

EUROPA E DIRITTO PENALE.
PRINCIPI GENERALI: COMPETENZA E
LEGITTIMAZIONE *



Gaetano Insolera

SOMMARIO 1. Premessa. — 2. Il contesto attuale dopo l'*affaire Taricco*. — 3. Spunti per un dibattito: i problemi sul tappeto. — 3.1. Certezza del diritto penale vs prevedibilità della giurisprudenza. — 3.2. Obblighi di tutela e tema della competenza penale dell'UE. — 3.3. Il ruolo della Corte costituzionale nel dialogo tra corti nel sistema multilivello: regista e "ordinatore", reagendo alla propria emarginazione. — 4. Una conclusione?

1. Premessa

Non voglio cogliere spunti escatologici o millenaristici nelle scansioni cronologiche, ma penso che il primo ventennio del nuovo millennio si caratterizzi anche per l'esplosione della questione del rapporto tra Europa e Stati membri nel campo del diritto penale.

Il pensiero corre subito a due passaggi cruciali, quanto all'Italia: all'*affaire Berlusconi*, come è noto conclusosi con la sentenza della Corte di giustizia 3 maggio 2005¹, e al *caso Taricco*, innescato dal rinvio pregiudiziale del Giudice dell'udienza preliminare di Cuneo, nel 2014, al quale sono seguite due decisioni della Corte di giustizia e altrettante della Corte costituzionale².

* Si tratta del testo rivisto dell'intervento tenuto il 9 aprile 2021 nell'ambito del Corso di perfezionamento in diritto e procedura penale su "*Europa e diritto penale*", organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze, in collaborazione con la SSM Formazione decentrata di Firenze, la Fondazione per la formazione forense dell'Ordine degli Avvocati di Firenze, la Camera penale di Firenze e con il patrocinio dell'Unione delle Camere Penali Italiane. Il contributo è destinato agli Scritti in onore del Prof. Giovanni Grasso in occasione del suo congedo dall'insegnamento nell'Università di Catania.

¹ Rinvio alle considerazioni svolte in G. INSOLERA, V. MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?*, in *Cass. pen.*, 2005, 2768 ss. Volendo, in termini generali, rinvio a G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri?*, Milano, 2003.

² In una bibliografia sterminata, rimando per minimi riferimenti a G. INSOLERA, *Cassandra e il grande potere giudiziario*, in *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, Paonessa-Zilletti (a cu-

Il primo caso costituì un test, capace di accendere un vivacissimo dibattito – colorato anche dalla figura della parte in causa – sui limiti dell’efficacia diretta delle fonti comunitarie, tale da consentire al singolo giudice interno la disapplicazione *in malam partem* di una disciplina più favorevole all’imputato.

Sintetizzo la complessità della questione: in realtà essa distribuì tutte le carte di un gioco che metterà in palio, negli anni successivi, una molteplicità di nodi del cd. diritto penale europeo.

Per parole chiave: si parlò di “illegittimità comunitaria” [e già allora si voleva una censura di inadeguatezza sopravvenuta del regime della prescrizione nazionale], si dovette riflettere sulla natura e i limiti dell’intervento pregiudiziale della Corte di giustizia, quanto, sulla diversa vincolatività e supremazia delle diverse fonti comunitarie [le direttive in assenza del recepimento da parte di una legge interna], del raffronto tra principio di legalità penale nella dimensione costituzionale interna e in quella europea, della dimensione europea del principio della *lex mitior*, della regolazione dei confini tra Corti europee e Corti costituzionali.

In quel caso la decisione della Corte di giustizia fu improntata a criteri di mediazione politica: giustamente non sciolse i tanti nodi posti dalla questione; ciò in considerazione delle norme di diritto comunitario di cui si ragionava, con una soluzione basata sulla concretezza del caso. Non sfuggì tuttavia il monito posto al punto n. 70 della sentenza dove l’affermazione del principio della *lex mitior*, trovava un limite a fronte di questioni riguardanti altre norme di diritto comunitario. Eventualità implicitamente riferibile ad eventuali “abusi” del potere legislativo nazionale.

Tra quel caso e la “saga *Taricco*”, molta acqua è passata sotto i ponti, in particolare sotto quelli che hanno visto in primo piano, amplificandone il peso, le questioni che ho elencato.

