impedisca l'effettività delle sanzioni in un numero considerevole di casi di frode gravemente lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero quando si verificano frodi contro gli interessi finanziari dello Stato membro soggette a termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione².

Tuttavia, sia la Corte di Cassazione sia la Corte d'Appello di Milano dubitano che tale via sia compatibile con i principi supremi dell'ordine costituzionale interno e con il rispetto dei diritti "inalienabili" della persona, con particolare riferimento al principio di legalità in materia penale³, cui viene ricondotto, nell'ordinamento giuridico interno, l'istituto della prescrizione, con tutte le conseguenze in termini di garanzia per il cittadino⁴.

¹ Sull'ordinanza in esame v. già i contributi di M. FERRANTE, *L'ordinanza della Corte costituzionale sull'affaire Taricco: una decisione "diplomática" ma ferma*, in *dirittifondamentali.it*; M. BASSINI-O. POLLICINO, *The Taricco Decision: A Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution*, in *verfassungsblog.de*; 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; C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *euoius.it*; V. GIGLIO, *La Consulta sul caso Taricco: analisi dell'ordinanza n. 24/17*, in *filodiritto.com*; P. FARAGUNA, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: "Gauweiler in the Roman Campagna"*, in *verfassungsblog.de*; 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 febbraio 2017; G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *diritticomparati.it*; 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 online*, 27 gennaio 2017; A. GUZZAROTTI, *I paradossi della vicenda Taricco*, in *laCostituzione.info*; D. GALLO, *La primazia del primato sull'efficacia (diretta?) del diritto UE nella vicenda Taricco*, in *sidiblog.org*; F. BAILO, *Il principio di legalità in materia penale quale controlimite all'ordinamento eurounitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo!) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco*, in *Consulta online*; V. FAGGIANI, *Lo strategico rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Osservatorio costituzionale*, Fasc. 1/2017, 9 marzo 2017; G. PICCIRILLI, *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida*, in *Consulta online*; 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 marzo 2017; F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2017; R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controlimiti' e scontro tra paradigmi*, in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2017; M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio costituzionale*, Fasc. 1/2017, 21 aprile 2017.

² Come è noto gli artt. 160, ult. comma, e 161, secondo comma, c.p., prevedono, per i reati fiscali aventi ad oggetto l'IVA, di regola e salvo casi particolari, un aumento di un quarto del tempo necessario a prescrivere. I giudici remittenti procedevano per reati di frode fiscale (grave) concernenti la riscossione dell'IVA; reati che, ai sensi della disciplina interna sulla prescrizione, sarebbero risultati prescritti. Essi quindi avrebbero, in teoria, dovuto applicare la decisione della Corte di Giustizia, escludere la prescrizione e decidere nel merito.

³ Il principio di legalità in materia penale comporta che tutte le scelte relative al regime della punibilità siano assunte solo ed esclusivamente dal legislatore (riserva di legge), nel rispetto peraltro del principio di tassa-

2. Il problema della determinatezza

Passiamo ora ad esaminare più nel dettaglio alcuni passaggi dell'ordinanza.

La prima parte della motivazione, che troviamo estremamente significativa, può essere letta al punto 2 del *considerato in fatto e diritto*; qui la Corte comincia una sorta di *actio finium regundorum* che verrà sviluppata anche oltre: da un lato viene ricordato il primato del diritto UE, dall'altro si sottolinea come questo primato incontri il limite dei principi supremi dell'ordinamento la cui violazione comporterebbe «l'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati, per la sola parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi»⁵.

Fin qui nulla di nuovo. Il primo elemento di novità (intorno al quale ruota il senso di tutta l'argomentazione) è, invece, nell'affermazione, salvo errore mai esplicitamente posta dalla Consulta, che il principio di legalità sia proprio uno di quei principi supremi in grado di fungere da controlimito⁶. Per la verità su un punto così centrale la motivazione appare al-

tività e di irretroattività. La disapplicazione degli artt. 160, ult. comma, e 161, secondo comma, c.p., concernente anche le condotte anteriori alla data di pubblicazione della sentenza Taricco, determinerebbe un aggravamento del regime della punibilità, per lo più retroattivo. Nell'ambito degli ordinamenti degli Stati membri, al contrario, si muove (prevalentemente) da una concezione diversa: una concezione processuale alla quale, in un certo senso, la sentenza Taricco rinvia. Per la Corte tuttavia la relativa scelta ordinamentale non riguarda né le competenze né le norme dell'Unione, non sussistendo, dunque, alcuna esigenza di uniformità in tale ambito giuridico. Ogni Stato membro sarebbe di conseguenza libero di optare per la concezione più conforme alla sua tradizione costituzionale.

⁴ Sulla sentenza Taricco cfr. M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2016; nonché ID., *I controlimiti e l'eterogeneità dei fini*, in *Questione giustizia*, 1/2015; R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2016; R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, in *federalismi.it*, Focus Fonti del diritto, 1/2016; M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 6 aprile 2016; A. VENEGONI, *Ancora sul caso Taricco: la prescrizione tra il diritto a tutela delle finanze dell'Unione Europea ed il diritto penale nazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2016; nonché ID., *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2015; E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale (Riflessioni sulla sentenza Taricco)*, in *Dir. pen. cont.*, 29 febbraio 2016; V. MANES., *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016; 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; G. REPETTO, *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata applicazione dei controlimiti*, in *Rivista AIC*, 2/2016; C. SOTIS, *Il limite come controlimito. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 14 ottobre 2016; M. BASSINI, *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in *Consulta online*, 12 febbraio 2016; M. CAIANIELLO, *Dum Romae (et Brucellae) Consulitur... Some considerations on the Taricco Judgement and Its Consequences at National and European Level*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2016; M. GAMBARDILLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2016, 1462 ss.; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2015; S. MANACORDA, *Per la Corte di giustizia le frodi gravi in materia di IVA si prescrivono troppo in fretta: note minime a prima lettura della sentenza "Taricco"*, in *Archivio penale*, n. 3/2015; O. MAZZA, *Scelte politiche "europee" e limiti costituzionali in tema di prescrizione del reato*, in *Archivio penale*, 3/2015, 775 ss.

⁵ Sul punto vengono richiamate le precedenti decisioni: sentenze n. 232 del 1989, n. 170 del 1984 e n. 183 del 1973.

⁶ Sul principio di legalità in materia penale cfr. S. LORUSSO, *Interpretazione, legalità processuale e convincimento del giudice*, in *Dir. pen. cont.*, 10 giugno 2015; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014; C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge in diritto penale*, Napoli, 2012; F. BRICOLA, *Sub art. 25 Cost.*, in Scialoja-Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, 1981; M.

quanto apodittica, addirittura appoggiata ad una mera constatazione di *autoevidenza*: «Non vi è inoltre dubbio che il principio di legalità in materia penale esprima un principio supremo dell'ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata retroattiva. Tale principio è formulato dall'art. 25, secondo comma, Cost., per il quale “Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”». Come si vede, al di là del richiamo testuale all'art. 25 Cost., non vi sono ulteriori argomentazioni che motivino la centralità e l'indefettibilità sistemica di detto principio. Possiamo essere personalmente concordi sul fatto che, *su un piano di percezione emotiva, la stretta legalità costituisca in maniera autoevidente* una porzione fondamentale del nostro sistema giuridico-costituzionale; tuttavia, stante l'importanza della decisione e la novità di tale affermazione, una maggiore diffusione nell'argomentazione sarebbe stata auspicabile.

L'ulteriore anello, nella forgiatura della catena argomentativa, consiste nel ricomprendere l'istituto della prescrizione all'interno del suddetto principio di legalità. Questo passaggio appare più argomentato del precedente: «Si tratta infatti di un istituto che incide sulla punibilità della persona e la legge, di conseguenza, lo disciplina in ragione di una valutazione che viene compiuta con riferimento al grado di allarme sociale indotto da un certo reato e all'idea che, trascorso del tempo dalla commissione del fatto, si attenuino le esigenze di punizione e maturi un diritto all'oblio in capo all'autore di esso»⁷. La prescrizione è dunque un istituto di diritto sostanziale e a tale inclusione presiede *un atto di valutazione*, vale a dire l'acquisizione di ragioni assiologiche e teleologiche idealmente sottoponibili al vaglio di ragionevolezza, una valutazione interna circa il grado di *allarme sociale* e un bilanciamento tra questo e il *diritto all'oblio* di chi viene sottoposto a processo⁸. Questo secondo punto ci pare particolarmente interessante: di solito la giustificazione della prescrizione viene ricondotta ad esigenze sistemiche, come la certezza delle situazioni giuridiche o la ragionevole durata dei

CHIAVARIO, *Norma (dir. proc. pen.)*, in *Enc. del dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 439 ss.; G. VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Novissimo Digesto*, XI, Torino, 1965, 493-506. Con particolare riferimento al diritto dell'Unione Europea, cfr. A. GAMBERINI, *La crisi della tipicità. Appunti per una riflessione sulla trasformazione della giustizia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2016; G.M. FLICK, *Il principio di legalità: variazioni sul dialogo fra Corte di Giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, 4/2014; O. DI GIOVINE, *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2012; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisprudenziale*, in *Criminalia*, 2011; C.F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010; A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009.

