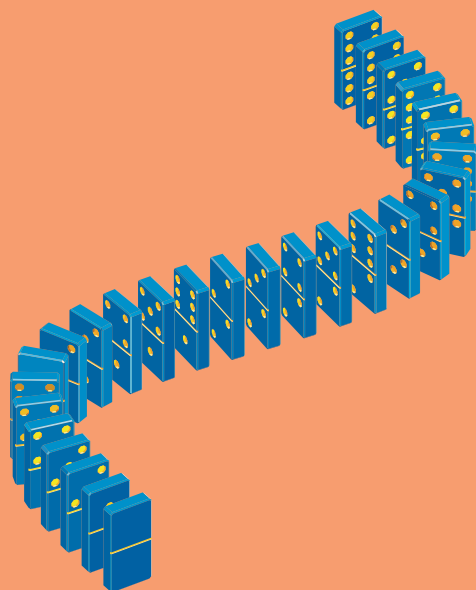


NATIONAL JUDGES AND THE CASE LAW OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION



Edited by
Anna Maria Mancaloni
Elise Poillot

Consumatori
e Mercato

11



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

NELLA STESSA COLLANA

1. V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Cosmetici. Diritto, regolazione, bio-etica*, 2014
2. M. COLANGELO, V. ZENO-ZENCOVICH, *Introduction to European Union transport law*, I ed. 2015; II ed. 2016; III ed. 2019
3. G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, 2015
4. V. ZENO-ZENCOVICH, *Sex and the contract* (II ed.), 2015
5. G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "safe harbour principles" al "privacy shield"*, 2016
6. A. ZOPPINI (a cura di), *Tra regolazione e giurisdizione*, 2017
7. C. GIUSTOLISI (a cura di), *La direttiva consumer rights. Impianto sistematico della direttiva di armonizzazione massima*, 2017
8. R. TORINO (a cura di), *Introduction to European Union internal market law*, 2017
9. M.C. PAGLIETTI, M.I. VANGELISTI (a cura di), *Innovazione e regole nei pagamenti digitali. Il bilanciamento degli interessi nella PSD2*, 2020
10. L. SCAFFARDI, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*, 2020



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

NATIONAL JUDGES AND THE CASE LAW OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

PROCEEDINGS OF THE CONFERENCE HELD IN CAGLIARI, 1ST JUNE 2018

Edited by

Anna Maria Mancaleoni

Elise Poillot

**Consumatori
e Mercato 11**



Roma TrE-Press

2021



Fondazione
di Sardegna

La presente opera è stata pubblicata grazie al contributo del Consiglio regionale della Sardegna e della Fondazione di Sardegna.

Coordinamento redazionale e editoriale:

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:

Brandon Grottesque (copertina e frontespizio)

Adobe Garamond (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: *Roma TrE-Press* ©

Roma, gennaio 2021

ISBN: 979-12-80060-91-4

<http://romatrepress.uniroma3.it>

This work is published under a *Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0). You may freely download it but you must give appropriate credit to the authors of the work and its publisher, you may not use the material for commercial purposes, and you may not distribute the work arising from the transformation of the present work.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della

Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

PRESENTAZIONE DELLA COLLANA “CONSUMATORI E MERCATO”

DIRETTORE: VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

COMITATO SCIENTIFICO:

GUIDO ALPA, MARCELLO CLARICH, ALBERTO MUSSO

La Collana “Consumatori e mercato”, pubblicata in open access dalla Roma TrE-Press, intende essere una piattaforma editoriale multilingue, avente ad oggetto studi attinenti alla tutela dei consumatori e alla regolazione del mercato. L'intento è di stimolare un proficuo scambio scientifico attraverso una diretta partecipazione di studiosi appartenenti a diverse discipline, tradizioni e generazioni.

Il dialogo multidisciplinare e multiculturale diviene infatti una componente indefettibile nell'ambito di una materia caratterizzata da un assetto disciplinare ormai maturo tanto nelle prassi applicative del mercato quanto nel diritto vivente. L'attenzione viene in particolare rivolta al contesto del diritto europeo, matrice delle scelte legislative e regolamentari degli ordinamenti interni, e allo svolgimento dell'analisi su piani differenti (per estrazione scientifica e punti di osservazione) che diano conto della complessità ordinamentale attuale.

The “Consumer and market” series published, in open access, by Roma TrE-Press, aims at being a multilingual editorial project, which shall focus on consumer protection and market regulation studies. The series' core mission is the promotion of a fruitful scientific exchange amongst scholars from diverse legal systems, traditions and generations. This multidisciplinary and multicultural exchange has in fact become fundamental for a mature legal framework, from both the market practice and the law in action standpoints. A particular focus will be given on European law, where one can find the roots of the legislation and regulation in the domestic legal systems, and on the analysis of different levels, in line with the current complexity of this legal sector.

Indice

<i>Indice degli autori</i>	IX
ANNA MARIA MANCALEONI, “National Judges and the case law of the Court of Justice of the European Union”: Introduction	1
ELISE POILLOT, <i>The true story of the active role of courts in consumer litigation: Introduction to the Speech given by Etienne Rigal</i>	7
ETIENNE RIGAL, <i>The true story of the active role of courts in consumer litigation</i>	17
<i>Appendix to</i> «The true story of the active role of courts in consumer litigation»: case C-473/00, Cofidis SA v Jean-Louis Fredout, Opinion of Advocate general Tizzano 18 April 2002 and Judgement of the CJEU 21 November 2002	25
ROLF DOTEVALL, “Offensive courts” is a matter of principles	59
GIUSEPPE RICCARDI, <i>Il caso Taricco: un laboratorio dei futuri assetti del rapporto tra ordinamenti nazionali e sovranazionali tra ‘dialoghi’ e ‘monologhi’</i>	65
ERMANNIO CALZOLAIO, <i>The elusion of the duty of final courts to submit a preliminary reference to the CJEU: comparative remarks</i>	103
MARCO LIPARI, <i>Il giudice amministrativo e le decisioni della Corte di giustizia dell’Unione europea (CGUE) nell’applicazione della direttiva ricorsi n. 665/1989: effettività della tutela giurisdizionale e interesse strumentale nel rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente</i>	115
GIACOMO BIAGIONI, <i>The EU Charter of Fundamental Rights: in bad need of instructions for use?</i>	165
CARLA SIEBURGH, <i>Never too late to communicate. Constructive and critical input from national private law judges before and after preliminary ruling procedures</i>	185
ARTHUR HARTKAMP, <i>Some practical consequences of the Achmea judgment for intra-EU investment arbitration</i>	193
SALVATORE SICA, <i>Giurisprudenza nazionale ed europea e frammentazione legislativa della responsabilità civile del provider</i>	205

CRISTINA AMATO, <i>The Influence of the CJEU's opinions on the Italian Courts in the Application of the Unfair Commercial Practices Directive</i>	223
DIANA WALLIS, <i>Outside the Picture Frame?, The case of the United Kingdom</i>	245
GABRIELLA AUTORINO, "Cross-judicial fertilization": <i>il ruolo delle Corti supreme</i>	251
ANNA MARIA MANCALEONI, ELISE POILLOT, <i>Summary report</i>	271
<i>Biographical notes of the editors</i>	287

INDICE DEGLI AUTORI

- CRISTINA AMATO, *Full Professor of Private comparative law*, University of Brescia.
- GABRIELLA AUTORINO, *Full Professor of Private comparative law*, University of Salerno.
- GIACOMO BIAGIONI, *Associate Professor of International law*, University of Cagliari.
- ERMANNIO CALZOLAIO, *Full Professor of Private comparative law*, University of Macerata.
- ROLF DOTEVALL, *Professor of Private law*, University of Gothenburg.
- ARTHUR HARTKAMP, *Professor of European private law*, University of Nijmegen.
- MARCO LIPARI, *President of division*, Consiglio di Stato.
- ANNA MARIA MANCALEONI, *Associate Professor of Private comparative law*, University of Cagliari.
- ELISE POILLOT, *Full Professor of Civil law*, University of Luxembourg.
- GIUSEPPE RICCARDI, *Judge*, Corte di Cassazione.
- ETIENNE RIGAL, *Vice President*, Tribunal Judiciaire, Villefranche-sur-Saône.
- SALVATORE SICA, *Full Professor of Private law*, University of Salerno.
- CARLA SIEBURGH, *Judge*, Hoge Raad, *Professor of Private law*, University of Nijmegen.
- DIANA WALLIS, *Former President of ELI, Former European MP, Professor of Private law*, University of Hull.

Giuseppe Riccardi

Il caso Taricco: un laboratorio dei futuri assetti del rapporto tra ordinamenti nazionali e sovranazionali tra ‘dialoghi’ e ‘monologhi’

SOMMARIO: 1. La Corte di Giustizia e il “giardino proibito”: Good-bye, Montesquieu? – 2. L’innescò del ‘dialogo’: le questioni di legittimità costituzionale – 2.1. La valutazione dei presupposti della disapplicazione: una *Kriminalpolitik im kleinen*? – 2.2. Il contenuto della valutazione dei presupposti della disapplicazione e la dissoluzione dei confini tra Poteri dello Stato – 3. L’ordinanza di rinvio pregiudiziale della Consulta: prove di “dialogo” – 3.1. L’ordinanza ‘monito’ e lo spostamento del baricentro della produzione del diritto penale – 3.2. La Corte costituzionale custode esclusiva dei ‘controlimiti’ – 4. Il ‘passo indietro’ della Corte di Giustizia: la sentenza Taricco-bis – 4.1. Vero ‘dialogo’, o ‘monologhi’ camuffati? – 4.2. Le equazioni improprie: la ‘prevedibilità’ sta alla ‘irretroattività’ come la sentenza europea sta alla legge – 4.3. Il principio di determinatezza nel dialogo diretto con il giudice nazionale: prove di controllo diffuso di costituzionalità? – 5. La Corte Costituzionale chiude la saga: la sentenza n. 115 del 2018 – 6. Il caso Taricco: un laboratorio dei futuri assetti del rapporto tra ordinamenti nazionali e sovranazionali – 7. Il “dialogo tra Corti” tra mito e realtà – 8. Apogeo o declino del diritto penale europeo? – 9. Poteri costituiti e poteri costituenti nella metamorfosi dei paradigmi.

1. *La Corte di Giustizia e il “giardino proibito”: Good-bye, Montesquieu?*

La penetrazione del diritto dell’Unione Europea negli ordinamenti dei singoli Stati nazionali è, come noto, affidata in misura sempre più determinante alle regole ed ai principi affermati dalla Corte di Giustizia, destinati ad essere applicati direttamente dai giudici nazionali.

Soprattutto in alcuni settori, il diritto eurounitario di fonte giurisprudenziale sembra assumere quasi le sembianze di una marea, sovente priva di sistematicità, dalla quale gli ordinamenti nazionali vengono travolti, lasciando emergere sempre più radi arcipelaghi di diritto nazionale; benché lambito e percorso dalle correnti del diritto eurounitario, solo il ‘territorio’ dell’ordinamento nel quale si esercita lo *ius puniendi*, tradizionalmente refrattario alle influenze esterne, in quanto espressione più immediata della

sovranità nazionale, resta poggiato sulla ‘terraferma’ del diritto nazionale.

In tale ‘bozzetto’ la Corte di Giustizia ha tentato di ridisegnare i confini della ‘terraferma’, con la ormai celebre sentenza *Taricco*: decidendo su una questione pregiudiziale¹ sollevata dal Gup del Tribunale di Cuneo in un procedimento per le c.d. “frodi carosello”, la *Grande Chambre* della Corte UE, con la sentenza 8 settembre 2015, *Taricco* (causa C-105/14), ha affermato che, nei casi in cui la normativa nazionale in materia di prescrizione del reato – fissando un limite massimo al corso della prescrizione, pur in presenza di atti interruttivi – è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall’art. 325, §§ 1 e 2, TFUE, nell’ipotesi in cui impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive «*in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea*», ovvero nei casi in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare, questi è tenuto a dare piena efficacia agli obblighi di tutela effettiva degli interessi finanziari, «*disapplicando, all’occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE*»².