Per un verso mi limito per ora a richiamare le due sentenze della Corte costituzionale del 2007 [nn. 348 e 349, cd. gemelle]: in particolare mi interessa il passaggio che attribuisce al giudice comune il potere di interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione sovranazionale. Le decisioni, che pure richiamano un dovere di sottoporre alla Consulta antinomie non risolvibili con corretti criteri interpretativi, possono iscriversi in un *trend* della Corte che ci riporta alla chiusura dell’esperienza delle sentenze interpretative di rigetto e alla loro capacità di orientare i giudici – si data la svolta alla sentenza n. 356/1996. Questo ha comportato, in via

ra di), Pisa, 2016, 139 ss.; ID., *Il dialogo tra le Corti è interrotto? Implicazioni e ricadute della vicenda “Taricco”*, in *Il dialogo tra le Corti parla anche di processo penale*, in *Leg. pen.*, 4 febbraio 2019.

generale, una “*polverizzazione del giudizio di costituzionalità della legge*”³. Da non trascurare poi l’enigmatica sentenza *Pezzella* delle SS.UU. del 2004⁴, che autorizza il più “piccolo” dei giudici ad individuare interpretazioni costituzionalmente conformi ulteriori e diverse rispetto a quelle fornite dalla Corte. Prodromi dell’affermarsi di quel criterio generalizzato di interpretazione conforme che mette i valori e i diritti e i loro bilanciamenti nelle mani del singolo interprete giudiziario.

Dicevo dell’acqua scorsa. Se lasciamo il campo di quello che potremmo considerare, ma senza esagerare, l’epifenomeno dei rapporti giuridici, e guardiamo al contesto politico, dovremmo parlare di travolgente esondazione.

In questo senso l’*affaire* Berlusconi forse segna l’inizio di una dirompente stagione di crisi politica dell’idea euro-unitaria: inizio certificato dal coevo fallimento del progetto di Costituzione europea.

Qualche considerazione ulteriore.

“*Il nuovo ordine mondiale a cui Levinson aveva contribuito a dare avvio è a rischio. Il consenso postbellico che si era cementato attorno all’illegalità della guerra è oggi sotto attacco più di quanto lo sia stato da decenni a questa parte*”⁵. Quello che si afferma è un nuovo disordine mondiale⁶. Se la forza bruta, come acqua impetuosa va controllata e incanalata, un’opera di ingegneria idraulica del mondo politico, per funzionare, deve convogliare potere. All’origine delle istituzioni europee sta l’idea del consolidamento e dell’espansione, a livello nazionale e internazionale di democrazie costituzionali liberali. La natura globale delle crisi economiche, dopo la fine della storia “bipolare”, l’affermarsi di nuove potenze lontane dai presupposti dell’ordine mondiale, ha visto il deperimento di quelle forme di governo che per comodità definiamo di democrazia occidentale: divisione e separatezza dei poteri, tutela dei diritti, democrazia parlamentare rappresentativa. Ciò è avvenuto anche nel cuore dell’Europa e anche in paesi appartenenti alle istituzioni unitarie.

Con un doppio registro, nella apparente conservazione di regole procedurali di democrazia rappresentativa, per quello che concerne l’essenziale aspetto della tutela giurisdizionale dei diritti.

³ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano, 2016, 468.

⁴ SS.UU. 31 marzo-7 maggio 2004.

⁵ L’osservazione di carattere generale nella interessante ricostruzione di O.A. HATHAWAY-S.J. SHAPIRO, *Gli internazionalisti*, Neri Pozza, 2017, 481.

⁶ Si veda ad esempio V.E. PARISI, *Titanic. Il naufragio dell’ordine liberale*, Bologna, 2018. Si consenta di rinviare anche a G. INSOLERA, *La giustizia penale nel nuovo [dis]ordine mondiale*, in *www.discrimen.it*, 5 marzo 2020.

Da una parte con l'affermarsi di “democrazie giudiziarie” – e l'Italia ne è un esempio significativo, forse quello più significativo – il potere giudiziario ha esondato dai limiti segnati dalla nostra legalità penale assumendo ruoli di indirizzo o vicari nei confronti di un potere parlamentare indebolito e delegittimato. Dall'altra, ad Est, nelle democrazie autoritarie, proclamatesi, con orgoglio, “illiberali” è condotto un attacco all'indipendenza della magistratura⁷. Dopo più di duemila anni ritorna il concetto di democrazia “diversa”⁸.