⁷ Punto 4 del considerato in fatto e in diritto. Viene posto un richiamo alla sentenza n. 23 del 2013.

⁸ Sull'istituto della prescrizione cfr. E. AMBROSETTI, *La riforma della prescrizione del reato tra progetti legislativi e alternative giudiziarie*, in *Archivio penale*, 2/2016; B. ROMANO, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, in *Dir. pen. cont.*, 15 febbraio 2016; A. MACCHIA, *Le proposte della Commissione Gratteri in tema di prescrizione: alcune riflessioni*, *Cass. pen.*, 9/2016; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2015; M. ROMANO, *Commentario al codice penale, sub artt. 44 e 157 c.p.*, 2011; M. NOBILI, M. DONINI, L. STORTONI, M. ZANOTTI, M. VIRGILIO, N. MAZZACUVA, *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro it.*, 1998; V. GREVI, *Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale*, in AA.VV., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997.

processi. Nell'affermazione di un diritto all'oblio rispetto all'azione penale pare intravedersi *la rottura di una visione legata solo al diritto oggettivo e la prefigurazione larvale di un diritto soggettivo a non essere processati* (quantomeno per una durata incongrua), un'evoluzione del classico *right to be let alone*⁹, inteso non solo come vigente nei confronti dell'opinione pubblica ma, addirittura, della stessa pretesa punitiva dello Stato.

Vi è poi un passaggio sul fatto che, nella giurisprudenza europea (sia UE che CEDU), la prescrizione sia considerata istituto di diritto processuale. La Corte risolve tale discrasia continuando la sua *actio finium regundorum* e affermando che la questione non riveste materia di diritto europeo: essa «*non riguarda direttamente né le competenze dell'Unione, né norme dell'Unione*» pertanto, e questo passaggio è fondamentale, «*non sussiste alcuna esigenza di uniformità nell'ambito giuridico europeo. Ciascuno Stato membro è perciò libero di attribuire alla prescrizione dei reati natura di istituto sostanziale o processuale, in conformità alla sua tradizione costituzionale*». È da notare come qui la Consulta introduca l'elemento centrale dell'argomentazione, *saldando il profilo della competenza con un motivo assiologico* che diventerà centrale nei passaggi successivi, vale a dire *il problema dell'identità costituzionale del singolo Stato membro*. Fino a questo punto del discorso, tuttavia, tale elemento assiologico sembra esistere solo come *Reflexwirkung*, come effetto riflesso della distribuzione competenziale: proprio perché tale materia è fuori dalle competenze dell'Unione allora pare espandersi la tradizione giuridica del singolo Stato membro, quasi una sorta di elemento residuale e accidentale o, meglio, che residua in capo allo Stato poiché *accidentalmente* fuori dalle competenze europee. Vedremo però come il discorso che porterà avanti la Corte nei passaggi successivi sarà completamente opposto, confutando questa impressione di residualità e accidentalità.

Acquisita la natura del principio di stretta legalità in materia penale come principio supremo e la natura del regime della prescrizione come declinazione di tale principio, la Corte giunge al centro della questione affermando che l'elemento da tenere in considerazione per assicurarsi che la sentenza Taricco non violi tali principi è quello della *determinatezza della fattispecie*. Determinatezza che può essere vagliata secondo due direttrici.

La prima è l'effettiva percezione del valore precettivo della disciplina, all'interno della quale *l'ambito temporale di punibilità* costituisce un dato irrinunciabile. Il giudice delle leggi si domanda cioè se «la persona potesse ragionevolmente prevedere, in base al quadro normativo vigente al tempo del fatto, che il diritto dell'Unione, e in particolare l'art. 325 del TFUE, avrebbe imposto al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen. in presenza delle condizioni enunciate dalla Corte di giustizia in causa Taricco». *Ad adiuvandum*, la Corte ricorda come la stessa giurisprudenza CEDU (che similmente a quella UE sposa una visione processuale della prescrizione) si riservi di sanzionare

⁹ Come è noto, ad ideare il "right to be let alone", ossia il diritto ad essere lasciati soli e in pace, furono due giovani avvocati di Boston, Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis con un saggio apparso il 15 dicembre 1890 sulla Harvard Law Review, The Right to Privacy.

uno Stato quando «non vi sia una base legale certa e prevedibile a sorreggere l'estensione del potere punitivo pubblico oltre il limite temporale previsto al tempo del fatto»¹⁰.

La seconda direttrice attraverso la quale si deve esplicitare *il principio di determinatezza* (e pertanto il vaglio della Corte) si declina a sua volta sulla domanda circa *il rispetto della riserva di legge e della legittima estensione della discrezionalità del giudice*. I due argomenti, sono all'inizio giustapposti nell'espressione della Consulta; tuttavia essi palesemente si saldano in un unico ragionamento, addirittura in un unico principio: poiché la riserva di legge è posta a presidio della determinatezza della fattispecie e al tempo stesso della divisione dei poteri, allora un principio (come quello espresso nella Taricco) che ammettesse un'eccessiva discrezionalità dell'organo giudicante lederebbe contemporaneamente entrambi i presidi garantisti. Come già detto, infatti, «*al potere del giudice ... non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale*». E così il decorso della prescrizione ed il calcolo di tale decorso «*devono essere il frutto dell'applicazione, da parte del giudice penale, di regole legali sufficientemente determinate*», altrimenti si arriverebbe ad una sorta di regime casistico della prescrizione, violando la riserva di legge ed il principio di separazione dei poteri.

Il vincolo di determinatezza della fattispecie diviene allora via (unica) attraverso cui, in materia penale, può esplicarsi la stessa primazia del diritto comunitario, poiché questo principio (presiedendo nella sua declinazione sistemica alla separazione dei poteri e nella sua accezione pratica a limite della discrezionalità giudiziaria) connota la materia penale sia nell'ordinamento italiano sia in quello eurounitario: «*Nell'ordinamento italiano, come anche nell'ordinamento europeo, l'attività giurisdizionale è soggetta al governo della legge penale; mentre quest'ultima, viceversa, non può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo al giudice. Non si può allora escludere che la legge nazionale possa e debba essere disapplicata se ciò è prescritto in casi specifici dalla normativa europea. Non è invece 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 qualunque mezzo rinvenuto nell'ordinamento*»¹¹.

3. La trama dell'unità e l'ordito delle differenze: l'argomento della ragione ultima

Esaurito questo primo livello problematico, la Corte passa ad esaminare il piano dell'utilizzo dei controllimiti.

Da questo punto in poi *l'argomentazione della Corte, al tempo stesso, si approfondisce e si amplia: si approfondisce assumendo natura assiologica e si amplia abbracciando,*

¹⁰ Sentenza 20 settembre 2011, OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos contro Russia.

¹¹ Punto 5, considerato in fatto e diritto, corsivi nostri. La dottrina aveva già segnalato, proprio in relazione alla sentenza Taricco, la tendenza della Corte di giustizia a indebolire i vincoli che la legalità costituzionale impone al giudice nazionale: «è comunque innegabile, e risalente, la tendenza della Corte di giustizia a lasciare al giudice penale apprezzamenti difficilmente compatibili con i vincoli interpretativi cui è astretto in base al diritto costituzionale nazionale». Così C. PINELLI, *Il giudice e la legge*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, 11.

nella propria visione, orizzonti sistemici. Come quasi tutti i ragionamenti circa l'ordine assiologico-giuridico, la riflessione si trasforma in quello che Habermas chiamerebbe un *discorso di autocomprensione*, ossia una riflessione sulla *identità etica di un gruppo sociale*¹². Una riflessione di grande momento che ricerca e traccia l'essenza, mi permetto di dire enfaticamente, l'anima dell'Unione, del suo senso più intimo, della sua ragione più profonda. Ragione che nel suo nucleo fondamentale la Corte rintraccia in un equilibrio delicato, tanto delicato da apparire come un vero e proprio ossimoro: *unità nella diversità*. «I rapporti tra Unione e Stati membri» dice il giudice delle leggi «sono definiti in forza del principio di leale cooperazione, che implica reciproco rispetto e assistenza. Ciò comporta che *le parti siano unite nella diversità. Non vi sarebbe rispetto se le ragioni dell'unità pretendessero di cancellare il nucleo stesso dei valori su cui si regge lo Stato membro.* E non vi sarebbe neppure se la difesa della diversità eccedesse quel nucleo giungendo ad ostacolare la costruzione del futuro di pace, fondato su valori comuni, di cui parla il preambolo della Carta di Nizza»¹³.