La conseguenza che ne fa derivare la Corte di Giustizia, nel caso di verifica dell’ineffettività sanzionatoria o della disparità di trattamento rispetto alle frodi lesive degli interessi finanziari nazionali, è l’obbligo del giudice nazionale di disapplicare direttamente le disposizioni in materia di interruzione della prescrizione – gli artt. 160, u.c., e 161, c.p. –, senza la mediazione di una modifica legislativa o di un sindacato di costituzionalità, in virtù dell’obbligo degli Stati membri di lottare contro attività illecite

¹ Basata su un’intuizione definita da V. VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva?*, in *Dir. pen. contemp.*, 20 giugno 2016, 7, “amara, accorata, romantica”.

² Per un primo commento alla sentenza, all’indomani della pubblicazione, F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di Iva? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, in *Dir. pen. contemp.*, 14 settembre 2015. Sulla questione *Taricco*, nell’ambito di una ricca letteratura, e senza pretesa di completezza, sia sufficiente rinviare alla raccolta di saggi a cura di A. BERNARDI, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, con una ampia presentazione del curatore (A. BERNARDI, *I controlimiti al diritto dell’Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*), ed al volume collettaneo a cura di C. Paonessa e L. Zilletti, *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*, Pisa, 2016.

lesive degli interessi finanziari dell'Unione imposti dal diritto primario, ed in particolare dall'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE³, che «pongono a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione quanto all'applicazione della regola in esse enunciata»⁴.

In forza del principio del primato del diritto dell'Unione, dunque, la Corte affermava l'effetto diretto dell'art. 325 TFUE, che rende *ipso iure* inapplicabile qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente⁵.

Ebbene, richiamando un'ormai celebre suggestione, si potrebbe affermare che, nel famoso 'dialogo tra Corti', del quale sono state sovente celebrate le «magnifiche sorti e progressive», la Corte di Giustizia U.E. abbia, con tale storica sentenza, pronunciato un (pressoché definitivo?) commiato dal paradigma, che caratterizza gli ordinamenti occidentali, della separazione dei poteri, e dalla sua diretta proiezione, nel sistema penale, della riserva di legge: «Good-bye, Montesquieu»⁶.

In tal senso, quasi evocando quella «fine della storia costituzionale» segnata dalla crisi della vicenda storica dello Stato costituzionale e della sovranità innegabilmente manifestatasi negli ultimi decenni⁷.

E così, confermando la propensione ad esercitare un 'controreazione' proprio nei momenti di *impasse* del processo di integrazione europea⁸, nell'attuale contingenza storica scandita dalla crisi derivante dal complesso fenomeno delle migrazioni delle popolazioni afflitte da guerre e povertà, dallo scetticismo – da ultimo, culminato nella c.d. *Brexit*, l'uscita della Gran Bretagna dall'Unione - progressivamente manifestato nei confronti dello stesso progetto europeo, accusato di burocratizzazione ed eccessiva rigidità

³ CGUE, GS, 8 settembre 2015, C- 105/14, § 50.

⁴ CGUE, GS, 8 settembre 2015, C- 105/14, § 51.

⁵ CGUE, GS, 8 settembre 2015, C- 105/14, § 52.

⁶ B. ACKERMAN, *Good-bye, Montesquieu*, in Susan Rose-Ackerman e Peter L. Lindseth, *Comparative Administrative Law*, 2010, p. 128 ss.

⁷ Il riferimento è a M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 15 aprile 2016, che, richiamando l'idea della 'fine della storia', e della democrazia liberale come forma di governo 'definitiva', proposta da Francis Fukuyama (in *The End of History and the Last Man*, New York, 1992, trad.it. *La fine della Storia e l'ultimo uomo*, Milano, 1992), la considera una "illusione", poiché «gli Stati occupano tuttora una posizione di centralità non solo nei rapporti internazionali, ma anche nel processo di integrazione europea: sono tuttora i "signori dei Trattati"» (p. 5).

⁸ V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *Dir. pen. contemp.*, 6 maggio 2016, 2 ss.; anche C. SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in *Dir. pen. contemp.*, 14 ottobre 2016, p. 7 ss., sottolinea la coincidenza tra la fase di "stasi politica" e la fase di "eroismo giudiziario", che interviene in soccorso del processo di integrazione europea.

nelle politiche finanziarie, tali da comprimere lo spazio, anche domestico, delle politiche sociali, la Corte di Lussemburgo sembrava aver nuovamente ‘lanciato la palla in avanti’, rivendicando un ruolo da protagonista anche nella dimensione più refrattaria al processo di integrazione, in quanto prerogativa riservata ai singoli Stati, gelosi custodi dello *ius puniendi*.

Invero, la sentenza *Taricco* si iscrive nella medesima traiettoria tracciata, limitandosi all’ultimo decennio, dalla Corte UE, con attitudine ‘fagocitante’ delle competenze in materia penale, inaugurata dalla sentenza *Pupino* del 2005⁹, e culminata nella sentenza *Melloni* del 2013¹⁰, che, anticipando gli schemi concettuali riproposti a proposito delle frodi lesive degli interessi finanziari, ha negato la prevalenza del *surplus* di garanzie offerte da una Costituzione nazionale rispetto al diritto dell’Unione, obliterando l’art. 53 della Carta di Nizza (CDFUE) invocato dalla Corte costituzionale spagnola, in favore di un’applicazione indefettibile della *primauté* del diritto dell’Unione e dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci¹¹.

L’accelerazione impressa con la sentenza *Taricco*, tuttavia, assumeva ancor più rilievo, in quanto, a differenza dei casi appena richiamati, nei quali la *primauté* era stata ‘brandita’ nella dimensione processuale del sistema penale, concernendo profili di disciplina del processo penale (l’estensione dell’incidente probatorio, nella sentenza *Pupino*, e l’esecuzione di un mandato di arresto, nella sentenza *Melloni*), per la prima volta la Corte di Giustizia accedeva al «giardino proibito»¹² del diritto penale nazionale.

E l’ingresso avveniva forzando non soltanto il confine che perimetra il nucleo essenziale dei valori costituzionali dell’ordinamento nazionale, ma anche i limiti di attribuzione riconosciuti dai Trattati che regolano il funzionamento dell’Unione.

Una sentenza che, ove introiettata dall’ordinamento nazionale, avrebbe rischiato di innescare una potenziale «sovversione di sistema»¹³.

⁹ CGUE, GS, 16 giugno 2005, C-105/03. In tema, per tutti, AA.VV., *L’interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di F. Sgubbi e V. Manes, Bologna, 2007.

¹⁰ CGUE, GS, 26 febbraio 2013, *Melloni c. Ministero Fiscal*. In tema, per tutti, S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti ad un diritto penale “à la carte”? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Riv. Trim. Dir. pen. contemp.*, 2013, n. 3, p. 242 ss.

¹¹ Per un commento che, prendendo spunto dalla sentenza *Melloni*, si sofferma sul profilo di frizione con il principio di riserva di legge, nell’ottica dei controlimiti, per tutti, C. CUPELLI, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, in *Criminalia*, 2013, p. 339 ss.

¹² Riprendendo la felice immagine, riferita alla valutazione probatoria, di P. FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest. giust.*, 1998, p. 587 ss.

¹³ V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”*, cit., p. 1.

2. *L'innescò del 'dialogo': le questioni di legittimità costituzionale*

Nonostante l'occasione della pronuncia della Corte UE fosse stata la disciplina della prescrizione, che, nel nostro ordinamento, non gode di 'buona reputazione', nella sua dimensione applicativa, ma anche assiologica, aggravata da improvvise riforme normative, i giudici nazionali hanno immediatamente innescato il dialogo tra Corti: dapprima la Corte di Appello di Milano¹⁴, e poi, con più ampia estensione di parametri, la Corte di Cassazione¹⁵ hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale, denunciando non soltanto la violazione del principio di irretroattività delle norme penali, ma, considerando l'impatto che gli obblighi di disapplicazione *in malam partem* affermati dalla Corte di Giustizia possono determinare su alcuni dei fondamentali principi costituzionali che governano non soltanto il diritto penale, ma la stessa architettura istituzionale, anche i principi che garantiscono l'uguaglianza (art. 3 Cost.), il diritto di difesa (art. 24 Cost.), la riserva di legge in materia penale e la determinatezza della norma penale (art. 25, comma 2, Cost.), anche in relazione alla soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.), la finalità rieducativa della pena (art. 27, comma 3, Cost.), strumentalizzata dal fine di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione.

2.1. *La valutazione dei presupposti della disapplicazione: una Kriminalpolitik im kleinen?*

In particolare, oltre alla evidente compromissione del divieto di retroattività delle norme penali *in malam partem*, il profilo che la *regula iuris* affermata dalla Corte di Giustizia rischiava di violare in termini del tutto eccentrici rispetto al sistema costituzionale italiano era insito nella valutazione dei presupposti della disapplicazione delle norme sulla prescrizione.

Invero, la Corte di Giustizia aveva individuato i presupposti dell'obbligo di disapplicazione delle norme sull'interruzione della prescrizione in concetti vaghi ed indeterminati, quali «*la frode e le altre attività illegali che ledono gli*

¹⁴ App. Milano, ord. 18.2.2015, n. 339, in G.U. n. 2 del 13.1.2016

¹⁵ Cass. pen., Sez. 3, 30.3.2016 (dep. 8.7.2016), n. 28346, Cestari; Cass. pen., Sez. 3, 31.3.2016 (dep. 1.8.2016), n. 33538, Adami. Al riguardo, sebbene abbiano invocato i medesimi parametri costituzionali, si può parlare di "ordinanze gemelle eterozigote", in quanto la seconda ordinanza divergeva unicamente in ordine alla omessa denuncia del contrasto con il principio di riserva di legge e con il principio di uguaglianza.

interessi finanziari dell'UE» ed il «*numero considerevole di casi di frode grave»* che dovrebbe essere oggetto di accertamento giudiziale.

In particolare il presupposto che, nell'interpretazione della Corte di Giustizia, fondava l'obbligo di disapplicazione, ovvero la valutazione, rimessa al giudice nazionale, di apprezzare l'ineffettività delle sanzioni previste «*in un numero considerevole di casi di frode grave»* che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, oltre ad essere concettualmente indeterminato¹⁶, probabilmente più consono alle differenti esperienze di *common law* che pure integrano, sovente in maniera significativa, la matrice culturale della giurisdizione europea, era suscettibile di differenti declinazioni: 1) avrebbe potuto essere considerato *in astratto*, ovvero con riferimento all'integralità dei procedimenti pendenti dinanzi alle autorità giudiziarie italiane; in tal caso, tuttavia, avrebbe implicato una prognosi di natura statistica che esula dai limiti cognitivi e valutativi del giudice; a ciò ostando non soltanto l'assenza di dati statistici affidabili, ma soprattutto l'orizzonte conoscitivo del singolo giudice, necessariamente limitato, dal vigente sistema processuale, ai *fatti di causa*, ovvero i *fatti* che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e dai quali dipenda l'applicazione di norme processuali (art. 187 c.p.p.) rilevanti nel singolo processo, non già nella generalità degli altri processi; 2) avrebbe potuto risolversi in una prognosi meramente empirica, sulla base dell'«esperienza» soggettiva del singolo giudice; in tal caso, tuttavia, il requisito sarebbe stato del tutto vago ed indeterminato, in quanto fondato su soggettivismi di difficile verificabilità (in senso epistemologico); 3) in una terza opzione interpretativa, il requisito del «*numero considerevole di casi di frode grave»* avrebbe potuto essere inteso *in concreto*, con riferimento alle fattispecie oggetto del giudizio rimesso al singolo giudice.

In tutti i casi, dunque, anche in quest'ultimo, che sembra affidare al giudice una più ristretta base cognitiva, la valutazione sul 'grado' (statistico, soggettivo, empirico) di ineffettività delle previsioni sanzionatorie restava comunque rimessa all'esclusiva decisione del giudice nazionale; e da tale valutazione sarebbe discesa una estensione o meno della punibilità.