Con effetti diversi, ma tutti i paesi dell'Unione vedono l'affermazione di partiti populistici che mettono in discussione limiti imposti dalle istituzioni comunitarie, fino all'uscita del Regno Unito. Anche a questo proposito l'Italia si distingue per il successo elettorale conseguito nel 2018, che ha prodotto un'alleanza di governo, durata poco più di un anno: la nuova maggioranza ricostituitasi ha escluso la componente solo in apparenza più sbilanciata in termini sovranisti e antieuropei: l'abbandono di quella declamazione aggressiva ed evidentemente gravida di pericoli sul piano economico è stato scambiato con la mano libera lasciata al maggioritario schieramento populista nella conservazione della frenetica legislazione penale forcaiola della precedente compagine e a tutti gli ingredienti della democrazia giudiziaria, non solo in penale.

Una constatazione che ci consente di cogliere l'equivoco indotto di chi aveva ascritto a “sovranismo” la difesa, nella temperie della saga *Taricco*, dei limiti posti da un superiore standard di garanzia assicurato in sede penale dall'ordinamento costituzionale interno.

In conclusione: le scadenze temporali che ho descritto segnano il passaggio da una deterministica idea, ottimistica ed espansiva, delle caratteristiche fondamentali della costruzione europea – democrazie liberali basate, in penale, a principi garantistici dei diritti civili fondamentali – ad una situazione di pericolosa debolezza dei risultati che si credeva di aver raggiunto e della significatività della realtà europea nel contesto globale. E mi si ripresenta un quesito che si affacciò fin da quando si cominciò a parlare di una europeizzazione del diritto penale che si spingesse oltre ai criteri di armonizzazione delle tutele delle finanze comunitarie e a più agili modalità di cooperazione giudiziaria e di polizia. È ragionevole, in difetto di un processo di effet-

⁷ Si v. AA.VV., G. PITRUZZELLA-O. POLLICINO-M. BASSINI (a cura di), *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability*, Milano, 2019.

⁸ Come ad Atene nel 411 a.c. i 400 scelti tra i cinquemila dagli oligarchi. Non viene in mente la riduzione dei parlamentari e l'abolizione delle preferenze?

tiva aggregazione politica e militare, puntare su una vicaria capacità del diritto penale, inteso fondamentalmente come strumento politico criminale?⁹.

2. Il contesto attuale dopo l'*affaire Taricco*

Rileggiamo ora l'ordinanza del GUP di Cuneo di rinvio pregiudiziale "genetica" della "Saga *Taricco*" alla luce dello scenario politico e normativo attuale (blocco della prescrizione dopo sentenza di primo grado, l. n. 3/2019 "spazzacorrotti"). Quell'ordinanza è un "manifesto politico" (l'anti-manifesto del diritto penale liberale?), racchiude in sé un'idea distorta di giustizia penale, degli scopi politico-criminali e dei mezzi per raggiungerli, svincolati dalla legge e affidati impropriamente alla giurisdizione, ad una giurisdizione "di lotta" contro l'impunità, attuata mediante un giudice "di scopo", che non giudica il fatto e la responsabilità individuale, ma vuole reprimere fenomeni generali¹⁰. Questa idea, in prima battuta avventatamente recepita dalla CGUE, è stata fermamente ripudiata dalla Corte costituzionale (ord. 24/17, sent. 115/18) e, seppur più velatamente, dallo stesso giudice europeo (sentenza *M.A.S.*, anche detta *Taricco II*¹¹). Ma oggi quelle istanze hanno trovato puntuale espressione nella scelta normativa di "blocco" della prescrizione dopo la sentenza di primo grado, una delle "conquiste" del cd. Governo del cambiamento [sulla quale si è poi arroccato quello della discontinuità!]: questione al centro della battaglia politica perché la legge sia modificata, scongiurando effetti disastrosi sul funzionamento della macchina giudiziaria e la violazione di molteplici principi costituzionali (art. 2, 27, c. 2 e 3; 111, Cost.). Accade però che una riforma, affrettata e posta, insieme ad altre, in una fase di confusa realizzazione di slogan disattenti alla realtà dei complessi congegni del sistema di giustizia penale, sia contrastata dalla avvocatura, ma anche dalla accademia penalistica e – udite, udite – da procuratori generali e presidenti di Corte d'appello, fino a quello della Corte di Cassazione. E così si mobilita la ANM, è scontato, basta che non si tocchi il CSM, e, duole dirlo, anche qualche autorevole professore, che così intende sottrarsi a faziose contrapposizioni, che ascoltando i sondaggi, spiega ai penalisti le nequizie della prescrizione penale, rispetto a quelle del processo

⁹ Si v. C. SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in AA.VV., BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, Napoli, 2017, 495 ss.