I due poli dell'ossimoro si fronteggiano, necessitano un imprescindibile bilanciamento e il punto di equilibrio di tale bilanciamento non può essere ritrovato che nella ragione intima di tale relazione: «la costruzione di un futuro di pace». L'unità non è dunque una scelta arbitraria, il suo perseguimento non ha ragioni di mera politica occasionale, né tantomeno è una opzione di tecnicismo economico; essa riposa su un sogno accarezzato dalla caduta dell'Impero romano: un'Europa in pace. La grande novità e la stessa evanescenza di questo sogno sfugge oramai alle nostre immediate percezioni, ottuse da settant'anni di quiete. Distratti dall'equilibrio di bilancio, dalle politiche monetarie, dalle quote-latte, dimentichiamo l'origine e la ragione dell'unità che stiamo perseguendo: *una pace perpetua* che, com'è noto, non può esistere senza giustizia. E la giustizia da sempre è rispetto delle ragioni di ognuno, *suum cuique tribuere*, equilibrio tra le ragioni dell'unità e quelle della diversità¹⁴.

¹² Sul concetto di autocomprensione cfr. J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats Inhalt*, trad. it. *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto*, Milano, 1996, *passim*, ma riportiamo qui il passaggio contenuto a pag. 191, dove leggiamo: «Le questioni etico-politiche si pongono appunto nella prospettiva di appartenenti che, su questioni decisive, vogliono mettersi d'accordo sulla forma di vita da condividere e sugli ideali con cui progettare la loro convivenza. La domanda etico-esistenziale già posta al singolare – "chi sono? chi vorrei essere? qual è il mio modello di vita?" – viene ora ripetuta alla prima persona plurale, mutando però di significato. L'identità di un gruppo si riferisce enfaticamente alle situazioni in cui gli appartenenti possono dire enfaticamente "noi" ... L'autocomprensione politico-culturale di una certa comunità storica porterà con sé (o farà modificare) rilevanti decisioni di valore ... Alle questioni etiche danno risposta consigli clinici che si formano sulla ricostruzione di una forma di vita consapevole, assimilata in modo critico e «sondante» ... Il senso prescrittivo di questi consigli è immaginabile come un dover-essere che non dipende da scopi o preferenze soggettive, ma ci dice quali modelli d'azione e orientamenti di valore siano "buoni per noi"». Sulla relazione tra il concetto identitario di costituzione e l'idea habermasiana dell'autocomprensione si vedano le belle riflessioni di F. RIMOLI, *Identità e metamorfosi: qualche considerazione sui luoghi del mutamento costituzionale*, in *Studi in onore di Alessandro Pace*, I, Napoli, 2011, 309 ss., ora in ID. *Democrazia, Pluralismo, Laicità. Di alcune sfide del nuovo secolo*, Napoli, 2013, 3 ss..

¹³ Punto 6 del considerato in fatto e diritto, corsivi nostri.

¹⁴ La dottrina ha da più parti ricordato che esiste una certa propensione della stessa Corte di giustizia a valorizzare le differenze ordinali interne degli Stati membri; ad esempio, pur muovendo da posizioni critiche rispetto alla scelta della Corte costituzionale nel caso di specie, F. DONATI, *Sovranità, democrazia e vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione europea*, in *Lo Stato*, anno IV, n. 7, 229 ss., ricorda che: «Alcuni precedenti della Corte di giustizia potrebbero essere di aiuto in tal senso, come ad esempio la sentenza resa sul caso *Omgal*, che ha ammesso la possibilità per uno Stato di limitare la libertà di circolazione dei beni e dei servizi, ove

Il senso della primazia europea allora non risiede in una distribuzione competenziale meramente funzionalistica, ma in un equilibrio di valori e di scopi al cui mantenimento è finalizzato tutto il processo europeo. «Il primato del diritto dell'Unione non esprime una mera articolazione tecnica del sistema delle fonti nazionali e sovranazionali. Esso riflette piuttosto il convincimento che l'obiettivo della unità, nell'ambito di un ordinamento che assicura la pace e la giustizia tra le Nazioni, giustifica una rinuncia a spazi di sovranità, persino se definiti da norme costituzionali. Al contempo la legittimazione (art. 11 della Costituzione italiana) e la forza stessa dell'unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 del TUE) nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la 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»¹⁵.

Se allora la ragione fondante dell'UE è questa delicata tessitura tra la trama dell'unità e l'ordito delle differenze, allora qualunque atto dell'Unione che strappasse tale tessitura violerebbe lo stesso fondamento della limitazione di sovranità statale, legittimando l'invocazione dei controlimiti. Dunque *la ragione della supremazia europea è, al tempo stesso, fondamento e limite di tale supremazia*, in un circolo assiologico e teleologico che trova il proprio *eschaton* nella propria *arché*. Questo modo di ragionare ciclico, che potremmo chiamare *argomento della ragione ultima*, è stato storicamente utilizzato dalle corti di tutto il mondo per decidere questioni di grande momento. Penso alla sentenza *Marbury v. Madison*¹⁶ e, similmente,

necessario per garantire il principio costituzionale di tutela della dignità umana riconosciuto dalla Costituzione tedesca. Questa impostazione ha trovato poi conferma nella sentenza resa sul caso *Dynamic Medien*, in cui la Corte di giustizia, ancora più nettamente che nel caso *Omega*, ha dimostrato la propria disponibilità a farsi carico di specifici valori costituzionali considerati irrinunciabili in uno Stato membro, ancorché non ascrivibili ad una "tradizione costituzionale comune" all'interno dell'Unione. In queste decisioni la Corte di Lussemburgo ha garantito il rispetto dei valori costituzionali degli Stati membri, ancorché non condivisi all'interno dello spazio giuridico europeo, in linea con le esigenze prospettate dalla Corte di Roma. Resta comunque il fatto che, secondo la Corte di giustizia, il meccanismo della protezione più estesa non può operare a danno del principio di preminenza e uniforme applicazione della normativa europea in tutti gli Stati membri».

¹⁵ Sempre il punto 6 del considerato in fatto e in diritto, corsivi nostri.

¹⁶ «This original and supreme will organizes the government and assigns to different departments their respective powers. It may either stop here or establish certain limits not to be transcended by those departments. The Government of the United States is of the latter description. The powers of the Legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken or forgotten, the Constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may at any time be passed by those intended to be restrained? The distinction between a government with limited and unlimited powers is abolished if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed are of equal obligation. It is a proposition too plain to be contested that the Constitution controls any legislative act repugnant to it, or that the Legislature may alter the Constitution by an ordinary act. *Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law; if the latter part be true, then written Constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power in its own nature illimitable.* Certainly all those who have framed written Constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be that an act of the Legislature repugnant to the Constitution is void. This theory is essentially attached to a written Constitution, and is consequently to be considered by this Court as one of the fundamental

alla decisione della Corte costituzionale n. 1146 del 1988¹⁷. In entrambe le sentenze, che mi hanno sempre colpito per la somiglianza del loro procedere argomentativo, si ragiona teologicamente *a contrario*, definendo inaccettabili, rispetto allo *scopo del sistema*, gli esiti opposti alle loro conclusioni, evocando alternative tra le quali non può esistere alcun *middle ground*, poiché il sistema costituzionale stesso perderebbe il proprio senso, divenendo un *absurd attempt* ove la sua *ragione ultima* non potesse venire protetta (e perciò autenticamente implementata) tramite le più elevate forme della garanzia giudiziaria. Così i giudici delle leggi hanno utilizzato questo tipo di ragionamento attingendo la legittimazione delle proprie decisioni (spesso addirittura creative di competenze) interrogandosi sulle *ragioni ultime del sistema* e su come tali ragioni dovessero definire il diritto oggettivo e il proprio ruolo di giudici. Il risultato di tali decisioni è stato, nella storia come, credo, in questo momento, a propria volta conformativo (*rectius* performativo) del sistema stesso, poiché la risposta ad un interrogativo posto sulla sostanza dell'ordinamento giuridico non può che ridondare sulla sua forma effettiva.

4. *luxta propria principia*

Abbiamo finora visto come il discorso della Corte si sia svolto lungo due grandi direttrici: la prima competenziale (*l'actio finium regundorum*), la seconda assiologica.