¹⁶ Secondo E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. contemp.*, 26 febbraio 2016, la prima ipotesi di disapplicazione (fondata sull'art. 325, par. 1, TFUE) prevista dalla Corte di Giustizia prevede una fattispecie «così indeterminata che non può, per le sue caratteristiche intrinseche, essere accertata dal giudice nazionale, per un limite inerente alla natura dell'attività giurisdizionale» (p. 6); ne consegue che il contrasto con il diritto europeo «non può essere accertato in un giudizio, ma richiede l'intervento del legislatore nazionale, il quale dovrà precisare quale sia la soglia di gravità della frode dell'Iva che rende operante l'obbligo per lo Stato membro di infliggere sanzioni effettive e dissuasive, tenuto conto delle statistiche nazionali sul numero di prescrizioni che sono state applicate ai detti reati di frode» (p. 7).

Non potendo parlarsi di mera *interpretazione*, mancando qualsiasi confine astratto della *norma*, e neppure di *discrezionalità*, mancando qualsiasi criterio, finalistico o fattuale, di riferimento, la categoria logica che veniva in rilievo, nel caso di specie, era dunque la *valutazione*, come del resto espressamente riconosciuto dalla Corte di Giustizia; tuttavia, tranne che nel sindacato di costituzionalità, la *valutazione* ha ad oggetto le *prove*, non già la *norma*; e quindi se la *norma* diviene oggetto di *valutazione*, al di fuori di qualsiasi limite ‘legale’ o di qualsiasi criterio di riferimento, essa assume i contorni non già di una ‘regola di azione’, ma di un concetto del tutto elastico, soggetta al totale arbitrio (in senso epistemologico) del giudice, costretto a riempire di contenuto il concetto, ed insuscettibile di orientare «le libere scelte d’azione» del cittadino (Corte Cost., 364 del 1988).

In altri termini, l’assoluta carenza di tassatività della *norma* imponeva al giudice nazionale una valutazione di natura politico-criminale (una *Kriminalpolitik im kleinen*, secondo la felice definizione ‘ossimorica’ elaborata nella dottrina penalistica d’oltralpe), fisiologicamente riservata al legislatore, sulla effettività e dissuasività della complessiva disciplina normativa rispetto alla tutela degli interessi finanziari dell’UE¹⁷; *valutazione* che assegnava al giudice l’*an* della punibilità in concreto dei fatti lesivi degli interessi finanziari dell’UE.

L’attribuzione di un potere di *valutazione* dell’adeguatezza della *norma* al giudice comune, inoltre, sovvertiva non soltanto la natura del giudizio, ma altresì il carattere accentrato del controllo sulle norme: sotto il primo profilo, al giudice comune, cui compete la *valutazione del fatto* e l’*applicazione della norma*, veniva attribuita altresì la *valutazione della norma* (della sua adeguatezza politico-criminale); sotto il secondo profilo, si induceva una riallocazione del controllo sulla legge, che, nel nostro sistema costituzionale, è rimesso all’esclusiva competenza della Corte costituzionale; nell’impostazione della sentenza Taricco, invece, il controllo accentrato (sulla legittimità costituzionale) si dissolveva in un *controllo diffuso* sull’adeguatezza politico-criminale della legge – profilo comunque estraneo alla competenza della Consulta¹⁸, essendo prerogativa esclusiva del legislatore –, rimesso al giudice comune.

¹⁷ E’ questo, secondo C. SOTIS, *Il limite come controlimito*, cit., p. 15 ss., il profilo maggiormente critico della sentenza Taricco, il «limite inerente alla natura dell’attività giurisdizionale», suscettibile di essere azionato come controlimito.

¹⁸ Sui limiti del controllo di legittimità sui presupposti fattuali delle scelte di criminalizzazione o di risposta al reato, per tutti, D. PULITANO, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1004 ss.

2.2. *Il contenuto della valutazione dei presupposti della disapplicazione e la dissoluzione dei confini tra Poteri dello Stato*

Sotto diverso ed ulteriore profilo, inoltre, l'affidamento al giudice dell'individuazione dell'*oggetto* («frode grave»), dell'*ambito di applicabilità* («la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'UE»), e della valutazione di ineffettività della disciplina («in un numero considerevole di casi di frode grave»), assegnava all'ordine giudiziario un *potere* normativo riservato al legislatore, che viola il principio fondamentale della separazione dei poteri, comportando una sovrapposizione del 'giudiziario' al 'legislativo', e l'attribuzione alla giurisdizione di una funzione *normativa* in materia penale patentemente inosservante del precetto che impone che il giudice sia soggetto «*soltanto alla legge*» (art. 101, comma 2, Cost.).

Laddove la frizione con il principio di separazione dei poteri non derivava, nel caso in esame, dalla 'provenienza' europea, o giurisprudenziale (rilevante ai diversi fini della riserva di legge), della norma, bensì dal *contenuto* della norma, che rimetteva direttamente al giudice la valutazione di adeguatezza di una disciplina penale ai fini di prevenzione; in altri termini, al giudice veniva affidata una valutazione di natura politico-criminale, relativa all'efficacia general-preventiva della complessiva disciplina penale a tutela degli interessi finanziari dell'U.E., che, in base al principio della divisione dei poteri¹⁹, non può che competere al legislatore, nazionale o anche - nei limiti e con le forme, soltanto indirette, previste dal TFUE - 'eurounitario'²⁰.

3. *L'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Consulta: prove di "dialogo"*

A fronte del *dictum* della Corte di Giustizia che, rinnegando anche la

¹⁹ Sottolinea tale profilo L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. contemp.*, 10 dicembre 2015.

²⁰ Sottolinea tale profilo anche D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. contemp.*, 5 ottobre 2016, 7, secondo cui «la novità della sentenza Taricco, che fa la differenza, (...) è che la valutazione affidata al giudice coinvolge la norma: non la sua legittimità rispetto a principi sovraordinati, ma la sua adeguatezza in concreto. (...) Non è una questione di *interpretazione* della norma. (...) E' una questione di politica del diritto penale, di competenza di chi pone la norma. (...) la riserva di legge e la determinatezza della legge penale sarebbero incrinata anche se il *dictum* della sentenza Taricco fosse pronunciato dal legislatore. Sarebbe il giudice, e non il legislatore, a decidere in ultima analisi sulla norma applicabile in materia di prescrizione».

propria precedente giurisprudenza che impediva interpretazioni *in malam partem*, ed ignorando i principi costituzionali che presidiano la materia penale nel nostro ordinamento e la stessa giurisprudenza costituzionale sulla natura sostanziale della prescrizione, la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 24 del 2017, ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE in ordine alla 'questione *Taricco*', proponendo, invece, un tentativo di "dialogo" – leale, in quanto fondato su una delimitazione chiara delle proprie prerogative e delle proprie 'ragioni', e degli ambiti suscettibili di legittimo confronto – con la Corte di Lussemburgo.

Un tentativo, peraltro, fermo²¹ e, allo stesso tempo, 'astuto', perché è riuscita a 'mettere all'angolo' la Corte di Giustizia, concedendole l'alternativa tra ribadire la *primauté* (anche) in materia penale affermata con la sentenza *Taricco*, in tal modo, tuttavia, esponendosi al *pressoché* certo azionamento dei 'controlimiti', ovvero riformulare la *regula iuris*, declinandola in termini non incompatibili con i principi supremi dell'ordinamento italiano; in altre parole, la responsabilità politica ed istituzionale dell'eventuale scelta di ignorare il tentativo di 'dialogo', e di perseverare nel "monologo", è stata in tal modo rimessa alla Corte di Lussemburgo, come si evince chiaramente anche dal tenore dei tre quesiti sottoposti in sede di rinvio pregiudiziale.

Nel rinviare per l'interpretazione dell'art. 325 TFUE, la Consulta ha rivolto, infatti, tre 'domande retoriche', chiedendo se l'obbligo di disapplicazione dei termini di prescrizione previsti dalla normativa nazionale dovesse ritenersi applicabile: 1) anche in assenza di «una base legale sufficientemente determinata»; 2) anche se la prescrizione, che è estranea alle competenze dell'Unione, «è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità»; 3) anche se «sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro».

In altri termini, sul presupposto, chiaramente esposto nella motivazione, che il principio di legalità, nella duplice dimensione dell'irretroattività e della determinatezza della norma penale, rappresenti un "principio supremo", che contribuisce a connotare l'identità costituzionale dell'ordinamento italiano, la Consulta ha chiesto se dell'art. 325 TFUE dovesse essere fornita, dalla

²¹ In tal senso, tra i primi commenti in dottrina, F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla "Taricco": punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, n. 3, p. 285 ss.; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, in *Dir. pen. contemp.*, 13 febbraio 2017. Per ulteriori riflessioni, sia sufficiente richiamare il volume collettaneo curato da A. BERNARDI, C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017.

Corte di Giustizia, una interpretazione ‘incostituzionalmente orientata’²².

Interpretazione che, nei *caveat* della Consulta, avrebbe fatto scattare automaticamente i ‘controlimiti’.

Oltre che ferma ed ‘astuta’, la decisione costituzionale è stata altresì caratterizzata da garbo istituzionale, espresso innanzitutto nella decisione di operare un rinvio pregiudiziale, dissimulando «un persistente dubbio interpretativo sul diritto dell’Unione» e «sul significato da attribuire all’art. 325 del TFUE sulla base della sentenza resa in causa Taricco»²³; garbo manifestato anche nell’opzione di non richiamare mai i ‘controlimiti’ – espressione pure ormai acquisita alla giurisprudenza costituzionale a partire dalla celebre sentenza n. 238 del 2014²⁴ –, per evitare di veicolare un messaggio poco dialogico, di ‘confronto muscolare’, ricorrendo, viceversa, ad un registro argomentativo privo di connotati polemici (come talvolta si è registrato nelle decisioni del *Bundesverfassungsgericht*²⁵), e adoperando sempre la circonlocuzione «principi supremi dell’ordine costituzionale italiano e diritti inalienabili della persona», ovvero la nozione di «identità costituzionale», espressamente richiamata dall’art. 4, § 2, TUE²⁶; messaggio

²² G. CIVELLO, *La Consulta, adita sul caso “Taricco”, adisce la Corte di Giustizia: orientamenti e disorientamenti nel c.d. “dialogo fra le corti”*, in *archiviopenaleonline*, 2017, n. 1, p. 13.

²³ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 3.

²⁴ Corte Cost., 22 ottobre 2014, n. 238; l’importanza della decisione è attestata dalla particolare attenzione manifestata dalla dottrina: senza pretesa di completezza, M. LUCIANI, *I controlimiti e l’eterogenesi dei fini*, in *Quest. giust.*, 2015, n.1, 84 ss.; G. SILVESTRI, *Sovranità vs. Diritti fondamentali*, in *Quest.giust.*, 2015, n.1, p. 57 ss.; E. LUPO, *I controlimiti per la prima volta rivolti verso una sentenza della Corte internazionale di giustizia*, in *Quest. giust.*, 2015, n.1, p. 64 ss.; E. LAMARQUE, *La Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere anche mordere*, in *Quest. giust.*, 2015, n.1, p. 76 ss.; 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 on line*, 2014; R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i “Controlimiti” 2.0*, in *Federalismi*, 2016, n. 1, p. 2 ss.; P. FARAGUNA, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2 novembre 2014.

²⁵ Di recente, *Bundesverfassungsgericht*, Secondo Senato, 15 dicembre 2015, R., consultabile in *www.bundesverfassungsgericht.de*; in *Cass. pen.*, 2016, n. 4, p. 1748, con osservazioni di N. CANESTRINI, *Dalla Corte costituzionale tedesca un limite alla penetrazione dell’ordinamento comunitario negli Stati nazionali?*, *ivi*, p. 1749 ss.; per un commento, M.D. POLI, *Mir gehört die Letztentscheidungskompetenz! L’ennesimo dialogo-scontro tra Bundesverfassungsgericht e Corte di Giustizia dell’Unione Europea*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, 28 settembre 2016.