¹⁰ Si v. M. DONINI, *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 aprile 2018.

¹¹ CGUE, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, *M.A.S. e M.B.*, C-42/17.

civile¹². E poi non sono forse imprescrittibili già i reati puniti con l'ergastolo? Bonafede ha anche meriti con la sua riforma: è stata un faro acceso sul problema della lentezza del processo penale. Il processo, una volta iniziato non può fermarsi: è il rito della memoria. Infine in tutta Europa è così!

Forse le cose non stanno proprio così: ciò sia a proposito delle cause della durata dei processi¹³, sia sull'interpretazione del contesto comparatistico: a quest'ultimo proposito basti ricordare come sia stata la Corte costituzionale a precisare l'assenza di vincoli europei in punto di natura sostanziale o processuale della prescrizione e l'eterogeneità delle scelte nazionali sulla specifica materia in conformità con le singole tradizioni costituzionali¹⁴. Ancora l'incidenza del nostro *unicum* costituito dal vincolo dell'obbligatorietà dell'azione penale in Costituzione. Ancora gli indiscussi dati sul maturare della prescrizione nella fase delle indagini preliminari: e la garanzia (e le sanzioni processuali) relativa ai termini di loro durata non è mai riuscita a trovare il rispetto che si dovrebbe al primo ingrediente del principio della ragionevole durata del processo. E questo ultimo passaggio ci porta al tema che, come la lettera compromettente ritrovata grazie al talento di August Dupin, dovrebbe essere ben visibile sotto gli occhi di ogni studioso del sistema penale: parliamo di un documento altrettanto compromettente, che descrive i rapporti tra anomala durata dei processi e irriformabili caratteristiche del nostro ordinamento giudiziario¹⁵.

In sintesi: una situazione, quella della nostra giustizia penale, tale da imporre che le Corti supreme (interne e sovranazionali) siano l'estremo presidio a fronte di un "nuovo" autoritarismo di marca politico-legislativa che avanza, manifestatosi in tutta la sua virulenza in Italia con i populistici al governo. Con volenterosi pennivendoli e talk show pronti ad attaccare eventuali giudici interni e sovranazionali per sentenze "sgradite" e con il sostegno dato ad ogni riforma illiberale. Comunque, come visto, è emergenza molto più generale quella della involuzione illiberale delle democrazie rappresentative europee, quella della erosione/deterioramento

¹² G.L. GATTA-G. GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, in www.sistemapenale.it, 11 febbraio 2020.

¹³ Si rinvia alla lettura dei dati riportati in *No alle mistificazioni: la verità sulla prescrizione*, disponibile sul sito dell'UCPI, v. https://www.camerepenali.it/cat/10150/no_alle_mistificazioni_la_verita_sulla_prescrizione.html.

¹⁴ Corte cost. Ordinanza n. 24/2017, § 4.

¹⁵ Sul tema delle cause del maturare della prescrizione, sia consentito rinviare a G. INSOLERA, *Il processo senza prescrizione*, in AA.VV. *Nei limiti della costituzione. Il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo* (a cura di D. Negri e Lorenzo Zilletti), Padova, 2020, 293 ss.

dell'equilibrio e divisione dei poteri¹⁶: si pensi, in Europa, al caso della Polonia¹⁷. Ancora, l'Ungheria. Ma anche negli Stati Uniti, con continui attacchi della presidenza Trump alla magistratura per provvedimenti ritenuti di intralcio alle iniziative politiche della sua amministrazione (ad es. in materia di immigrazione e protezione della sicurezza nazionale)¹⁸. Diventa dunque fondamentale che le giurisdizioni interne e sovranazionali dimostrino sensibilità istituzionale e cultura delle garanzie, cultura del limite, aderenza ai principi fondamentali dello Stato di diritto e alle tradizioni costituzionali comuni (artt. 2, 4, 6 TUE)¹⁹.