A questo punto le due argomentazioni cominciano a collimare, sviluppando un vero e proprio discorso identitario che la Consulta svolge in relazione al sistema costituzionale italiano ed europeo. La specificità dell'identità costituzionale del sistema giuridico italiano (insieme al dovere dell'UE di rispettare tale specificità) diviene il mozzo intorno al quale ruota la restante parte della motivazione. «Il diritto dell'Unione, e le sentenze della Corte di giustizia, che ne specificano il significato ai fini di un'uniforme applicazione, *non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale*. Naturalmente» e qui torna *l'actio finium regundorum* «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 ciascun Stato membro. È perciò ragionevole attendersi che, nei casi in cui tale valutazione non sia di immediata evidenza, il giudice europeo provveda a stabilire il significato della normativa dell'Unione, rimettendo alle autorità nazionali la verifica circa l'osservanza ultima dei principi supremi dell'ordinamento nazionale»¹⁸. Allora «il convincimento di questa Corte, del quale si chiede conferma alla Corte di giustizia, è che con tali as-

principles of our society. It is not, therefore, to be lost sight of in the further consideration of this subject» (*Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 176-177 [1803], corsivi nostri).

¹⁷ «Non si può, pertanto, negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale. *Se così non fosse, del resto, si perverrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore*» (sent. n. 1146/1988, punto 2.1 del *Considerato in diritto*, corsivi nostri).

¹⁸ Cfr. ancora il punto 6, corsivi nostri.

serzioni si sia inteso affermare *che la regola tratta dall'art. 325 del TFUE è applicabile solo se è compatibile con l'identità nazionale dello stato membro, e che spetta alle competenti autorità di quello Stato farsi carico di una siffatta valutazione*¹⁹.

Come detto il piano della competenza si sposa qui con il discorso identitario, anzi il secondo diviene conseguenza formale del primo o, se si preferisce utilizzare una terminologia aristotelica, il primo è causa finale del secondo. Ciascuno dei due giudici è, dunque, posto a presidio della propria identità assiologica e dell'universo di senso che da tale identità deriva; ciascun giudice interpreta e decide *iuxta propria principia*, o meglio secondo i principi del sistema giuridico di cui egli è parte ed espressione.

Nel caso di specie la sostanzialità del concetto di prescrizione tipico dell'ordinamento italiano si pone come controlimite perché centrale nel sistema interno e fuori dalla possibilità valutativa della Corte di giustizia: «L'impedimento del giudice nazionale a applicare direttamente la regola enunciata dalla Corte *non deriva da un'interpretazione alternativa del diritto dell'Unione, ma esclusivamente dalla circostanza, in sé estranea all'ambito di applicazione materiale di quest'ultimo, che l'ordinamento italiano attribuisce alla normativa della prescrizione il carattere di norma del diritto penale sostanziale* e la assoggetta al principio di legalità espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost. *È questa una qualificazione esterna rispetto al significato proprio dell'art. 325 del TFUE, che non dipende dal diritto europeo ma esclusivamente da quello nazionale*»²⁰.

La Consulta pone poi un *etiamsi daremus* di groziana memoria: «Anche se si dovesse ritenere che la prescrizione ha natura processuale, o che comunque può essere regolata anche da una normativa posteriore alla commissione del reato, ugualmente resterebbe il principio che l'attività del giudice chiamato ad applicarla deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate»²¹. Questo secondo argomento è posto parallelamente al primo eppure è coincidente in termini di senso. Anche qui siamo davanti allo svolgimento di un discorso identitario: la riserva di legge e il conseguente principio di determinazione legale della fattispecie, viene assunto come un principio supremo e pertanto invalicabile dal diritto europeo e presidiato dal giudice delle leggi.

5. Un nuovo tipo di monito

Vorrei ora spendere due parole sulla struttura dell'ordinanza in questione che mi pare una sorta di riedizione, aggiornata secondo la peculiarità delle circostanze e dei soggetti coinvolti, delle vecchie sentenze monitorie.

¹⁹ Punto 7 del considerato in fatto e diritto, corsivi nostri.

²⁰ Punto 8 del considerato in fatto e diritto, corsivi nostri.

²¹ Punto 9 del considerato in fatto e diritto. Specificando quanto appena detto la Consulta continua dicendo che «L'art. 325 del TFUE, pur formulando un obbligo di risultato chiaro e incondizionato, secondo quanto precisato dalla Corte di giustizia, omette di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo».

Com'è noto da sempre la Corte si rappresenta gli esiti e le conseguenze delle proprie decisioni di accoglimento. Tali conseguenze non riguardano esclusivamente gli aspetti giuridico-normativi ma anche, e soprattutto, l'impatto che il suo intervento può determinare a livello economico-sociale, sull'indirizzo politico o sull'attività giurisdizionale²².

Nella presenza, tra quelle possibili, di più soluzioni idonee a rendere la norma compatibile con il parametro costituzionale risiede la causa della impossibilità per la Corte di intervenire direttamente rimuovendo l'incostituzionalità della norma oggetto.

In tali ultime ipotesi, pertanto, la Consulta, ha dovuto elaborare il proprio armamentario concettuale e utilizzare strumenti alternativi; tra i molti qui ci interessano le c.d. sentenze monitorie che, come è noto, sono al tempo stesso, atti di *self-restraint* e di *moral suasion*²³. Più che l'elemento funzionale (le ragioni per cui tale strumento è utilizzato) ci interessa qui il profilo strutturale soprattutto in relazione al fenomeno (intrinsecamente legato a quello del monito) della c.d. *doppia pronuncia*.

Quando la Corte riscontra l'esistenza di una situazione di incompatibilità tra la norma oggetto e il dettato costituzionale, ma allo stesso tempo ritiene di non poter procedere con una dichiarazione di incostituzionalità, conclude il giudizio con una decisione di infondatezza o di inammissibilità e in motivazione enuncia, più o meno esplicitamente, un invito al legislatore affinché intervenga a sanare il vizio di costituzionalità e a modificare la disciplina oggetto del sindacato, in modo tale da renderla conforme a Costituzione.

Il monito può assumere, in taluni casi, le caratteristiche di un vero e proprio "ultimatum", in forza del quale la Corte si rivolge al Parlamento in modo talmente deciso e pressante da risultare, per il soggetto destinatario, l'ultima possibilità di intervento, poiché, in caso di inerzia, la successiva decisione sarà presumibilmente di accoglimento²⁴; è questo il meccanismo della c.d. *doppia pronuncia*: un fenomeno complesso nel quale ad una prima decisione monitoria (che è sia una autolimitazione della propria azione sia una compulsazione all'azione del legislatore) segue, in caso di inerzia legislativa, una seconda pronuncia di accoglimento, solitamente manipolativa²⁵.

²² La consapevolezza da parte della Corte della possibilità che le proprie pronunce di accoglimento producano effetti che vanno oltre la mera dichiarazione di incostituzionalità della norma impugnata ha spinto il Giudice costituzionale ad adottare anche un altro tipo di decisione, di c.d. modulazione degli effetti temporali delle decisioni. Tale modulazione può avvenire sia pro futuro, sia limitando la regola generale della retroattività della dichiarazione di incostituzionalità della legge. Da questo punto di vista la sentenza monitoria rientra all'interno della prima categoria, poiché consente, ritardando l'accoglimento della questione, al Parlamento di intervenire.

²³ Sul tema cfr. R. Pinaridi, *L'inammissibilità di una questione fondata tra moniti al legislatore e mancata tutela del principio di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 379 ss.; nonché Id., *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, 1993, 80 ss.; G. Zagrebelsky-V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 408 ss.; V. Onida, *Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del parlamento*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u. c., della Costituzione*, Milano 1993, 36 ss.; L. Pegoraro, *Le sentenze-indirizzo della Corte costituzionale italiana*, Padova, 1984; M.C. Grisolia, *Alcune osservazioni sulle "sentenze comandamento" ovvero sul "potere monitorio" della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1982, 926 ss.

²⁴ Come è noto, quando la decisione riconosce esplicitamente l'incompatibilità tra la normativa oggetto di impugnazione ed i principi costituzionali, in dottrina si è soliti parlare di sentenze di incostituzionalità accertata, ma non dichiarata o di sentenze di rigetto o di inammissibilità, con accertamento di incostituzionalità.

²⁵ Sul meccanismo delle doppie pronunce cfr. M. Ruotolo, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012; G. Zagrebelsky-

Ora l'ordinanza *de qua* sembrerebbe possedere, sul piano strutturale e funzionale, alcune caratteristiche tipiche delle decisioni monitorie.

In primo luogo la scelta di *self-restraint*: la Consulta sceglie di non colpire la norma oggetto del proprio giudizio. Certo la ragione di tale scelta autolimitante (almeno per quanto dice la Corte) non attiene ad un presunto difetto di competenza quanto ad una supposta possibilità di fraintendimento circa la decisione della Corte di giustizia. È chiaramente nulla più che un artificio retorico, un modo per aprire un dialogo (ancorché polemico come vedremo tra poco) con il giudice UE, l'apertura di una scappatoia per evitare l'esplosione del conflitto.

In secondo luogo vi è la prefigurazione della possibilità di una seconda pronuncia, l'invocazione dei principi supremi dell'ordinamento e la conseguente sentenza di accoglimento. In tal modo la Corte sembra voler "riciclare", all'interno del dialogo tra corti, il meccanismo della *doppia pronuncia*.