²⁶ Anche G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all’ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritti comparati*, 20 febbraio 2017, p. 2 s., sottolinea il differente registro dialettico rispetto ad altre Corti costituzionali, evidenziando che la ricostruzione della Consulta «ripropone la vitalità di un *Italian style* nell’impostazione

dialogante desumibile anche dagli incisi retorici che ritengono «sommamente improbabile» il caso che l'applicazione del diritto dell'Unione possa, in specifiche ipotesi, rivelarsi inosservante dei principi supremi e dei diritti inalienabili²⁷.

Ma la reale cifra della decisione della Corte costituzionale va rinvenuta senz'altro nel denso apparato motivazionale, che, pur proclamando la propria devozione alla *primauté*, contemporaneamente ha affermato una netta rivendicazione della supremazia dei controlimiti.

Chiarite preliminarmente le coordinate lessicali sulle quali è possibile impostare un reale 'dialogo', la Consulta ha individuato nel principio di determinatezza il cardine della verifica rimessa alla Corte di Giustizia.

Tra i molteplici parametri costituzionali invocati dai giudici remittenti, l'ordinanza di rinvio pregiudiziale ha concentrato l'attenzione sulla declinazione della legalità penale che maggiormente involge il rapporto tra legislatore e giudice; e la verifica della determinatezza della *regula iuris* desunta dalla sentenza *Taricco* è stata sollecitata sotto un duplice profilo: quello della ragionevole prevedibilità, in base al quadro normativo vigente al tempo del fatto, che l'art. 325 TFUE avrebbe imposto la non applicazione della disciplina nazionale sugli atti interruttivi della prescrizione; e quello dell'assegnazione al giudice di «discrezionali valutazioni di politica criminale», in violazione del «principio di separazione dei poteri di cui l'art. 25, secondo comma, Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale»²⁸.

Ma la verifica sollecitata non era una 'delega in bianco' alla Corte di Lussemburgo, perché la Consulta, sul presupposto già esplicitato che la determinatezza, in quanto declinazione del principio di legalità e della separazione dei poteri, rappresenta un «principio supremo», non ha esitato a pronunciarsi su entrambi i profili, pur sempre ribadendo l'esclusiva competenza della Corte di Giustizia nell'interpretazione della base legale, individuata nell'art. 325 TFUE²⁹: quanto al primo, richiamandosi anche all'art. 7 CEDU ed alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la Corte ha sostenuto di essere «convinta che la persona non potesse ragionevolmente

dei rapporti tra diritto interno e diritto UE», offrendosi «come valida alternativa rispetto ad analoghi criteri di giudizio forgiati in questi anni di turbolenza costituzionale da altre Corti costituzionali, prima fra tutte il *Bundesverfassungsgericht*».

²⁷ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 2.

²⁸ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 5.

²⁹ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 5: «Non spetta certamente a questa Corte attribuire all'art. 325 TFUE un significato differente da quello che gli conferisce la Corte di Giustizia; è invece suo dovere prendere atto di quel significato e decidere se esso fosse percepibile dalla persona che ha realizzato la condotta avente rilievo penale».

pensare, prima della sentenza resa in causa *Taricco*, che l'art. 325 TFUE prescrivesse al giudice di non applicare» le norme sull'interruzione della prescrizione, ove ne fosse derivata l'impunità di gravi frodi fiscali in danno dell'Unione in un numero considerevole di casi, ovvero la violazione del principio di assimilazione; in ordine al secondo profilo, la Consulta ha affermato che «non vi è modo di definire in via interpretativa con la necessaria determinatezza il requisito del numero considerevole di casi, cui è subordinato l'effetto indicato dalla Corte di giustizia»; al riguardo, pur non dubitandosi che il requisito si riferisca alla «sistematica impunità», «tuttavia il concetto rimane per sua natura ambiguo, e comunque non riempibile di contenuto attraverso l'esercizio della funzione interpretativa».

E in uno dei passaggi maggiormente significativi dell'ordinanza della Corte costituzionale, probabilmente di quelli che potrebbero maggiormente 'fertilizzare' la giurisprudenza (anche costituzionale) futura, viene affermato che la legge penale, che governa l'attività giurisdizionale, «non può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo al giudice»³⁰.

Inoltre, sotto il profilo dei rapporti tra Unione e Stati membri, particolarmente rilevante appare la precisazione con cui la Consulta ha provveduto ad una delimitazione dei confini, chiarendo che, se alla Corte di giustizia spetta il «compito di definire il campo di applicazione del diritto dell'Unione», è alla Corte costituzionale che spetta l'*Identitätskontrolle*, «la verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento nazionale».

3.1. *L'ordinanza 'monito' e lo spostamento del baricentro della produzione del diritto penale*

La decisione della Corte costituzionale, fondata sulla simulazione di devozione "istituzionale" al primato del diritto UE, e sulla contemporanea sterilizzazione della 'regola *Taricco*', potrebbe essere definita, in termini descrittivi, come un'ordinanza "monito"³¹; un monito rivolto alla Corte

³⁰ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 5: «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».

³¹ Di grande rilevanza è la recente ordinanza-'monito' pronunciata da Corte cost., n. 207 del 2018, in tema di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), caratterizzata, altresì, dall'inedito rinvio della decisione di un anno per consentire al legislatore una regolamentazione della materia delle scelte di fine-vita. Per tutti, in un dibattito già intenso, C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Dir.*

di Giustizia UE affinché rivisitasse la *regula iuris* affermata con la sentenza *Taricco*, rendendola non incompatibile con i principi supremi dell'ordinamento nazionale.

Se si pensa al fatto che le sentenze-monito sono state tradizionalmente rivolte al legislatore, con un invito a rendere la disciplina di un dato oggetto conforme a Costituzione³², in alcuni casi accompagnandolo da una sorta di minaccia di una possibile decisione di accoglimento³³ – come nel caso dell'ordinanza 24 del 2017 -, il differente destinatario al quale è stato, questa volta, rivolto il “monito” – la Corte di Giustizia UE – appare un indice francamente eloquente dello spostamento del baricentro delle fonti di produzione (anche) del diritto penale.

pen. contemp., 3 dicembre 2018; S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. contemp.*, 14 marzo 2019; L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. contemp.*, 27 marzo 2019; R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in *Dir. pen. contemp.*, 8 aprile 2019. Come è noto, in assenza del pur sollecitato intervento legislativo, il ‘caso Cappato’ ha avuto il proprio epilogo nella sentenza della Corte Cost. n. 242 del 22 novembre 2019, che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale della fattispecie di aiuto al suicidio di cui all'art. 580 c.p. Il medesimo schema decisorio già seguito per il ‘caso Cappato’ è stato reiterato, a proposito della legittimità ‘convenzionale’ e costituzionale della pena detentiva per il reato di diffamazione a mezzo stampa, con l'ordinanza n. 131 del 26 giugno 2020, con cui la Corte Costituzionale, tenendo conto della pendenza in Parlamento di diversi progetti di legge in materia di revisione della disciplina della diffamazione a mezzo stampa, ha rinviato di un anno la decisione, demandando al legislatore «la responsabilità di individuare complessive strategie sanzionatorie in grado, da un lato, di evitare ogni indebita intimidazione dell'attività giornalistica», e, dall'altro, «di assicurare un'adeguata tutela della reputazione individuale», disegnando «un equilibrato sistema di tutela dei diritti in gioco», che contempli non solo il ricorso a sanzioni penali non detentive e a rimedi civilistici e riparatori, ma anche a «efficaci misure di carattere disciplinare», e che riservi la pena detentiva soltanto alle condotte che «assumano connotati di eccezionale gravità dal punto di vista oggettivo e soggettivo, fra le quali si iscrivono segnatamente quelle in cui la diffamazione implichi una istigazione alla violenza ovvero convogli messaggi d'odio». Per un primo commento in dottrina, M. MANTOVANI, *Dalla Consulta un requiem per la tutela penale dell'onore?*, in *PenDirProc*, 8 ottobre 2020; GATTA, *Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta lo ‘schema-Cappato’ e passa la palla al Parlamento, rinviando l'udienza di un anno*, in *SistPen*, 10 giugno 2020.

³² Per tutti, T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2013, 13° ed. aggiornata da G. Silvestri, p. 504.

³³ M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la Corte costituzionale di Ungheria*, 11 giugno 2010, p. 21, che rammentano, altresì, la definizione, in dottrina, di sentenze di incostituzionalità accertata, ma non dichiarata, o di sentenze di rigetto (o di inammissibilità) con accertamento di incostituzionalità.

Ed in un sistema costituzionale tuttora presidiato dal principio di riserva di legge assoluta in materia penale il rilievo dovrebbe far molto riflettere, anche in una prospettiva che prescinde dall'occasione fornita dalla sentenza *Taricco*, sulle lunghe traiettorie percorse, probabilmente abbacinati da un inconsapevole e dogmatico 'euro-entusiasmo', sulla strada della dissoluzione del sistema costituzionale di produzione del diritto penale.

3.2. *La Corte costituzionale custode esclusiva dei 'controlimiti'*

L'altro profilo di particolare rilievo affermato dalla Corte Costituzionale concerne la rivendicazione del ruolo di esclusivo custode dei 'controlimiti', anche nei rapporti con l'ordinamento eurounitario.

La Consulta, infatti, è molto netta nell'affermare che la Corte di giustizia ha il compito di definire il campo di applicazione del diritto dell'Unione, ma che la valutazione in ordine al rispetto dell'*identità costituzionale*, alla compatibilità del diritto eurounitario (come interpretato dalla Corte UE) con i principi supremi e i diritti inalienabili garantiti dall'ordinamento nazionale compete esclusivamente alla Corte costituzionale.

Una rivendicazione ormai ineludibile, perché la Corte di giustizia, innescando il meccanismo del 'dialogo diretto' con i giudici comuni, aveva già tentato di dissolvere il controllo accentrato di costituzionalità, così come delineato (anche) nel nostro ordinamento costituzionale; nell'affidare al giudice comune il compito di disapplicare direttamente la disciplina nazionale, allorquando contrastante con gli scopi e gli interessi europei, la Corte di Lussemburgo, con la 'regola *Taricco*', non faceva altro che spostare il baricentro da un controllo accentrato (sulla legittimità costituzionale) ad un *controllo diffuso* sull'*adeguatezza politico-criminale* della legge, rimesso al giudice comune³⁴.

Nella chiara rivendicazione del ruolo della Corte costituzionale di custode esclusivo dell'*Identitätskontrolle* assume, peraltro, un ruolo centrale il «ripudio» del «giudice di scopo»³⁵ ed il rinnovato spessore riconosciuto al principio di determinatezza.

Nell'estromettere il "giudice di scopo" dall'orizzonte costituzionale dell'ordinamento nazionale, e, di conseguenza, dallo 'strumentario'

³⁴ Cfr. *infra* § 2.1. .

³⁵ C. SOTIS, "Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia". *Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (Caso Taricco)*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., p. 449, che sottolinea l'uso del medesimo verbo – «ripudiare» – adoperato nell'art. 11 Cost., quasi a richiamare le fondamentali ragioni di pace su cui poggiano le limitazioni di sovranità.

utilizzabile dalla Corte di giustizia per l'esplicazione della funzione propulsiva autoattribuitasi, la Consulta afferma «il principio che l'attività del giudice (...) deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate»³⁶, sostenendo che la determinatezza non possa ritenersi rispettata allorquando i concetti adoperati dalla norma – gli elementi normativi della fattispecie – non siano «riempibili di contenuto attraverso l'esercizio della funzione interpretativa»³⁷.

Sembra, dunque, che il canone della determinatezza non possa più esaurirsi nella '*determinabilità*' della norma, sulla scorta anche dell'interpretazione (costante) del giudice – nel solco della giurisprudenza costituzionale pronunciata sul reato di “disastro innominato”³⁸ –, ma debba coincidere con l'eshaustività precettiva della descrizione legale.

L'interrogativo che occorre porsi, nella vicenda *Taricco*, concerne, dunque, la reale latitudine del «profilo della carente determinatezza della *norma europea*»³⁹ evidenziata dalla Consulta.