3. Spunti per un dibattito: i problemi sul tappeto

3.1 - *Certezza del diritto penale vs prevedibilità della giurisprudenza*

In questo scenario, certamente una delle questioni irrisolte, che perennemente

¹⁶ In tema, si rinvia alle più approfondite considerazioni svolte nella indagine di E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020, spec. 116 ss.

¹⁷ Il venire meno dell'indipendenza del potere giudiziario rispetto all'esecutivo, ha portato la CGUE a ritenere doverosa una verifica individualizzata sul rischio che il soggetto richiesto con un mandato d'arresto europeo non avrebbe potuto beneficiare di un equo processo, v. Case C-216/18 PPU *Minister for Justice and Equality v LM*, sentenza che ha statuito: "L'articolo 1, paragrafo 3, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, deve essere interpretato nel senso che, qualora l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, chiamata a decidere sulla consegna di una persona oggetto di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esercizio di un'azione penale, disponga di elementi, come quelli contenuti in una proposta motivata della Commissione europea, adottata a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, TUE, idonei a dimostrare l'esistenza di un rischio reale di violazione del diritto fondamentale a un equo processo garantito dall'articolo 47, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a causa di carenze sistemiche o generalizzate riguardanti l'indipendenza del potere giudiziario dello Stato membro emittente, detta autorità deve verificare in modo concreto e preciso se, alla luce della situazione personale di tale persona, nonché della natura del reato per cui è perseguita e delle circostanze di fatto poste alla base del mandato d'arresto europeo, e tenuto conto delle informazioni fornite dallo Stato membro emittente, ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 2, della decisione quadro 2002/584, come modificata, vi siano motivi seri e comprovati di ritenere che, in caso di consegna a quest'ultimo Stato, detta persona corra un siffatto rischio". Sul tema, v. in generale L. MANCANO, *European Arrest Warrant and Independence of the Judiciary. Evolution or Revolution?*, in www.diritticomparati.it, 2 settembre 2019.

¹⁸ Già prima delle elezioni del 2020 e dei gravi fatti del 6 gennaio 2021, v. ad es. T.L. FRIEDMAN, *Trump Tries to Destroy, and Justice Roberts Tries to Save, What Makes America Great*, all'URL <https://www.nytimes.com/2019/01/15/opinion/trump-roberts-shutdown.html>, 15 gennaio 2019.

¹⁹ Per alcune riflessioni in tema, si v. gli scritti raccolti in AA.VV., C. GUARNIERI-G. INSOLERA-L. ZILLETTI, *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali*, Roma, 2018.

affannano l'interprete, riguarda il rapporto tra *legislatio* e *iurisdictio* nel sistema multilivello delle fonti: modello di legalità penale continentale vs. modello di legalità penale CEDU/UE²⁰. Quale prima lezione si può ricavare da questo svolgimento? Sono molto forti i rischi di un ibridismo: quello tra modello di legalità continentale e modello di common law (precedente vincolante senza cultura, senza garanzie, senza omogeneità culturale e di formazione tra giudici e avvocati invece presente nei sistemi di common law, con pesanti retaggi dell'inquisitorio nella nostra magistratura selezionata secondo modalità rigorosamente burocratiche ecc.). Un ibridismo che consente al corpo giudiziario di perseguire liberamente anche logiche di scopo *oltre la Legge*, cera molle che produce il nuovo idolo: il diritto/legge giurisprudenziale²¹. E un paradosso: la svalutazione del principio di separazione dei poteri e della soggezione del giudice alla legge che si rinviene in taluni slanci della giurisprudenza europea (*Taricco* su tutti, ma si pensi anche al tema degli obblighi di tutela penale di fonte UE e CEDU, delle cripto-analogie in via di interpretazione conforme al diritto UE) supera gli stessi, veri, modelli di common law quanto a *creativismo*²².

3.2 - Obblighi di tutela e tema della competenza penale dell'UE

Resta fondamentale, e assai problematico, il tema degli obblighi di tutela penale di fonte sovranazionale e delle questioni in *malam partem*: la giurisprudenza costituzionale si è pronunciata nel senso di limitare la "giustiziabilità" all'inadempienza

²⁰ D'altra parte, questa era la reale "posta in gioco" nella saga *Taricco*. Resta fondamentale anche il riferimento a C. cost. 230/12, recentemente richiamata nella sentenza n. 98/2021, sulla portata costituzionale del divieto di analogia *in malam partem*. In dottrina, per un quadro d'insieme, si v. gli scritti raccolti in *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali* (a cura di C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G.A. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELLISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO), Napoli, 2016.