Certo se sono evidenti alcune somiglianze non dobbiamo trascurare alcune differenze: la più importante di tutte riguarda certamente i soggetti coinvolti che in questo caso sono due giudici (sia pur del tutto particolari) e non un giudice e un organo legislativo. *Tale differenza subiettiva ridonda sul piano dell'oggetto*: oggetto che non è qui una disposizione ma un'interpretazione, anzi, per essere più precisi, la supposta interpretazione che la Corte per il momento paventa (interpretando a propria volta) che il giudice eurounitario stia accogliendo. Addirittura la distanza tra l'oggetto della futura decisione e l'oggetto dell'attuale giudizio non potrebbero essere più distanti che in questo caso. Infatti ad essere suscettibile di ablazione sarà non la norma per come interpretata ma la norma del Trattato che consente l'ingresso nel nostro ordinamento di una simile interpretazione.

V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., 410 ss.; F. Modugno, *Considerazioni sul tema*, in Aa.Vv., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1989; G. Zagrebelsky, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità: possibilità e limiti*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere: atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989, 195 ss.; A. Ruggeri, *Vacatio sententiae, "retroattività parziale" e nuovi tipi di pronunce della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1988, 924 ss.; A. Pizzorusso, *Dalle "doppie pronunce" alle decisioni "overruling" (Nota a c. cost. 16 marzo 1971, n. 49)*, in *Giur. Cost.*, 1971, 527. Un esempio recente di sentenza monito seguita da sentenza di accoglimento è la decisione n. 45 del 2015, in la Corte è tornata ad occuparsi della questione dei c.d. "eterni giudicabili", ossia di quegli imputati che versano, a causa del loro stato mentale, in una condizione irreversibile di incapacità processuale, che pertanto determina la sospensione del procedimento e della prescrizione del reato loro contestato. Nella precedente sentenza, la n. 23 del 2013, la Corte, dichiarando, a causa della pluralità di soluzioni possibili, l'inammissibilità della questione, aveva avuto modo di affermare che, in ogni caso, «non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia». Come spesso accade, tale monito è rimasto inascoltato. Nella richiamata decisione del 2015 la Corte ha quindi dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 3 Cost., dell'art. 159, primo comma, cod. pen., nella parte in cui, ove lo stato mentale dell'imputato fosse tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento e questo venisse sospeso, non escludeva la sospensione della prescrizione quando fosse stata accertata l'irreversibilità di tale stato. Su tale questione v. D. Micheletti, *"Eterni giudicabili": dal monito alla dichiarazione d'illegittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2/2015, 380 ss.; M. Daniele, *Il proscioglimento per prescrizione dei non più "eterni giudicabili". La sorte degli imputati affetti da incapacità processuale irreversibile dopo la sentenza 45/2015 della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.* 20 aprile 2015; nonché H. Belluta, *Il tema degli "eternamente giudicabili" torna davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2014; G. Leo, *Il problema dell'incapace «eternamente giudicabile»: un severo monito della Corte costituzionale al legislatore*, in *Dir. pen. cont.* 18 febbraio 2013.

Tuttavia, seguendo l'insegnamento aristotelico, per definire l'essenza di un fenomeno dobbiamo far riferimento alle sue parti sostanziali; mi sembra di poter affermare che gli elementi discrasivi siano fortemente accidentali rispetto ai tre elementi sostanziali (*self-restraint*, *intento monitorio*, *possibile doppia pronuncia*) che caratterizzano questa vicenda.

6. *Contra negantem principia...*

A questo proposito vorrei dire che, a mio avviso, nella lettura del fenomeno noto come *dialogo tra le corti* esiste un certo fraintendimento: seguendo una delle fortunate tassonomie di Massimo Luciani, possiamo dire che questo fenomeno può essere letto secondo una prospettiva irenica o secondo una prospettiva polemica²⁶.

Le due visioni si muovono secondo elementi di senso profondamente diversi e addirittura oppositivi. La prima immagina il dialogo tra corti come luogo privilegiato dell'integrazione europea, un meccanismo virtuoso di comprensione reciproca, di progressiva armonizzazione dei contenuti assiologici costituzionali, una via verso il superamento della parte più deteriore della prospettiva nazionale (*rectius* nazionalista). Per la seconda il dialogo tra corti è una lettura dell'esistente completamente illusoria, preda di un ottimismo illuminista, una *doxa* diffusa che cela l'*aletheia* di rapporti di forza completamente asimmetrici nei quali la prevalenza delle corti sovranazionali (soprattutto quella di Lussemburgo) non è altro che uno strumento egemonico volto a svuotare la sovranità nazionale e, in definitiva, lo stesso principio democratico.

Ovviamente le due prospettive polarizzano il differente *favor* degli autori rispetto a quale sia la miglior sorte dello stato-nazione: la prospettiva c.d. irenica è incline ad una visione intrinsecamente sovranazionale, confidando che anche al superamento dell'idea di sovranità nazionale possano sopravvivere, addirittura in una prospettiva di accrescimento, le conquiste del costituzionalismo; la prospettiva polemica pone invece un nesso di implicazione necessaria tra la sovranità dello stato-nazione ed i principi del costituzionalismo democratico, minacciato dal tecnicismo economicista dei poteri transnazionali.

Ci pare che il contenuto di questa decisione, veicolato dalla struttura monitoria di cui abbiamo sopra discusso, sia la miglior confutazione della rigidità di questa opposizione.

²⁶ Cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1643 ss.; nonché ID., *La crisi del diritto nazionale*, in *Diritto, Legge, Giustizia*, L. VIOLANTE (a cura di), vol. 14 degli *Annali della Storia d'Italia*, Torino, 1998 e ID., *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, n. 1/1996. Sul dialogo tra le Corti v. A. RUGGERI, *"Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, in *diritticomparati.it*; T. GROPPI - A.M. LECIS COCCO-ORTU, *Le citazioni reciproche tra la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo: dall'influenza al dialogo?*, in *federalismi.it*, 19/2013; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; G. INSOLERA, *Cassandra e il grande potere giudiziario*; G. TARLI BARBIERI, *La scommessa dei controlimiti. Problemi e prospettive del giudizio di costituzionalità a margine della vicenda Taricco*, entrambi in *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, C. PAONESSA-L. ZILETTI (a cura di), *Atti del Convegno organizzato dall'Unione delle Camere penali*, Firenze, 30 ottobre 2015, 139 ss.

Vorrei mettere in chiaro preliminarmente una cosa: io credo nel valore euristico delle categorie. Mi pare che di questi tempi si faccia largo l'idea (o almeno il vagheggiamento dell'idea) che le opposizioni dogmatiche siano ipostasi troppo generiche per descrivere la complessità del reale e che, pertanto, esse vadano abbandonate. Forse influenzato da alcune letture neokantiane (che mi è capitato negli anni di frequentare), ammetto di continuare a confidare nell'utilità epistemica delle categorie teorico-dogmatiche. È vero sicuramente che avvicinando lo sguardo potremo trovare diversità ed eccezioni irriducibili o, quantomeno, eccentriche rispetto all'originale tassonomia, tuttavia rimane indiscutibile il valore di questa per descrivere la dorsale di senso di un fenomeno; sarà ad esempio pur vero che l'intervento sulla Costituzione dei poteri ridonda nella Costituzione dei diritti, ma il discrimine tra le due rimane emblematico per (quantomeno) riassumerne la distinta natura. Tuttavia, è ugualmente vero che le categorie vanno continuamente ridiscusse e problematizzate per seguire la miglior comprensione di una realtà in movimento.

Per tornare da dove eravamo partiti, sintetizziamo le due opposizioni di cui sopra in questo modo: *per la posizione irenica esiste un vero e proprio dialogo, per la posizione polemica no*. In realtà, la decisione in esame mostra un fenomeno diverso che ibrida le due posizioni e supera entrambe fino a ricongiungere il significante "dialogo" con il suo autentico significato. Il dialogo di per sé è, infatti, confronto di idee opposte; esso può essere aspro, conflittuale, persino viziato da insanabili elementi di incomunicabilità. Che un dialogo razionale giunga ad una sintesi superiore e condivisibile da tutti i partecipanti razionali è, in una prospettiva realistica e antihabermasiana, una mera illusione. In definitiva, *il dialogo autentico, come autentica opposizione di tesi, è intrinsecamente polemico*.