In altri termini, per rispettare la determinatezza intesa come '*determinabilità*', sarebbe stato sufficiente, alla Corte di giustizia, integrare i requisiti ed i presupposti della *regula iuris* posta con la sentenza *Taricco*, magari '*tassativizzandola*' mediante precisazione del requisito di gravità delle frodi, e del numero considerevole di frodi gravi. In tal senso, l'*oggetto* della determinatezza sarebbe stata la *regula iuris*, come formulata (e, in ipotesi, integrata) dalla Corte di giustizia.

Nella declinazione assunta dalla Corte costituzionale, invece, l'*oggetto* della verifica del rispetto del principio di determinatezza non è la *regula iuris* affermata dalla sentenza della Corte UE, bensì la *disposizione* (*recte*, la *norma*); e la funzione storica di garanzia tradizionalmente assegnata alla determinatezza, quale corollario della separazione dei poteri e quale presupposto di conoscibilità della 'legge' in funzione di libertà⁴⁰, nonché

³⁶ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 9.

³⁷ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 5.

³⁸ Corte Cost., 1 agosto 2008, n. 327. Al riguardo, C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, cit., § 3, richiamando l'immagine efficacemente proposta da Francesco PALAZZO della geometria variabile della determinatezza, trasformatasi da linea verticale in triangolo (F. PALAZZO, *Introduzione alla Sessione «Common law, civil law e oltre»*, in A.M. Stile, S. Manacorda, V. Mongillo (a cura di), *Civil Law e Common Law: quale “grammatica” per il diritto penale?*, Napoli, ESI, 2018, p. 89 ss.), evidenzia come, nella sentenza del 2008, la determinatezza si rivolga *anche* al giudice, per supplire in via interpretativa ad eventuali carenze descrittive della fattispecie (p. 14).

³⁹ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 9.

⁴⁰ In tema, per tutti, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Milano, 1979, *passim* (spec. p. 138 ss., 163 ss.); S. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’. Ruolo e prospettive*

quale precipitato del principio di riserva di legge, è intrinsecamente legata alla determinatezza dell'*enunciato normativo*⁴¹.

4. Il 'passo indietro' della Corte di Giustizia: la sentenza Taricco-bis

Con la sentenza del 5 dicembre 2017 la Corte di Giustizia aggiunge un'ulteriore tessera al composito mosaico disegnato nella c.d. saga Taricco dalle diverse pronunce che si sono susseguite; una tessera che, tuttavia, ribadisce le differenze 'stilistiche' dei diversi autori del mosaico, e che lascia quasi pensare che le tecniche compositive siano troppo divergenti tra loro per poter realizzare una composizione unitaria.

Nonostante sia stata accolta con un certo favore nei primi commenti dottrinali e nel dibattito innescato dalle numerose questioni in gioco⁴², la sentenza M.A.S. (da ora *Taricco bis*) sembra in realtà avere avuto un unico, per quanto non scontato, merito: quello di avere disinnescato la 'bomba' dei c.d. controlimiti, eludendo⁴³ la terza questione rimessa dalla Corte

del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano, Napoli, 2001, *passim*.

⁴¹ F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 319 ss.

⁴² Oltre ai lavori che saranno citati nelle successive note, ed ai contributi raccolti nel volume collettaneo curato da C. Amalfitano, *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Milano, Giuffrè, 2018, senza pretesa di completezza, E. LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *Dir. pen. contemp.*, 23 dicembre 2017, n. 12; E. LUPO, *La sentenza Taricco-bis e i suoi effetti*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 12 gennaio 2018; F. VIGANÒ, *Legalità 'nazionale' e legalità 'europea' in materia penale: i difficili equilibrismi della Corte di giustizia nella sentenza M.A.S. ("Taricco II")*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1281 ss.; F. URBINATI, *L'epilogo di "Taricco bis": la Corte di Giustizia cede all'ordinanza della Consulta*, in *Arch. pen. web*, n. 3 del 2017; A. LONGO, *Taricco-bis: un dialogo senza comunicazione*, *ivi*, n. 1 del 2018; R. BIN, *Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2 febbraio 2018 (nonché nel volume curato da C. Amalfitano, *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, cit., p. 227); V. MARCENÒ, *La sentenza Taricco-bis. Conseguenze di una sovranità non decisa*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 12 gennaio 2018; A. MASSARO, *Taricco 2 – Il ritorno (sui propri passi?). I controlimiti come questione che "spetta ai giudici nazionali": cambiano i protagonisti, ma la saga continua*, in *Giurispr. penale web*, n. 12 del 2017. Sia altresì consentito rinviare a G. RICCARDI, *La Corte di giustizia tra "dialogo" e "monologo" nella "saga Taricco": silenzi, fraintendimenti e surrettizie appropriazioni di competenze penali dirette*, in C. Amalfitano (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, cit., p. 319-345 (nonché in *Dir. pen. contemp.*, 28 marzo 2018).

⁴³ F. VIGANÒ, *Legalità 'nazionale' e legalità 'europea'*, cit., p. 1311, sottolinea come «la vicenda Taricco mostra, una volta di più, quanto le corti sappiano accortamente evitare di confrontarsi

Costituzionale con l'ordinanza di rinvio con un «elegante *glissé*»⁴⁴.

Tuttavia, ha lasciato sul campo tutti gli interrogativi ed i potenziali vettori di una «sovversione di sistema»⁴⁵.

Per il resto, infatti, pur sterilizzando la 'regola *Taricco*' per i fatti commessi fino alla prima pronuncia dell'8 settembre 2015, la Corte di Lussemburgo ha ribadito la consistenza e la vigenza della *regula iuris*, mediante disinvolute (o inconsapevoli?) interpretazioni del principio di irretroattività della legge penale, calibrato, in realtà, sul diverso concetto di *prevedibilità*, ed una implicita riaffermazione della autoattribuzione di competenze penali dirette.

4.1. Vero 'dialogo', o 'monologhi' camuffati?

L'architettura della sentenza *Taricco bis* è piuttosto scarna, e, come di consueto, assertiva, soprattutto se confrontata con il denso e complesso apparato motivazionale dell'ordinanza della Corte costituzionale, poggiato su solidi, quanto eleganti, pilastri argomentativi.

Premesso l'ormai rituale e quasi taumaturgico richiamo al dialogo, la Corte UE, rammentando il compito degli Stati membri di «garantire una riscossione effettiva» delle risorse proprie dell'Unione⁴⁶ - come se la riscossione dipendesse dal sistema penale, e non già dal sistema amministrativo -, ha ribadito innanzitutto la portata precettiva dell'art. 325 TFUE, che «pone a carico degli Stati membri obblighi di risultato precisi»⁴⁷.

A differenza della prima pronuncia, tuttavia, il destinatario prioritario viene individuato nel «legislatore nazionale», al quale «spetta, in prima battuta, (...) stabilire norme sulla prescrizione che consentano di ottemperare agli obblighi derivanti dall'articolo 325 TFUE» garantendo che «il regime nazionale di prescrizione in materia penale non conduca all'impunità in un numero considerevole di casi di frode grave in materia di IVA» (§ 41).

con le questioni di principio quando la posta in gioco è molto alta sul piano politico».

⁴⁴ R. BIN, *Taricco Tango*, cit., p. 1. L'immagine del Tango, quale metafora del supposto 'dialogo' tra la Corte di giustizia e la Corte costituzionale, era già stata evocata in G. RICCARDI, "Patti chiari, amicizia lunga". *La Corte costituzionale tenta il 'dialogo' nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti*, in BERNARDI-CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti*, cit., p. 355 ss. (e già in *Dir. pen. contemp.*, 27 marzo 2017), laddove, metaforicamente, si ammoniva sul rischio che una danza, fondata su una serie di rigorosi codici condivisi, potesse determinare una rovinosa caduta in caso di inosservanza degli stessi (p. 378).

⁴⁵ V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema"*, cit. .

⁴⁶ CGUE, 5 dicembre 2017, cit., § 32.

⁴⁷ CGUE, 5 dicembre 2017, cit., § 38.

E, tuttavia, l'obbligo di disapplicazione «spetta» anche, evidentemente nelle more di un intervento legislativo adeguato, «ai giudici nazionali competenti a dare piena efficacia agli obblighi derivanti dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE» (§ 39), «a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato» (§ 62).

Ebbene, la riaffermazione della regola *Taricco*, espressione della *primaauté*, viene dunque temperata dalla clausola di riserva prevista nei casi di violazione dei principi di irretroattività e di determinatezza.

Al riguardo, infatti, la Corte europea, nell'intento di evitare lo scontro, ha raccolto il suggerimento della Corte Costituzionale italiana⁴⁸, ed ha percorso il *modus discensus* indicatole, sostenendo di avere già affermato, nella prima sentenza *Taricco*, la necessità che «i giudici nazionali competenti, quando devono decidere, nei procedimenti pendenti, di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione, sono tenuti ad assicurarsi che i diritti fondamentali delle persone accusate di aver commesso un reato siano rispettati»⁴⁹.

A questo punto la Corte, nel sottolineare «l'importanza (...) che riveste il principio di legalità dei reati e delle pene, nei suoi requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile»⁵⁰, ha individuato nell'art. 49 della Carta di Nizza (§ 52) e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (§ 53) – e dunque nell'art. 6, par. 3, TUE, e non nell'art. 4, par. 2, TUE, pure invocato dalla Corte costituzionale – la 'copertura' eurounitaria del principio di legalità, così attraendolo nella dimensione europea.

E le declinazioni del principio di legalità, secondo la Corte, concernono: a) la necessità che le disposizioni penali rispettino determinati «requisiti di accessibilità e di prevedibilità per quanto riguarda tanto la definizione del reato quanto la determinazione della pena» (§ 55); b) «il requisito della *determinatezza* della legge applicabile», che «implica che la legge definisca

⁴⁸ Corte Cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, § 7, laddove, richiamando appunto i paragrafi 53 e 55 della sentenza *Taricco*, affermava: «il convincimento di questa Corte, del quale si chiede conferma alla Corte di giustizia, è che con tali asserzioni si sia inteso affermare che la regola tratta dall'art. 325 del TFUE è applicabile solo se è compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro, e che spetta alle competenti autorità di quello Stato farsi carico di una siffatta valutazione».

⁴⁹ CGUE, 5 dicembre 2017, cit., § 46, che richiama espressamente il par. 53 della prima sentenza *Taricco*.

⁵⁰ CGUE, 5 dicembre 2017, cit., § 51.

in modo chiaro i reati e le pene che li reprimono» (§ 56); c) «il principio di *irretroattività* della legge penale» (§ 57).

Tanto premesso, la Corte di giustizia ha concluso affermando che, poiché i requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività si applicano, nell'ordinamento giuridico italiano, anche al regime di prescrizione relativo ai reati in materia di IVA (§ 58), spetterà al giudice nazionale verificare se l'obbligo di disapplicazione enucleato dalla sentenza *Taricco* «conduca ad una situazione di incertezza nell'ordinamento giuridico italiano quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile, incertezza che contrasterebbe con il principio di determinatezza della legge applicabile»⁵¹.

Il principio di irretroattività, invece, impedirà la disapplicazione nei confronti delle «persone accusate di aver commesso reati in materia di IVA *prima della pronuncia della sentenza Taricco*», cui potrebbero altrimenti essere inflitte «sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggite se le suddette disposizioni fossero state applicate»⁵².

In tali casi, dunque, il giudice nazionale non sarebbe tenuto a conformarsi all'obbligo di disapplicazione enunciato con la sentenza *Taricco*.

4.2. *Le equazioni improprie: la 'prevedibilità' sta alla 'irretroattività' come la sentenza europea sta alla legge*

La decisione della Corte di Giustizia ha evitato, dunque, la deflagrazione della 'bomba'⁵³, rappresentata dai controlimiti, affermando la prevalenza dei principi di irretroattività e determinatezza sulla regola *Taricco*.