²¹ G. INSOLERA, *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1999 ss.; ID., *Il contesto e l'interpretazione della legge penale nell'epoca dei giudici: il ruolo delle giurisdizioni europee*, in AA.VV., Guarnieri-Insolera-Zilletti (a cura di), *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali*, cit., 119 ss.

²² Interessante una recente sentenza della Corte suprema USA nella quale il divieto di leggi "vaghe", equivalente funzionale del nostro principio di determinatezza, viene declinato in maniera stringente e ricollegato al testo della disposizione in senso oggettivo ed al rispetto della separazione dei poteri, la sentenza è *Sessions v. Dimaya* del 2018, v. P. INSOLERA, *Il "vento delle garanzie" soffia oltre l'Atlantico? Nozione di "materia penale" e principio di determinatezza del testo della legge penale. Riflessioni a margine di U.S. Supreme Court, Sessions v. Dimaya, 584 U.S. (2018)*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2019, 2, 257 ss.

“sopravvenuta” degli obblighi di tutela penale UE da parte del legislatore interno²³. Con riguardo alla competenza penale dell’UE – che continua a essere vero *punctum crucis* – è noto che la nuova procedura legislativa post-Lisbona ha elevato il coefficiente di democraticità, con il coinvolgimento del Parlamento e il superamento del metodo intergovernativo, ma vige sempre il principio che le limitazioni di sovranità in ambito penale si dispieghino nelle forme e nei limiti previsti dal TFUE, art. 83, § 1 (competenza mediata), e § 2, (competenza accessoria); nel caso *Taricco* la base normativa era in realtà l’art. 325, § 4 TFUE, che prescrive agli Stati membri la tutela degli interessi finanziari dell’UE secondo i principi di adeguatezza e di tutela equivalente). Fermi questi riferimenti normativi, il problema è dunque un’armonizzazione debole, o comunque non sufficientemente forte, che sconta tutte le *enormi difficoltà politiche* dell’Unione, alle quali si vuole sopperire con slanci giurisprudenziali (emblematica, ancora, la vicenda *Taricco*)²⁴.

²³ La nota sentenza sulle cd. ceneri di pirite, C. cost. n. 28/2010. Per un aggiornato quadro d’insieme, v. V. NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, in V. MANES-V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 517 ss.

²⁴ Di ciò si può trarre conferma, per esempio, dalla DIRETTIVA (UE) 2017/1371 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 5 luglio 2017 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale, adottata durante le vicende della saga *Taricco*, proprio allo scopo di meglio tutelare le finanze euro-unitarie. Se si legge il testo della direttiva, all’art. 12, si realizza però che uno dei fattori più rilevanti nell’impedire una tutela adeguata delle finanze – la legislazione degli Stati membri sulla prescrizione – è stata oggetto di minima disciplina armonizzatrice. Articolo 12 Termini di prescrizione per i reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione. [1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie a prevedere un termine di prescrizione che consenta di condurre le indagini, esercitare l’azione penale, svolgere il processo e prendere la decisione giudiziaria in merito ai reati di cui agli articoli 3, 4 e 5 entro un congruo lasso di tempo successivamente alla commissione di tali reati, al fine di contrastare tali reati efficacemente. 2. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per permettere che le indagini, l’azione penale, il processo e la decisione giudiziaria per i reati di cui agli articoli 3, 4 e 5 punibili con una pena massima di almeno quattro anni di reclusione, possano intervenire per un periodo di almeno cinque anni dal momento in cui il reato è stato commesso. 3. In deroga al paragrafo 2, gli Stati membri possono fissare un termine di prescrizione più breve di cinque anni, ma non inferiore a tre anni, purché prevedano che tale termine possa essere interrotto o sospeso in caso di determinati atti. L. 198/38 IT Gazzetta ufficiale dell’Unione europea 28.7.2017 (1) Direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell’Unione europea (GU L 127 del 29.4.2014, pag. 39). 4. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché: a) una pena superiore ad un anno di reclusione, o in alternativa, b) una pena detentiva, in caso di reato punibile con una pena massima di almeno quattro anni di reclusione, irrogata a seguito di condanna definitiva per uno dei reati di cui agli articoli 3, 4 o 5, possa essere eseguita per almeno cinque anni dalla data della condanna definitiva. Tale periodo può includere proroghe del termine di prescrizione derivanti da interruzione o da sospensione].