Similmente *la posizione della Corte pur essendo profondamente dialogica è, pure, apertamente polemica*; inoltre, anche dal punto di vista dialogico, il fatto che l'argomentazione si muova sul piano dei principi supremi assume un valore di tutta rilevanza. I valori, infatti, non sono solo il fondamento della Costituzione, essi ad un superiore grado di astrazione, sono *il tessuto stesso del senso che attribuiamo alle cose*. Il dialogo necessariamente si arresta quando gli interlocutori non condividano i medesimi riferimenti assiologici: *contra negantem principia non disputandum est*. E proprio la necessaria interruzione del dialogo preannuncia il giudice delle leggi quando afferma che il senso della sentenza della Corte di giustizia deve essere interpretato anche alla luce dei valori dei vari Stati, pena l'interruzione del dialogo.

Abbiamo già detto che la decisione della Consulta si muove in un contesto di auto-comprensione identitaria: la presa di posizione della nostra Corte deriva dalla qualificazione della prescrizione come elemento di diritto sostanziale (come declinazione del principio di stretta legalità) e dall'attribuzione a tale elemento (insieme a quello della riserva di legge) del rango di principio supremo. Una scelta che definisce la forma e la sostanza assiologica del nostro sistema.

In realtà, il ragionamento è ancora più complesso e possiede una portata addirittura maggiore: il discorso di auto-comprensione parte dalla definizione identitaria del nostro ordinamento ma non si conclude su questo piano. Il giudice delle leggi si spinge, infatti, a delineare, *secondo la propria visione, l'equilibrio di valore dell'intero multisistema europeo, in*

una concezione che si basa sulla giusta mediazione tra istanze unitarie e istanze pluralistiche. La futura sentenza della Corte di giustizia rappresenterà anche essa un atto di auto-comprensione, un atto che definirà la visione del disegno assiologico della Unione Europea secondo i giudici di Lussemburgo. Siamo davvero di fronte ad un discorso di autocomprensione nel quale i dialoganti sono entrambi portatori di altrettante visioni: il punto di equilibrio di queste due *Weltanschauungen* definirà il nuovo *Wertordnung* europeo.

Se accettiamo i postulati dell'*Etica del discorso* nella ricostruzione di Jürgen Habermas e di Karl-Otto Apel²⁷, allora dobbiamo affermare che, in un dialogo autentico, i dialoganti non possono che essere posti su uno stesso piano di legittimazione; in tal senso, questa ordinanza mi pare il primo vero momento di dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia e la miglior dimostrazione che un vero atto dialogico, non irenicamente inteso, può spezzare i profili egemonici oramai troppo presenti nel sistema europeo.

7. Divagazione minima sui massimi sistemi: sovranità vs identità

Il profilo teorico della polemica tra euroscettici ed europeisti, ridonda di solito in una parallela opposizione tra visioni sovraniste e antisovraniste. Era dunque naturale che una parte della dottrina bollasse la decisione in esame come meramente "sovranista"²⁸.

In realtà, in questo caso, mi pare che la decisione della Consulta descriva una via parzialmente diversa e più rappresentativa di una miglior ricostruzione delle premesse teoriche dello Stato costituzionale. In questo senso i controlimiti (o meglio il loro utilizzo) sarebbe un bene per gli euroscettici-sovranisti ed un male per gli europeisti-antisovranisti²⁹.

La dottrina più netta definisce addirittura i controlimiti come «usbergo della statualità»³⁰. Una tesi questa di sapore decisamente schmittiano; non è casuale che l'Autore insista sulla possibilità (addirittura della maggior legittimazione) da parte degli organi politici di invocare tali limitazioni, secondo una ricostruzione che ricorda molto quella espressa da Schmitt in *Der Hüter der Verfassung*³¹.

²⁷ L'espressione "Etica del discorso" è stata espressamente coniata da J. HABERMAS, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, trad. it., *Etica del discorso*, Roma-Bari, 1985; tuttavia un primo abbozzo degli elementi fondamentali di tale teoria si trovano già in K.-O. APEL, *Transformation der Philosophie*, trad.it (parziale) *Comunità e comunicazione*, Torino: Rosenberg & Sellier, 1977. Un confronto tra i due Autori, sul punto, è svolto da V. MAZZOCCHI, *Introduzione a K.-O. APEL, Discorso, verità, responsabilità*, Milano, 1997, 9 ss..

²⁸ Con particolare nettezza in tale senso F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2017, *passim*.

²⁹ R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, cit.; P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015, 11 ss.; nonché ID., *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, in *Forumcostituzionale*, 2 novembre 2014.

³⁰ M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, cit., 89.

³¹ M. LUCIANI, *Il brusco risveglio cit.*, 9; critico sul punto C. PINELLI, *L'individuazione dei parametri costituzionali ed il controllo sulla non manifesta infondatezza della questione*, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2016, 12 nota 16, secondo il quale demandare agli organi politici la tutela dei controlimiti equivarrebbe «violare l'indipendenza dei giudici in ipotesi coinvolti».

Per quanto mi riguarda devo dire che l'identificazione tra sovranità popolare/statale e controlimiti non mi ha mai convinto³². Non nego che tale tesi sia piuttosto diffusa ed abbia anche il pregio di una immediata comprensibilità, tuttavia non la trovo né teoreticamente coerente né descrittivamente adeguata. Personalmente, ritengo che l'essenza dei controlimiti sia l'identità assiologica di un sistema costituzionale e che tale identità sia cosa diversa dalla sovranità popolare; esse appaiono categorie distinte sia dal punto di vista teorico-fondativo, sia dal punto di vista empirico-funzionale.

*Dal punto di vista teorico-fondativo l'identità di un gruppo sociale precede la sovranità di quello stesso gruppo. L'identità rappresenta la condizione o meglio quell'insieme di condizioni secondo le quali la sovranità può essere esercitata; quell'insieme di condizioni secondo le quali i legislatori sono legittimati a legiferare, i giudici a giudicare ed i cittadini sono disposti ad obbedire a leggi e sentenze. Sia che lo Stato possieda un'identità autocratica, liberal-democratica o democratico-pluralista la sovranità non è altro che il modo attraverso il quale il potere può esercitarsi secondo quell'identità. L'identità è il *prius* e la sovranità il *posterius*.*

Si potrebbe obiettare che la questione sia nominalistica, che la sovranità fondi l'identità nella scelta costituente; tuttavia a questa obiezione potremmo rispondere invocando la distinzione tra una sovranità costituente ed una sovranità costituita; tuttavia, a costo di sembrare romanticamente liberale, preferisco pensare che alla base dell'identità di ogni creazione sociale ci sia prima di tutto l'autodeterminazione di ciascun singolo e solo conseguenzialmente la sovranità di un popolo. Preferisco pensare che alla base degli aggregati umani ci sia la libertà e non l'autorità, i diritti e non il potere. Certo il potere è il mezzo attraverso cui la società nasce e si conserva, ma voglio pensare che la libertà sia lo scopo e la ragione del potere. I controlimiti sono certamente una *manifestazione concreta* di potere sovrano, ma questo non esaurisce la loro natura che risiede nei valori fondanti del patto costituente.

Dal punto di vista funzionale l'identificazione tra sovranità e identità appare ugualmente contraddittoria. Non è un caso che la dottrina di cui sopra con un'acuta (ma non divisibile) ricostruzione arrivi a sostenere che i controlimiti sarebbero "uni" strutturalmente e "bini" funzionalmente; in questo volendo significare che essi, nati per difendere la sovranità, avrebbero finito per svolgere, almeno in un'occasione, una funzione di limite alla sovranità stessa³³. In realtà mi pare che la contraddizione non sia nella dimensione funzionale dei con-

³² Ugualmente critico di tale impostazione C. PINELLI, *L'individuazione dei parametri costituzionali ed il controllo sulla non manifesta infondatezza della questione*, cit. 12 ss., dove leggiamo: «Mentre è pacifico che la sovranità popolare rientri fra i controlimiti, e dunque fra i principi supremi in quanto elementi identificativi e perciò irrinunciabili del nostro ordinamento, la tesi che ne costituisca il fondamento è palesemente eccentrica rispetto alla prospettiva della giurisprudenza costituzionale, sia perché, per quella via, la Corte dovrebbe sancire una gerarchizzazione fra principi supremi che ha finora evitato per le giuste ragioni che si sono prima evidenziate, sia perché, una volta convertita nella tesi che la sovranità popolare costituisca il principio supremo cui commisurare sempre e comunque, in quanto fondamento di tutti gli altri, la legittimità anche delle leggi costituzionali, urterebbe contro la corrente configurazione di tale fonte quale massima espressione del potere costituito, nonché contro l'inscindibile connessione, nel testo e nelle sue prevalenti interpretazioni, fra titolarità e forme e limiti di esercizio della sovranità popolare».

³³ Ci riferiamo alla tesi di M. Luciani espressa in I controlimiti e l'eterogeneità dei fini, diffusamente; a proposito della sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014. Su quest'ultima sentenza v. T. Groppi, La

trolimiti ma nella tesi che, identificando sovranità e controlimiti, proietta su di essi la discrasia di una duplice e intrinsecamente contrastante funzione.