Tuttavia, è la concreta delimitazione dei principi operata dalla Corte europea che non ha dissolto tutti i dubbi interpretativi ed applicativi, suscitando preoccupazioni per la tenuta costituzionale del sistema penale italiano.

Con particolare riferimento al principio di irretroattività, invero, va innanzitutto evidenziato che la prima sentenza *Taricco* aveva già operato uno scrutinio dell'obbligo di disapplicazione con l'art. 49 della Carta di Nizza, sostenendo che «la disapplicazione delle disposizioni nazionali di cui trattasi avrebbe soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale pendente, di consentire un

⁵¹ CGUE, 5 dicembre 2017, cit., § 59.

⁵² CGUE, 5 dicembre 2017, cit., § 60 (corsivo aggiunto).

⁵³ M. BASSINI – O. POLLICINO, *Defusing the Taricco Bomb through Fostering Constitutional Tolerance: All Roads Lead to Rome*, in *Dir. pen. contemp.*, 11 dicembre 2017.

effettivo perseguimento dei fatti incriminati»⁵⁴. Adottando quale parametro di riferimento l'art. 49 della Carta di Nizza⁵⁵, che, in forza del successivo art. 52, recepisce il principio del *nullum crimen* nell'estensione riconosciutagli dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo formatasi sulla corrispondente previsione dell'art. 7 CEDU, la Corte di Lussemburgo aveva affermato che la materia della prescrizione del reato concerne il profilo *processuale* delle condizioni di procedibilità del reato, e dunque non è coperta dalla garanzia del *nullum crimen*; in tal senso, infatti, anche l'applicazione del termine di prescrizione a fatti già commessi, ma non ancora giudicati in via definitiva, doveva ritenersi compatibile con l'art. 7 CEDU, che si limita a garantire che il soggetto non sia punito per un «fatto» o con una «pena» non previsti dalla legge al momento della sua commissione⁵⁶.

Con la sentenza *Taricco bis*, la Corte di Giustizia ha invece affermato che «il principio di irretroattività della legge penale osta in particolare a che un giudice possa, nel corso di un procedimento penale, sanzionare penalmente una condotta non vietata da una *norma nazionale* adottata prima della commissione del reato addebitato, ovvero aggravare il regime di responsabilità penale di coloro che sono oggetto di un procedimento siffatto»⁵⁷.

La declamazione del principio è alta, la sua applicazione molto meno.

Nonostante l'irretroattività sia stata, infatti, riferita alla vigenza di una «norma nazionale», nondimeno la Corte di Lussemburgo ha in realtà applicato il principio del limite temporale della norma penale individuando la stessa sentenza *Taricco* come *dies a quo* per la 'vigenza' (la terminologia, del tutto inedita per una decisione giurisdizionale, è un indice eloquente del fenomeno di metamorfosi della legalità penale) dell'obbligo di disapplicazione.

Ebbene, oltre a lasciare residuare problemi applicativi per i fatti commessi dopo l'8 settembre 2015, sotto altro profilo, l'opzione interpretativa rinnega il fondamento stesso del principio di irretroattività, che è indissolubilmente legato alla *legge*.

In altri termini, la Corte di Giustizia si è autoriconosciuta un ruolo di *giurisprudenza-fonte*, collegando l'operatività del principio di irretroattività alla *sentenza*, e non più alla *norma*, ed attribuendo una natura costitutiva, e

⁵⁴ CGUE, 8 settembre 2015, *Taricco*, cit., § 55.

⁵⁵ «Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso».

⁵⁶ CGUE, 8 settembre 2015, *Taricco*, § 57.

⁵⁷ CGUE, 5 dicembre 2017, cit., § 57 (corsivo aggiunto).

non meramente cognitiva, alle proprie decisioni, anche in materia penale.

Ciò che comporta una vistosa attribuzione di competenze penali dirette, che, in un sistema costituzionale (ancora) presidiato dal principio di riserva di legge assoluta in materia penale, infligge un evidente *vulnus* al tessuto costituzionale.

In realtà, oltre ad avere completamente ignorato il corollario della riserva di legge – che, in verità, non era stato sottoposto dalla Corte Costituzionale nell’ordinanza di rinvio –, la Corte europea ha declinato l’irretroattività non già nei termini di un limite *oggettivo* di efficacia temporale della *legge* penale, bensì nei termini di mera *prevedibilità soggettiva* della *norma* penale (di fonte anche giurisprudenziale); sicché la solenne affermazione del principio di irretroattività (§ 57) è stata, in realtà, ridimensionata, immediatamente dopo (§ 60), in una mera *prevedibilità soggettiva* dell’applicabilità di una norma, in una *fairness*, intesa come affidamento a che le regole non vengano cambiate in corsa⁵⁸.

Anche perché, se la ‘base legale’ dell’obbligo di disapplicazione *in malam partem* è stata individuata dalla Corte di Lussemburgo nell’art. 325 TFUE, coerenza avrebbe imposto che la ‘norma europea’ fosse in realtà già vigente dall’adozione del Trattato, e che la sentenza *Taricco* ne avesse soltanto ‘dichiarato’ l’esistenza; con conseguente irrilevanza di qualsivoglia problema di applicazione retroattiva⁵⁹.

Al contrario, merita di essere ribadito che la sentenza *Taricco* non può essere assunta, nell’ordinamento nazionale, alla stregua di una *legge processuale* o *sostanziale*, la cui ‘entrata in vigore’ segna il limite temporale di applicazione⁶⁰, a ciò ostando il principio di legalità in materia penale, nella duplice dimensione della riserva di legge e della irretroattività (nella più ampia declinazione costituzionale, scandita sul rapporto tra *fatto-reato* e *legge*, e non in quella eurounitaria).

⁵⁸ Sulla dimensione della *fairness* come ragionevole prevedibilità, C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, cit., p. 448.

⁵⁹ Come coerentemente affermato dalla prima decisione della Corte di Cassazione (Sez. 3, n. 2210 del 17/09/2015 - dep. 20/01/2016, Pennacchini, Rv. 266121) dopo la sentenza *Taricco*, che si era conformata all’obbligo di disapplicazione *in malam partem* enucleato dalla Corte di giustizia.

⁶⁰ Sul punto, sia consentito rinviare a G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte eurounitaria tra limiti di attribuzione ‘internazionale’ e controlimiti ‘costituzionali’*, in *Cass. pen.*, n. 2 del 2017, p. 877 (già in Atti del Convegno di studi “*Aspettando la Corte Costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*”, in *Rivista AIC*, n. 4 dell’11/11/2016, p. 10 ss.)

4.3. *Il principio di determinatezza nel dialogo diretto con il giudice nazionale: prove di controllo diffuso di costituzionalità?*

L'affermazione del principio di determinatezza, quale ostacolo alla 'vigenza' dell'obbligo di disapplicazione enucleato dalla sentenza *Taricco*, appare di particolare rilievo, non soltanto perché, a quanto consta, è stata la prima volta che la giurisprudenza europea ne fa un espresso riconoscimento, ma anche perché viene riferita alla "legge", e, solo con ruolo ausiliario, all'interpretazione: «tale condizione è soddisfatta quando il singolo può conoscere, *in base al testo della disposizione rilevante e*, se del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici, gli atti e le omissioni che chiamano in causa la sua responsabilità penale»⁶¹.

Nel dubbio interpretativo sulla nozione di determinatezza che sarebbe stata assunta a parametro, come mera 'determinabilità', ovvero come determinatezza dell'*enunciato normativo*⁶², quale esaustività precettiva della descrizione legale, la declinazione della determinatezza operata dalla Corte di Giustizia appare, sorprendentemente, ampia, in quanto riferita non già alla *regula iuris* affermata dalla sentenza *Taricco*, ma all'*enunciato normativo*, seppur con una (non meglio precisata nell'estensione) apertura all'ausilio dell'interpretazione.

Il futuro rivelerà se si tratti di sterile enunciazione di principio, o di affermazione capace di 'fertilizzare' anche la giurisprudenza europea.

Sul punto, peraltro, la Corte di giustizia ha rimesso «al giudice nazionale» il compito di verificare il rispetto del canone della determinatezza da parte della regola *Taricco* (§ 59).

Eppure, la Consulta era stata molto netta nell'affermare che la Corte di giustizia ha il compito di definire il campo di applicazione del diritto dell'Unione, ma che la valutazione in ordine al rispetto dell'*identità costituzionale*, alla compatibilità del diritto eurounitario (come interpretato dalla Corte UE) con i principi supremi e i diritti inalienabili garantiti dall'ordinamento nazionale compete esclusivamente alla Corte costituzionale, ed aveva già escluso la possibilità di «definire in via interpretativa con la necessaria determinatezza il requisito del numero considerevole dei casi»⁶³, rinnegando l'idea stessa di un "giudice di scopo".

⁶¹ CGUE, 5 dicembre 2017, cit., § 56 (corsivo aggiunto).

⁶² Cfr. *infra* § 3.2. .

⁶³ Corte Cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, § 5.

Dopo avere già tentato di dissolvere il controllo accentrato di costituzionalità, demandando al giudice comune, con la ‘regola *Taricco*’, un *controllo diffuso* sull’*adeguatezza politico-criminale* della legge, con la sentenza *Taricco bis*, la Corte di giustizia ha affidato lo scrutinio di compatibilità della *regula iuris* con il principio di determinatezza al «giudice nazionale» competente a disapplicare le norme in tema di prescrizione; in tal modo non soltanto eludendo il confronto con la Corte costituzionale, ma, al tempo stesso, continuando ad intessere quel ‘dialogo’ diretto con i giudici nazionali, già ingaggiati dalla prima sentenza *Taricco* per la ‘lotta’ contro le frodi che ledono gli interessi finanziari europei, loro demandando un *controllo diffuso di costituzionalità* sulla determinatezza della *regula iuris* che, evidentemente, non è ammissibile nel nostro ordinamento costituzionale.

5. La Corte Costituzionale chiude la saga: la sentenza n. 115 del 2018

Con la sentenza n. 115 del 31 maggio 2018 la Corte Costituzionale chiude la c.d. ‘saga *Taricco*’, fornendo alcune importanti precisazioni⁶⁴.

Va, innanzitutto, sottolineata la scelta della Consulta di affrontare le questioni rimaste sul tappeto, con una sentenza interpretativa di rigetto, senza eludere, con una meno impegnativa ordinanza di inammissibilità per sopravvenuta irrilevanza, i profili di criticità emersi nel ‘dialogo’ con la

⁶⁴ In dottrina, senza pretesa di completezza, si vedano i contributi di D. GALLO, *La Corte costituzionale chiude la “saga Taricco”: tra riserva di legge, mancata (?) opposizione del controlimito e implicita negazione dell’effetto diretto*, M. CAIANIELLO, *Quel che resta del dialogo*, V. MANES, *Taricco, finale di partita*, in *Primato del diritto dell’Unione europea*, a cura di C. Amalfitano, cit., rispettivamente 377 ss., 391 ss., 407 ss.; nonché C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo ‘certo’*, in *Dir. pen. contemp.*, 4 giugno 2018; C. AMALFITANO - O. POLLICINO, *Jusqu’ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco*, in *Diritti comparati*, 5 giugno 2018; P. FARAGUNA, *Roma locuta, Taricco finita*, *ibidem*, 5 giugno 2018; M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in *Dir. pen. contemp.*, 11 luglio 2018; A. RUGGERI, *Taricco, amaro finale di partita*, in *www.giurcost.org*, 3 settembre 2018; F. FERRARO, *Il conflitto reale e il dialogo apparente della Corte di giustizia e della Corte costituzionale in merito al principio di legalità e alla riserva di legge in materia penale*, in *Federalismi*, 26 settembre 2018; FE. MAZZACUVA, *L’epilogo della “saga Taricco”: spunti per una breve riflessione sulla legalità penale*, in *Indice penale*, 2018, 651 ss.; M. LUCIANI, *La dura realtà e il “caso Taricco”*, in *Diritto penale e processo*, 2018, n. 10, p. 1284 ss.; D. PULITANÒ, *La chiusura della saga Taricco e i problemi della legalità penalistica*, *ibidem*, p. 1289 ss.