3.3 - *Il ruolo della Corte costituzionale nel dialogo tra corti nel sistema multilivello: regista e “ordinatore”, reagendo alla propria emarginazione*

In questo contesto, deve essere certamente segnalato il rinnovato “protagonismo” della Corte costituzionale, a fronte della voracità dell’espansione dell’ambito di applicabilità del diritto UE e della CDFUE (CGUE e giudici comuni tendono ad interpretare estensivamente l’art. 51 CDFUE secondo cui le disposizioni della CDFUE si applicano “*pure agli Stati membri esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione*”). La CGUE estende l’ambito di applicazione della CDFUE sino a coprire misure statali, anche penali, che hanno un legame affievolito o accidentale con il diritto UE²⁵ (v. esemplificativamente CGUE sent. *Akerberg Fransson* del 2013, in materia di *ne bis in idem*²⁶). Inoltre, la CGUE attribuisce spesso effetto diretto a disposizioni (norme principio) della CDFUE, prive di determinatezza e non auto-applicative. Si riscontra dunque una forte spinta accentratrice nel controllo incidentale di costituzionalità, in chiave di reazione alla “marginalizzazione” della Corte costituzionale e freno alla irradiazione del sindacato diffuso, a discapito del ruolo dei giudici ordinari quali *interlocutori diretti* della CGUE. La spinta assume un *peculiare significato* in ambito penale, laddove istanze di protezione della libertà personale impongono una più forte legittimazione democratica ed un più elevato grado di cer-

²⁵ V. ad es. Corte cost., sent. 63/2016 afferma che “*perché la CDFUE sia invocabile occorre, dunque, che la fattispecie oggetto di legislazione interna sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell’Unione, ad atti o comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell’Unione e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto*”. Secondo BARBERA, si tratta di un freno quanto mai opportuno, giacché, ai sensi dell’art. 51, par. 2, CDFUE “*la CDFUE non ha fissato una competenza generale dell’Unione in materia di diritti fondamentali, ma richiede, per la sua applicazione, la “corrispondenza” con una specifica competenza dell’Unione*”. A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, 2017, 4, 1 ss., ed in pt. 14-15, 23, relativamente alla questione *Taricco*. L’A., nel sottolineare l’importanza del dialogo tra la Corte UE, i giudici comuni e la Corte costituzionale, sostiene che ai giudici europei “*andrebbe richiesto un maggior rigore nell’individuare come “direttamente efficaci e, dunque, direttamente applicabili”, norme o principi che tali non sempre sono e sono comunque aperti ad una molteplicità di possibili applicazioni*”; ai giudici nazionali “*di non disapplicare puntuali norme interne applicando principi non univocamente antinomici o addirittura di scarsa precettività; principi che, comunque, potrebbero esigere un più ampio bilanciamento con altri principi (per esempio utilizzando il meta-principio di proporzionalità)*”; alla Corte costituzionale di “*agire in una duplice direzione: incoraggiare i giudici comuni a ricorrere alla disapplicazione solo ove vi sia, nel caso concreto, un vero e proprio conflitto tra “regole” puntuali e di immediata applicazione e, ove investita della questione, attentamente verificare, se necessario in Dialogo con la Corte di giustizia, la corretta interpretazione della normativa europea*”. Questo lavoro costituisce il “preludio” alla sentenza n. 269/17 della C. cost.

²⁶ S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale “à la carte”?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 maggio 2013.

tezza del diritto²⁷. Sono molto importanti gli effetti sul primato e l'effetto diretto del diritto UE e sul ruolo del giudice ordinario nel sistema multilivello delle fonti: la Corte costituzionale vuole “*scongiurare la diretta applicazione di norme della CDFUE (di impronta tipicamente costituzionale) da parte dei giudici comuni in assenza di previo incidente di costituzionalità*”²⁸; in tal modo si circoscrive significativamente l'ambito materiale entro cui può farsi valere il meccanismo dell'applicazione diretta del diritto UE. La Corte costituzionale avoca a sé i complessi bilanciamenti valoriali sottesi a tali operazioni ermeneutiche, eventualmente dialogando direttamente con la CGUE con rinvio pregiudiziale, ma si riserva in via esclusiva l'ultima parola sulla compatibilità tra norme UE e “controlimiti”²⁹.