Quando parliamo di controlimiti parliamo in realtà proprio di una funzione; la struttura dietro a questa funzione sono i principi supremi della Costituzione, di ciascuna Costituzione. Sono i principi supremi che svolgono sempre e coerentemente un'unica funzione "controlimitante". Funzione che è propriamente unitaria perché identitaria: essi valgono, nella loro capacità di aggregazione del gruppo sociale e di legittimazione della stessa sovranità, in quanto sono quelli e non altri; la loro natura è quella di Grenzbegriff, di concetto limite, di conservazione della propria stessa essenza, della propria indisponibilità anche nei confronti della sovranità popolare.

Come ha avuto modo di affermare autorevole dottrina essi hanno naturalmente *una funzione limitatrice svolgendo un'azione protettiva nei confronti del nucleo di senso dell'ordinamento costituzionale*³⁴; una funzione limitatrice diretta nei confronti dell'attività di produzione normativa che si declina tanto *ad extra*, come argine nei confronti di diritto proveniente da ordinamenti esterni, quanto *ad intra*, come parametro di legittimità nei confronti del legislatore (persino nella sua veste costituzionale)³⁵. Personalmente ho sempre ritenuto che tale funzione non sia altro che *la manifestazione sul piano giuridico di una qualità connotata ai valori come categoria filosofica: l'essere destinati a permanere, come sostanza, rispetto al fluire di ciò che è meramente accidentale ma anche di ciò che pur non accidentalmente, ma come sostanza autonoma e antagonista, li vuole cancellare*³⁶.

Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana, in Consulta online, Studi del 2015; C. Meloni, La Corte costituzionale annulla gli effetti della decisione della CIG in materia di immunità giurisdizionale dello Stato estero, in Dir. pen. cont., 24 ottobre 2014; A. Ruggeri, La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014), in Consulta online, Studi del 2014; R. Dickmann, Il "Diritto al giudice" di cui all'art. 24 Cost., come principio supremo e limite al diritto internazionale generalmente riconosciuto, in federalismi.it, 19 novembre 2014; A. Tanzi, Sulla sentenza Cost. 238/14: cui prodest?, A. Guazzarotti, Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014; S. Lieto, Il diritto al giudice e l'immunità giurisdizionale degli Stati nella sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014; S. Leone, *Sul dispositivo della sentenza n. 238 del 2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali presso Palazzo della Consulta*; L. Gradoni, *Corte costituzionale italiana "controvento" sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, tutti in *Forum Quaderni costituzionali*; S. Senese, *Corte costituzionale e sovranità*; G. Silvestri, *Sovranità vs diritti fondamentali*; E. Lupo, *I controlimiti per la prima volta rivolti verso una sentenza della Corte Internazionale di giustizia*; N. Colacino, *La conferma della regola attraverso l'eccezione? Immunità statale ed esercizio della giurisdizione sui "crimina" iure imperii*; E. Lamarque, *La Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere anche mordere*; F. Girelli, *Alla ricerca di un'applicazione condivisa dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione*; L. Marini, *I conflitti fra Italia e Germania tra Corte costituzionale, Corte internazionale di giustizia e Consiglio di sicurezza*, tutti in *Questione giustizia*.

³⁴ Cfr. F. MODUGNO, *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in *Esperienze giuridiche del '900*, Milano, 2000, 100 ss..

³⁵ Tale distinzione è di F. CASAVOLA, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1995, V, 155; il quale distingue ulteriormente tra un'azione «Difensiva verso il diritto esterno e verso le riforme costituzionali che alterino la forma di Stato da quei principi strutturata; correttiva del diritto interno costantemente ricondotto a conformità a Costituzione». Chi scrive ritiene, tuttavia, che entrambi questi modi di agire possano ricondursi (in un rapporto di *species a genus*) sotto la c.d. *funzione limitatrice*.

³⁶ Ho provato a esprimere qualche considerazione sul punto in A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*. Napoli, 2007, diffusamente ma in particolare 406 ss..

Prova empirica di tale ragionamento è la sentenza 1146 del 1988 dove la Corte ha affermato che i principi supremi si sottraggono anche alla revisione costituzionale che, per quanto io ne abbia contezza, è la manifestazione più intensa di sovranità popolare all'interno dei poteri costituiti. Attivando la funzione costituente la sovranità popolare non potrebbe cambiare i principi supremi? Astrattamente sì; ma questo non inficia il nostro ragionamento né dal punto di vista pratico né da quello teorico. Sotto il primo profilo ritengo che, allo stato della coscienza giuridica diffusa, un simile rivolgimento potrebbe avvenire, non solo al di fuori di ogni ordinario circuito nomopoietico, ma addirittura con una rivoluzione armata; dunque in modo tale da sancire la fine del sistema costituzionale per come noi lo conosciamo. Per ciò che attiene al profilo teorico *immaginare un conflitto tra principi supremi e sovranità* (anche risolto a favore di quest'ultima) *dimostra solo che le due categorie non sono sovrapponibili*, anzi che, probabilmente, vivono una naturale reciproca tensione; tensione avvertita già dai nostri costituenti se è vero che la sovranità si «esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione».

Insomma la tesi che risolve la naturale funzione limitatrice (di cui quella controlimitante è una declinazione) dei principi supremi (e i principi supremi stessi³⁷) in una declinazione della sovranità (popolare o nazionale che sia) sconta, quantomeno, *una capacità descrittiva parziale* rispetto all'esistente giuridico, potendosi solo riferire alla giurisprudenza costituzionale nella sua funzione *ad extra*, non essendo possibile certo descrivere la giurisprudenza in materia di limiti alla revisione costituzionale in termini di conflitto di sovranità.

Per concludere sul punto, la Corte costituzionale, con questa ordinanza, non sta proteggendo l'astratta disponibilità, da parte del potere sovrano (anche costituente), circa l'essenza del sistema giuridico, al contrario essa sta difendendo *proprio l'indisponibilità di tale essenza da parte di ogni potere costituito*. Certo, nell'evocare i controlimiti, c'è la contemporanea evocazione di un potere sovrano (o almeno di una porzione di esso), *ma tale potere è strumento di difesa, non ne è l'oggetto e nemmeno la ragione legittimante*.

8. Rage against the dying of the light

Un'ultima riflessione mi pare doverosa. In una vicenda che ha risvolti così importanti non credo di potermi esimere dal “mostrare i miei colori” ed esprimere un complessivo giudizio di valore.

Da quanto sopra esposto, credo si capisca il mio apprezzamento per la decisione della Corte. Al di là di un paio di passaggi nei quali l'argomentazione sconta un eccesso di apo-

³⁷ L'inutilità teorica della categoria dei principi supremi e la loro dissoluzione nel concetto di sovranità è stata espressamente sostenuta da R. CALVANO, *Il ruolo dei principi fondamentali della Costituzione nella giurisprudenza costituzionale*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni*, Torino, 2006, 377; in maniera simile, anche se non completamente sovrapponibile, già M. MANETTI, *I principi costituzionali come principi supremi*, in *Giur. cost.*, 1983, 1150, dove l'A. afferma che la differenza tra principi supremi e altri principi costituzionali *non avrebbe natura sostanziale* (non vi sarebbero cioè principi superiori ad altri), *ma natura funzionale*, essendo supremi «tutti i principi costituzionali, di cui tuttavia, ai fini del rapporto con altri ordinamenti giuridici viene in considerazione la faccia negativa o di limite».

ditticità, o addirittura di ambiguità, trovo che l'ordinanza abbia una struttura e un contenuto profondamente condivisibili. L'aver scelto questa sorta di struttura monitoria mi pare in sé un atto di rispetto per la Corte di giustizia e al tempo stesso di una grande fermezza coniugata con una giusta misura. Come ho detto questo è forse il primo momento di autentico e paritario (o meglio autentico perché paritario) dialogo tra il nostro giudice costituzionale e il giudice europeo. Autorevolmente è stato scritto che questo appare come un *ultimatum* alla Corte di giustizia³⁸; che tale sia la sostanza della vicenda è difficilmente confutabile, tuttavia io ritengo che parte di un autentico dialogo sia anche porre le condizioni che esplicitino i limiti al dialogo stesso, credo che la stessa possibilità del discorso debba prevedere l'opposta possibilità che il discorso, ad un certo punto, possa arrestarsi.