Corte di giustizia; invero, i giudizi *a quibus* riguardavano fatti antecedenti alla sentenza *Taricco*, per i quali la Corte di Lussemburgo, con la seconda pronuncia, aveva escluso l'applicazione retroattiva della 'regola'.

E ciò ha fatto, verosimilmente, consapevole della reale cifra 'politica' della decisione, che coinvolge, all'evidenza, i rapporti tra l'ordinamento eurounitario e gli ordinamenti nazionali, ed i limiti dell'attività pararnormativa della Corte di Giustizia, sullo sfondo della garanzia costituzionale della riserva di legge e, ancora più a monte, della divisione dei poteri.

Del resto, la Corte di Giustizia, nonostante il 'passo indietro' mosso con la sentenza *Taricco bis*, aveva lasciato tre questioni aperte: 1) la verifica di compatibilità costituzionale della regola *Taricco* rimessa al sindacato diffuso del giudice comune; 2) la pretesa armonizzazione della disciplina della prescrizione in seguito all'adozione della Direttiva 2017/1371 del 5 luglio 2017, che avrebbe fondato una natura processuale dell'istituto; 3) la rilevanza della regola *Taricco* per i fatti commessi dopo l'8 settembre 2015.

Sicché la Consulta è stata costretta a sgombrare il campo del 'dialogo' da una serie di potenziali fraintendimenti, forzando elegantemente il requisito della rilevanza⁶⁵, «perché riconoscere solo sulla base della sentenza M.A.S. l'avvenuta prescrizione significherebbe comunque fare applicazione della "regola Taricco", sia pure individuandone i limiti temporali» (§ 10).

Ed ha definito le questioni rimaste aperte con tre passaggi essenziali, che meritano di essere brevemente richiamati.

Innanzitutto, la prima questione, quella della competenza a verificare la compatibilità della regola *Taricco* con il principio di determinatezza: il rischio di alterare il sistema costituzionale di controllo accentrato di costituzionalità, insito nel tentativo della Corte UE di instaurare un 'dialogo diretto' con il giudice comune, è stato infatti escluso con una univoca rivendicazione del ruolo di custode esclusivo dei controlimiti, che ribadisce espressamente quanto già affermato con l'ordinanza n. 24 del 2017: «L'autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di giustizia è la Corte costituzionale, cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona. A tale scopo il ruolo essenziale che riveste il giudice comune consiste nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto. Perciò (...) in seguito alla sentenza M.A. S. spetta innanzi tutto a questa Corte la valutazione circa l'applicabilità della "regola Taricco" nel

⁶⁵ P. FARAGUNA, *Roma locuta, Taricco finita*, cit., p. 4.

nostro ordinamento» (§ 8).

Anche la seconda questione lasciata aperta, riguardante la natura della prescrizione, è stata definita in maniera *tranchant*, con una sorta di ‘costituzionalizzazione’ della natura sostanziale⁶⁶: «Un istituto che incide sulla punibilità della persona, riconnettendo al decorso del tempo l’effetto di impedire l’applicazione della pena, nel nostro ordinamento giuridico rientra nell’alveo costituzionale del principio di legalità penale sostanziale enunciato dall’art. 25, secondo comma, Cost. con formula di particolare ampiezza. La prescrizione pertanto deve essere considerata un istituto sostanziale, che il legislatore può modulare attraverso un ragionevole bilanciamento tra il diritto all’oblio e l’interesse a perseguire i reati fino a quando l’allarme sociale indotto dal reato non sia venuto meno (potendosene anche escludere l’applicazione per delitti di estrema gravità), ma sempre nel rispetto di tale premessa costituzionale inderogabile (...)» (§ 10).

La terza questione, infine, concernente i residui, e solo potenziali, spazi di applicabilità della regola *Taricco* ai fatti commessi dopo l’8 settembre 2015, è stata risolta con una riaffermazione forte del principio di determinatezza⁶⁷, che, dischiudendo inediti scenari sul futuro sindacato di costituzionalità sulle norme penali, e irrorando di linfa vitale un ripensamento del rapporto tra *legge* e *interpretazione*, non consente l’ingresso della regola *Taricco* nel nostro ordinamento⁶⁸: «Indipendentemente dalla collocazione dei fatti,

⁶⁶ Critico, sul punto, M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018*, cit., che, evidenziando la differenza «tra il ritenere “materia penale” la prescrizione (...), e il ritenere la materia penale originariamente costituzionale, perché sarebbe “in sé”, quasi giusnaturalisticamente, un istituto di diritto sostanziale in ogni suo versante» (p. 9, nota 10), ritiene che «la “costituzionalizzazione originaria” della prescrizione sostanziale» rappresenti «un eccesso di esaltazione costituzionale», in quanto «la prescrizione non può avere un vincolo costituzionale originario, ma solo derivato, come istituto sostanziale» (p. 24).

⁶⁷ M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018*, cit., p. 3, evidenzia che mentre l’ordinanza 24/2017 era attenta soprattutto agli aspetti dei *principi penalistici* di conoscibilità e prevedibilità del diritto e di irretroattività delle norme sfavorevoli ed alla salvaguardia della *giurisprudenza*, la sentenza n. 115/2018 «è essenzialmente concentrata sulla qualità penalistica delle regole che si applicano in diritto penale».

⁶⁸ Così, espressamente, Corte Cost., sent. 31 maggio 2018, n. 115, in chiusura della motivazione: «L’inapplicabilità della “regola Taricco”, secondo quanto riconosciuto dalla sentenza M.A. S., ha la propria fonte non solo nella Costituzione repubblicana, ma nello stesso diritto dell’Unione, sicché ha trovato conferma l’ipotesi tracciata da questa Corte con l’ordinanza n. 24 del 2017, ovvero che non vi sia alcuna ragione di contrasto. Ciò comporta la non fondatezza di tutte le questioni sollevate, perché, a prescindere dagli ulteriori profili di illegittimità costituzionale dedotti, la violazione del principio di determinatezza in materia penale sbarrò la strada senza eccezioni all’ingresso della “regola Taricco” nel nostro ordinamento» (§ 14) (corsivo aggiunto).

prima o dopo l'8 settembre 2015, il giudice comune non può applicare loro la "regola Taricco", perché essa è in contrasto con il principio di determinatezza in materia penale, consacrato dall'art. 25, secondo comma, Cost.».

Ed il *deficit* di determinatezza viene affermato sia con riferimento alla 'regola' discendente dal principio di effettività (art. 325, par. 1, TFUE), sia con riferimento alla 'regola' discendente dal principio di assimilazione (art. 325, par. 2, TFUE)⁶⁹: la prima «è irrimediabilmente indeterminata nella definizione del "numero considerevole di casi" in presenza dei quali può operare, perché il giudice penale non dispone di alcun criterio applicativo della legge che gli consenta di trarre da questo enunciato una regola sufficientemente definita. Né a tale giudice può essere attribuito il compito di perseguire un obiettivo di politica criminale svincolandosi dal governo della legge al quale è invece soggetto (art. 101, secondo comma, Cost.)».

Ma oltre al ripudio del 'giudice di scopo', cui venga assegnato un obiettivo di politica criminale, la Corte costituzionale fonda la censura di indeterminatezza sulla insufficienza dell'enunciato normativo a fondare le libere scelte d'azione dei consociati, e sulla imprevedibilità della norma sulla punibilità in tal modo creata: «Ancor prima, è indeterminato l'art. 325 TFUE, per quanto qui interessa, perché il suo testo non permette alla persona di prospettarsi la vigenza della "regola Taricco"» (§ 11).

Nell'affermare che l'«originaria carenza di precisione» non sarebbe colmabile neppure da un progressivo affinamento della giurisprudenza europea e nazionale, la Consulta salda il proprio scrutinio alla nozione 'forte' di determinatezza come *esaustività precettiva* dell'enunciato normativo⁷⁰, estromettendo la possibilità di una mera *determinabilità* della norma penale, ed assumendo, quale parametro della tassatività di una disposizione, la autonoma desumibilità della norma dal testo legislativo da parte non

⁶⁹ Corte Cost., sent. 31 maggio 2018, n. 115, § 11: «appare evidente il deficit di determinatezza che caratterizza, sia l'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE (per la parte da cui si evince la "regola Taricco"), sia la "regola Taricco" in sé».

⁷⁰ Critico, sul punto, M. DONINI, *Letture critica di Corte costituzionale n. 115/2018*, cit., p. 14 ss., secondo cui la lettura "fortissima" della determinatezza sarebbe una 'promessa che non si può mantenere' (in tal senso, richiamando il saggio di S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, cit.), in quanto «troppo restrittiva»: invero, non soltanto «l'evoluzione interpretativa deve solo restare nei confini del testo, mentre può conoscere sviluppi non prevedibili dalla persona del consociato *al tempo della nascita della regola legale*» (p. 15), ma la Consulta ha, con la sentenza n. 115/2018, valorizzato una determinatezza *ante applicationem* avente ad oggetto la disposizione in sé, con una interpretazione distonica rispetto alla più recente giurisprudenza consolidata della Corte, che ha incentrato il giudizio sulla *norma* (p. 20-22).

soltanto del giudice, ma altresì della “persona” del consociato⁷¹: sostiene la Corte, infatti, che «è persino intuitivo (anche alla luce della sorpresa manifestata dalla comunità dei giuristi nel vasto dibattito dottrinale seguito alla sentenza Taricco, pur nelle sfumature delle diverse posizioni) che la persona, prendendo contezza dell’art. 325 TFUE, non potesse (e neppure possa oggi in base a quel solo testo) immaginare che da esso sarebbe stata estrapolata la regola che impone di disapplicare un particolare aspetto del regime legale della prescrizione, in presenza di condizioni del tutto peculiari. Se è vero che anche «la più certa delle leggi ha bisogno di “letture” ed interpretazioni sistematiche» (sentenza n. 364 del 1988), resta fermo che esse non possono surrogarsi integralmente alla *prævia lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone «la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d’azione» (sentenza n. 364 del 1988). Ciò è come dire che una scelta relativa alla punibilità deve essere autonomamente ricavabile dal testo legislativo al quale i consociati hanno accesso, diversamente da quanto accade con la “regola Taricco”».

6. *Il caso Taricco: un laboratorio dei futuri assetti del rapporto tra ordinamenti nazionali e sovranazionali*

Con la sentenza n. 115 del 2018 della Corte costituzionale potrebbe dirsi che “il caso (Taricco) è chiuso, la questione è aperta”.

Dalla ‘saga’, scandita da un fitto ‘dialogo’ tra le Corti, sono emersi una serie di interrogativi e di problemi di portata più ampia rispetto alla stessa questione posta con la prima sentenza della Corte di Giustizia.

⁷¹ Corte Cost., sent. 31 maggio 2018, n. 115: «l’ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d’ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell’arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo. Il principio di determinatezza ha una duplice direzione, perché non si limita a garantire, nei riguardi del giudice, la conformità alla legge dell’attività giurisdizionale mediante la produzione di regole adeguatamente definite per essere applicate, ma assicura a chiunque «una percezione sufficientemente chiara ed immediata» dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta» (§ 11). M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018*, cit., p. 10, pur condividendo esplicitamente «lo spirito di fondo (“autonomista”) e l’esito finale di questa decisione», esprime dissenso in merito alle argomentazioni poste a fondamento, che avrebbero dovuto essere calibrate sulla divisione dei poteri e sulla legalità penale, piuttosto che sulla determinatezza; secondo l’illustre A., «l’esagerata accentuazione della determinatezza» rende la decisione della Consulta «una occulta affermazione di controlimiti nazionali al diritto UE».

Prova ne è l'amplessimo dibattito dottrinale suscitato dalla 'questione', che ha coinvolto profili internazionali, europei, costituzionali, e penali.

Qualche considerazione meritano, dunque, alcuni di questi profili.

Innanzitutto, si staglia all'orizzonte della 'saga', il profilo dei futuri rapporti tra le Corti e tra le Carte nel prisma del controllo accentrato di costituzionalità.