²⁷ Cfr. la giurisprudenza costituzionale recente: sent. 269/2017; 20/2019; 63/2019; ord. 117/2019, che rielabora il cd. meccanismo della doppia pregiudizialità eurounitaria-costituzionale, conferendo natura *tendenzialmente* prioritaria all'incidente costituzionale rispetto alla pregiudiziale UE. Il mutamento nella giurisprudenza in materia di doppia pregiudizialità si è sviluppato a partire dal notissimo e assai discusso *obiter dictum* di cui al § 5.2 della sent. 269/2017, in cui la Corte costituzionale, sottolineando che la CDFUE costituisce parte del diritto dell'Unione “*dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale*”, e che “*i principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana*”, ha evidenziato la possibilità che “*la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione*”. Di conseguenza, giacché “*le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità a fondamento dell'architettura costituzionale*”, ha statuito che in presenza di c.d. “doppia pregiudizialità”, laddove “*una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria*”, “*debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale*”.

²⁸ La Corte costituzionale vuole evitare il cd. traboccamento ed il sindacato diffuso. Due esempi: C. app. Roma l'11 aprile 2002 ha disapplicato le disposizioni del c.p.p. relative al gratuito patrocinio applicando direttamente l'art. 47 CDFUE ad una situazione meramente interna anziché sollevare l'incidente di costituzionalità in base all'art. 24 Cost.; il G.d.P. di Taranto si è rivolto alla CGUE invocando sia vari articoli della CDFUE sia gli obiettivi della Direttiva 2012/29 che prevede norme minime in materia di protezione delle vittime di reato, intendendo così disapplicare il d.lgs. n. 7/2016 che ha depenalizzato l'ingiuria art. 594 c.p., sostituendo le sanzioni penali con sanzioni pecuniarie civili (la CGUE ha escluso competenza europea, CGUE, sent. 13 dicembre 2016, C-484/16, Semeraro).

²⁹ Sui rischi di “emarginazione” della Corte costituzionale, di compromissione del sistema di sindacato accentrato con effetti *erga omnes* stabilito dall'art. 134 Cost. e sui pericoli di *vulnus* al principio di separazione dei poteri e al vincolo di sottoposizione del giudice soltanto alla legge (art. 101, c. 2, Cost.), determinati da una disapplicazione diffusa di norme interne per contrasto con disposizioni della CDFUE non auto-applicative da parte dei giudici nazionali, che hanno animato il mutamento di indirizzo della Corte, tra molti, v. efficacemente e in senso adesivo: A. ANZON DEMMING, *Applicazioni virtuose della nuova “dottrina” sulla “doppia pregiudizialità” in tema di diritti fondamentali (in margine delle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Oss. cost. AIC*, 2019, 6, 179 ss.; G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*

4. Una conclusione?

L'immagine in movimento di un'acqua che scorre, che ho scelto al principio di questo breve scritto, dedicato al Prof. Giovanni Grasso che ai temi trattati ha dedicato, con ben diverso approfondimento, molta parte della sua riflessione penalistica, non consente di individuare punti di arrivo. La cifra politica che, in modo speciale, regola il sistema di giustizia penale, come può non risentire del tempestoso clima che sta investendo l'intero ordine mondiale e, necessariamente, nel suo contesto, il cammino dei trattati che hanno dato vita all'Unione Europea?³⁰

e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019, in Oss. cost. AIC, 5 novembre 2019; E. LAMARQUE, I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee, in Quest. giust., n. 4/2020, 89 ss., spec. 94 ss.

³⁰ Chi avrebbe potuto prevedere, prima del 2020, il ruolo politico ed economico che le istituzioni comunitarie avrebbero dovuto assumere di fronte ad un evento di portata planetaria quale una pandemia? E il ruolo che, tra le riforme richieste ai singoli Stati per accedere ai sostegni dell'Unione, avrebbe assunto quella del sistema giudiziario? E quanto, ancora una volta, la prescrizione avrebbe occupato il proscenio consentendo a qualcuno di agitare la difesa di una sciagurata riforma del 2019?