Un altro tema caldo riguarda la proporzionalità del nostro regime prescizionale. Non concordo con chi afferma che esista un problema di inadeguatezza di tale regime nel nostro ordinamento³⁹. La prescrizione risponde ad esigenze oggettive di certezza delle situazioni giuridiche ma al tempo stesso ad esigenze soggettive di tutela della persona sottoposta a giudizio, non solo per quanto riguarda il suo diritto di difesa ma anche per ciò che attiene alla tutela della sua dimensione esistenziale. Il processo penale di per sé stesso è un atto lesivo, dal punto di vista dell'esposizione mediatica, delle spese legali, degli atti restrittivi (personali e patrimoniali) ai quali si è assoggettabili in fase cautelare, dal punto di vista dell'incertezza e dello *stress*, della paura di essere sottoposti al potere più penetrante di cui dispone il Leviatano statale. "Il processo è esso stesso una pena" diceva Carnelutti ed io credo che ogni cittadino, ogni individuo abbia il diritto, di non essere sottoposto indefinitivamente ad una simile pena, io credo che ognuno di noi abbia il diritto a non essere processato per un tempo incongruo⁴⁰.

Come ogni potere statale anche la pretesa punitiva deve incontrare dei limiti e quello temporale è uno di essi. Scaricare sul regime della prescrizione le lungaggini e le inefficienze del nostro sistema processuale (nato tra l'altro sul principio della concentrazione delle udienze che segue naturalmente ad un regime di formazione orale della prova al dibattimento) è un atto di rovesciamento logico inammissibile: perché non riusciamo a portare a termine i processi in tempi ragionevoli dovremmo allungare tali tempi in maniera indefinita e, dunque, irragionevole? E come coniugare un processo che dura per molti anni con il principio di rieducazione della pena di cui al terzo comma dell'art. 27 Cost.? Una pena pensata anche per rieducare chi ha commesso un crimine svolge davvero la propria funzione a distanza di molto tempo? Lo spirito di un uomo non cambia in venti o trent'anni? Stiamo punendo e tentan-

³⁸ A. Ruggeri, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, cit.

³⁹ Tra i critici R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2016, 16, che definisce l'attuale sistema italiano di prescrizione «obiettivamente non funzionante»; F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco* cit.; F. DONATI, *Sovranità, democrazia e vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione europea* cit., 225, secondo il quale la stessa complessità delle indagini relative alle "frodi carosello" indurrebbe un'inevitabile decorso della prescrizione.

⁴⁰ I molteplici aspetti della "lesività processuale" sono recentemente stati oggetti di un interessante volume collettaneo a cura di G. SPANGHER, *La vittima del processo. I danni da attività processuale*, Torino, 2017.

do di rieducare davvero la stessa persona che ha commesso quel delitto venti o trent'anni prima? Mi pare che far durare indefinitamente un processo non conduca ad alcun miglioramento del nostro sistema di giustizia, ma al contrario incentiverebbe, verosimilmente, una sorta di stagnazione dell'apparato processuale ben più grave di quella che contempliamo tutti i giorni; una stagnazione che con la giustizia non ha davvero nulla a che vedere.

Né condivido la preoccupazione espressa da parte della dottrina secondo cui l'attivazione dei controlimiti pregiudicherebbe il processo di integrazione europea⁴¹: non lo credo in senso empirico, poiché ritengo che il sistema europeo sia in grado di tollerare al proprio interno simili "scossoni"; non lo credo in senso deontico, perché ritengo che l'Unione *debba essere in grado* di garantire tali differenze, la forza della sua unità dipende proprio da questo.

Similmente mi pare inaccettabile l'argomento speso da parte della dottrina in base al quale sarebbe ingiusto invocare un tale scontro in seno alle istituzioni statali ed europee per difendere degli evasori⁴². A tale argomento moralistico si potrebbe replicare in maniera (altrimenti moralistica) che è parimenti inaccettabile limitare le garanzie processuali per ragioni di stampo economico. Ma non è questo che mi persuade. In realtà - a tacer del fatto che attualmente alcuni reati tributari (tra cui quelli di dichiarazioni fraudolente) nel nostro ordinamento godono già di una prescrizione superiore a quella ordinaria⁴³ e che in generale l'intero regime della prescrizione ha subito recentemente penetranti modifiche⁴⁴ - io credo che con

⁴¹ F. DONATI, *Sovranità, democrazia e vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione europea* cit., 239.

⁴² In tal senso v. F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 14, che afferma: «Varrebbe la pena, oggi, di impegnarsi in una battaglia a difesa – in teoria – di una particolare accezione nostrana del principio di legalità in materia penale, e – in pratica – di una disciplina della prescrizione ancora più nostrana, ed anzi del tutto stravagante rispetto agli standard degli altri paesi europei, che non concepiscono come la prescrizione possa intervenire a troncarsi processi in corso, quando lo Stato ha ormai ampiamente mostrato il proprio interesse alla persecuzione del reato, magari già accertato in uno o due gradi di giudizio? Ancora più brutalmente: varrebbe proprio la pena, oggi, di sfidare apertamente il principio del primato del diritto eurounitario, su cui si basa l'intera costruzione giuridica dell'Unione europea, per difendere – in ultima analisi – l'impunità di chi ha evaso attraverso operazioni fraudolente milioni di euro dovuti a titolo di IVA, ben sapendo che tali comportamenti costituivano reati gravi? Beninteso: per i principi, di solito, vale sempre la pena di lottare, anche se chi dovesse in concreto beneficiare della vittoria magari non se lo meriti. Salvare dal boia il peggior delinquente è obiettivo sacrosanto, perché il diritto alla vita di chiunque – anche di quel delinquente – deve essere considerato più importante di ogni altra considerazione. Ma in questo caso particolare, il principio in gioco non è il diritto dell'individuo a essere chiaramente informato della rilevanza penale e delle conseguenze sanzionatorie del fatto al momento della sua commissione, che costituisce il nucleo – ovunque riconosciuto e tutelato – del *nullum crimen*; bensì, esclusivamente, la pretesa che a determinare la responsabilità penale di un individuo sia soltanto la legge nazionale dello Stato, al riparo da ingerenze – se non esclusivamente in bonam partem – di fonti sovranazionali alle quali pure si riconosce, in ogni altra materia, primazia rispetto al diritto nazionale. Una pretesa legata non già alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, che qui non vengono proprio in considerazione; quanto piuttosto alla vecchia idea della sovranità nazionale, della quale il diritto penale parrebbe costituire l'ultimo baluardo». In senso diametralmente opposto M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., 20, secondo il quale, giustamente: «Letta nella chiave dell'impunità del colpevole, nessuna garanzia, nessuna norma processuale penale, "varrebbe la pena" d'essere prevista e difesa».

⁴³ In forza dell'art.17, comma 1 bis, del d.lgs. 74/2000 come modificato dal d.l. 138/2011 convertito in legge 148/2011.

⁴⁴ Si fa riferimento alla legge 23 giugno 2017, n. 103, pubblicata nella Gazzetta ufficiale del 4 luglio 2017 e che entrerà in vigore il 3 agosto 2017. Nello specifico la riforma incide anzitutto sulla decorrenza dei termini di prescrizione nell'ambito di alcuni reati in danno di minori (maltrattamenti in famiglia, tratta di persone, sfruttamento sessuale, violenza sessuale); il comma 10 dell'art. 1 stabilisce che per i reati previsti dall'art. 391, comma 1 bis

questa ordinanza la Corte si stia apprestando a difendere ben altro che alcune posizioni soggettive moralmente discutibili e penalmente rilevanti. Qui si difendono i principi della nostra civiltà giuridica; civiltà che ha una storia secolare e dei meriti, credo, di non trascurabile momento. «Contro il morire della luce» ritengo sia giusto infuriarsi.

c.p.p. il termine decorre dal compimento del diciottesimo anno di età della persona offesa, salvo che l'azione penale sia stata esercitata in precedenza (in tal caso il termine decorre dall'acquisizione della notizia di reato). In secondo luogo vengono introdotte nuove ipotesi di sospensione della prescrizione: il termine di prescrizione resta infatti sospeso fino al deposito della sentenza di appello, ed in ogni caso per un tempo non superiore a un anno e sei mesi. Dopo la sentenza di condanna in appello, il termine è sospeso fino alla pronuncia definitiva e comunque per un tempo non superiore ad un anno e sei mesi. In caso di assoluzione dell'imputato in secondo grado, o di annullamento della sentenza di condanna nella parte relativa all'accertamento della responsabilità o di dichiarazione di nullità della decisione, con conseguente restituzione degli atti al giudice ex art. 604 c.p.p., i periodi di sospensione di un anno e sei mesi (per il giudizio d'appello) e di un anno e sei mesi (per il giudizio di Cassazione) vengano ricomputati ai fini del calcolo del termine di prescrizione (comma 11 dell'art. 1). Infine il comma 13 prevede che l'interruzione della prescrizione abbia effetto per tutti coloro che hanno commesso il reato, mentre la sospensione della prescrizione limitatamente agli imputati nei cui confronti si sta procedendo. Il comma 14 che l'interruzione della prescrizione non possa comportare l'aumento di più della metà del tempo necessario a prescrivere anche per le principali fattispecie di reati contro la pubblica amministrazione (in particolare i reati p. e p. dagli artt. 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis e 640-bis).