Va premesso che l'impressione che lascia residuare la 'saga' Taricco è che, in realtà, anziché di un vero 'dialogo' tra Corti, si sia assistito, sovente, ad una serie di 'monologhi'; nei quali, peraltro, la grammatica e la sintassi non sembrano sempre appartenere, propriamente, al medesimo linguaggio.

Si è già evidenziato come la Corte di Lussemburgo abbia tentato di ingaggiare il giudice comune nella 'lotta' contro le frodi agli interessi finanziari dell'Unione, ad esso rivolgendosi direttamente, per demandargli prima la valutazione dell'*adeguatezza politico-criminale* della legge nazionale (nella sentenza *Taricco*), e poi la valutazione della *legittimità costituzionale* della *regula iuris* con il principio di determinatezza (nella sentenza *Taricco bis*).

Ed è proprio in questo tentativo di alterare il sistema costituzionale di controllo accentrato di costituzionalità che va, verosimilmente, rinvenuto il fondamento di alcune recenti "precisazioni" della Corte Costituzionale.

Dopo una fase di apertura alla penetrazione del diritto europeo nell'ordinamento italiano, il rischio di un dissolvimento del controllo accentrato di costituzionalità e di una espropriazione delle competenze nazionali esclusive in materia penale ha indotto la Corte costituzionale ad innalzare delle paratie per evitare incontrollabili inondazioni, che avrebbero travolto il sistema costituzionale delle fonti e la stessa architettura istituzionale.

Già con l'ordinanza 24 del 2017, emessa nell'ambito della vicenda *Taricco*, la Corte costituzionale si era riservata il «diritto all'ultima parola»⁷² in caso di dubbi sulla compatibilità costituzionale di norme europee con i principi fondamentali⁷³.

Successivamente alla sentenza *Taricco bis*, e, probabilmente, proprio in ragione del controllo diffuso di costituzionalità che la Corte di giustizia aveva demandato ai giudici nazionali, la Corte costituzionale, con la sentenza del 14 dicembre 2017, n. 269, ha inteso «rientrare nel circuito giudici comuni-Corte di giustizia quando sono in gioco diritti fondamentali, riportando nel giudizio accentrato di costituzionalità il sindacato sulla violazione di norme

⁷² A. GUAZZAROTTI, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 1 febbraio 2018, p. 2.

⁷³ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 6.

interne che collidano con la Carta europea dei diritti fondamentali»⁷⁴, puntando a conquistarsi il “diritto alla prima parola”⁷⁵.

Appare emblematico che, prendendo a pretesto una questione, non particolarmente significativa, in tema di legittimità dei contributi imposti alle imprese per finanziare l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la Corte abbia ritenuto opportuno fare una “precisazione” in tema di rapporti tra diritto dell’Unione e diritto nazionale, alla luce delle trasformazioni intervenute, in particolare, dopo il Trattato di Lisbona.

Al riguardo, evidenziando che la Carta dei diritti di Nizza costituisce parte del diritto dell’Unione, e che «i principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana», la Corte ha sottolineato la possibilità che – come nel caso c.d. *Taricco*, espressamente richiamato – «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»; pertanto, poiché «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 affermato che, nei casi di c.d. “doppia pregiudizialità” – ricorrente nei casi in cui «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»⁷⁶.

Ebbene, nel rinviare all’ampio dibattito già formatosi sulla sentenza 269/2017⁷⁷, e sviluppatosi anche nelle successive precisazioni fornite dalla

⁷⁴ A - O. COZZI, *Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 1 febbraio 2018, p. 1.

⁷⁵ A. GUZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell’usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale?*, cit., p. 2. Così anche la successiva sentenza della Corte cost., n. 20 del 21 febbraio 2019, che parla espressamente di diritto alla “prima parola” (§ 2.3.).

⁷⁶ Corte Cost., sentenza 14 dicembre 2017, n. 269, § 5.2.

⁷⁷ Oltre ai contributi già citati *infra* note 68 e 70, senza pretesa di completezza, C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il “cammino comunitario”: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 18 dicembre 2017; L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2017*, *ivi*, 18 dicembre 2017; R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, *ivi*, 28 dicembre 2017; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, *ivi*, 24 gennaio 2018; G. SCACCIA, *L’inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, *ivi*, 25 gennaio 2018; A. ANZON DEMMING,

Consulta con le sentenze n. 20 e n. 63 del 2019⁷⁸, non si può mancare di osservare che la vicenda *Taricco* si è rivelata un vero e proprio ‘laboratorio’ dei futuri assetti istituzionali, utile anche nell’ottica della predisposizione di adeguati strumenti per evitare una alterazione degli equilibri costituzionali ed una lacerazione del sistema delle fonti del diritto penale⁷⁹.

E la sentenza n. 115 del 2018 appare inserirsi proprio nel solco tracciato dalla sentenza 269 del 2017, laddove, rivendicando espressamente il ruolo di custode esclusivo dei controlimiti, la Consulta sottolinea che «l’autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di giustizia è la Corte costituzionale, cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell’Unione è in contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona», spettando, invece, al giudice comune di «porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto» (§ 8).

Affermazione cruciale nella perimetrazione dei ruoli delle Corti e delle Carte, che sembra non più espressa con il linguaggio (adoperato nell’ordinanza n. 24 del 2017) delle “tradizioni comuni costituzionali”, ma secondo il codice linguistico della “identità costituzionale”⁸⁰.

La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei “controlimiti”, *ivi*, 28 febbraio 2018; G. PISTORIO, *Conferme e precisazioni nel “cammino comunitario” della Corte costituzionale. Commento a prima lettura della sentenza n. 269 del 2017*, in *Diritti comparati*, 11 gennaio 2018; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto euro unitario assiologicamente pregnanti, attratte nell’orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell’Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Riv. Diritti comparati*, 3/2017.

⁷⁸ In tema, senza pretesa di completezza, A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)*, in *Consultaonline*, 23 febbraio 2019; G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento della Corte di giustizia?*, in *Questione giustizia*, 4 marzo 2019; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta ‘opportuna’ della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 22 maggio 2019; G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 22 maggio 2019. Per un dibattito sulle traiettorie della Corte costituzionale sul ruolo della Carta dei diritti fondamentali, cfr. le stimolanti riflessioni di P. MORI, B. NASCIBENE, R. MASTROIANNI, *La Carta UE dei diritti fondamentali fa gola o fa paura?*, intervista di R. G. CONTI, in *Giustizia insieme*, 23 aprile 2019.

⁷⁹ C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, in *Legislazione penale*, 4 febbraio 2019; D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e n. 115/2018*, in *Rivista AIC*, 4 marzo 2019.

⁸⁰ C. AMALFITANO - O. POLLICINO, *Jusqu’ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia*, cit., p. 1.

7. Il 'dialogo tra Corti' tra mito e realtà

Ogni 'paradigma giuridico' si fonda su una serie di 'miti' fondativi⁸¹, che rappresentano allegoricamente i cardini logici e concettuali dell'epoca, con l'intenzione di veicolare un'immagine simbolica e idealizzata idonea a coagulare un alone leggendario, per proiezione di valori o desideri di ambito sociale, intorno ad eventi.

Uno dei 'miti' che connotano la fase di transizione dall'epoca della *legge* e delle *Costituzioni* a quella del *diritto*, dalla fase storica degli *Stati nazionali* a quella delle intersezioni tra *pluralità di ordinamenti*, anche *sovrnazionali*, si identifica senz'altro nella narrazione del 'dialogo tra Corti'.

Un mito che, tuttavia, appare sempre più insoddisfacente nel rinvenimento di coordinate semantiche adeguate alla narrazione dei *fatti*, e che mostra sempre più il suo nucleo idealistico e simbolico, da quando il 'dialogo tra Corti' è stato rivolto anche in ambiti giuridici (tuttora) riservati alla sfera di monopolio (pressoché assoluto) dei legislatori nazionali: la 'materia penale', nella duplice dimensione sostanziale e processuale – delle quali sono emblematiche la vicenda *Melloni*⁸², da un lato, e l'*affaire Taricco*, dall'altro -, è stata sempre più spesso terreno di 'confronto', più che di dialogo, tra le Corti sovranazionali e le Corti (Supreme e Costituzionali) nazionali.

Oltre all'*oggetto* del 'dialogo', la crisi della narrazione appare, del resto, legata anche al tramonto della prospettiva della maggior tutela dei diritti: l'altro mito, quello della 'tutela multilivello dei diritti', si è infatti eclissato nella rivendicazione, dal sapore spiccatamente politico, della *primauté* del diritto eurounitario, anche a discapito dei livelli di maggior tutela garantiti dagli ordinamenti nazionali, e a dispetto dell'art. 53 della Carta di Nizza, come i casi precedentemente evocati (*Melloni* e *Taricco*) insegnano.

In tali ambiti le *actiones finium regundorum* sono state sovente calibrate sulla base di 'monologhi' tra Corti, più che su 'dialoghi', probabilmente per

⁸¹ Parafrasando P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 3^a ed., e M. VOGLIOTTI, *Il Giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *Dir. pen. contemp.*, 2 novembre 2016, che individua nel 'caso Taricco' il rischio di uno scontro tra il "paradigma giuridico moderno" ed un nuovo paradigma giuridico, alimentato (anche) dalle Corti europee, che considera l'*effettività* un valore fondamentale da riconoscere e tutelare (p. 14).

⁸² CGUE, GS, 26 febbraio 2013, *Melloni* c. Ministero Fiscal. In tema, per tutti, S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti ad un diritto penale "à la carte"?*, cit., p. 242 ss.

la sostanziale impossibilità di impostare realmente un discorso al di fuori di codici linguistici basilari e condivisi; fuori di metafora, un discorso in ambiti estranei (o che tali dovrebbero restare) ad uno dei colloquianti.

La prima sentenza *Taricco* è emblematica di tale ‘evoluzione’, in quanto, non solo per la prima volta la Corte di Giustizia accede al “giardino proibito”⁸³ del diritto penale nazionale, ma lo fa obliterando ogni forma di ‘dialogo’ con le Corti nazionali, ed ignorando del tutto la ‘grammatica’⁸⁴ costituzionale (sulla diversa e più ampia estensione del principio di legalità) e penale (sulla natura sostanziale della prescrizione) dell’ordinamento italiano.

Se il diritto è la formalizzazione di scelte politiche, la sentenza *Taricco*, pretendendo di irradiare i propri effetti in materie estranee alle competenze, alle attribuzioni internazionali, dell’Unione, si iscrive senz’altro tra le ‘decisioni politiche’, nel conseguimento di scopi perseguiti al di fuori del tessuto normativo, istituzionale e sostanziale, che regola i rapporti tra ordinamenti nazionali e sovranazionali nel presente momento storico; e se una decisione esula dai limiti consentiti dal *diritto*, diviene manifestazione di *forza*, e, necessariamente, espressione di una scelta politica non formalizzata dalle fonti di produzione competenti.

8. *Apogeo o declino del diritto penale europeo?*

La sentenza *Taricco* sembra(va) aver segnato lo stadio più avanzato, l’apogeo del c.d. ‘diritto penale europeo’⁸⁵, il presupposto, a sua volta, per ulteriori ‘fughe in avanti’ calibrate sulle capacità autoipoietiche della Corte di Giustizia⁸⁶, più che sulle ‘fisiologiche’ dinamiche normative previste dai Trattati.

But jumping the gun is not a project. la “fuga in avanti”⁸⁷ ha rischiato, anzi, di rivelare una ‘tattica’ di corto respiro, che proponendo mete lontane, o addirittura irraggiungibili, tradisce, ad esse supplendo, una mancanza

⁸³ Cfr. *infra* § 1.

⁸⁴ In tal senso, parafrasando la felice traduzione di G.P. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, 1998, trad.it. *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004, ed il successivo *The Grammar of Criminal Law, American, Comparative, and International*, Oxford, 2007.

⁸⁵ Sia consentito rinviare, sul punto, a G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem e controlimiti: apogeo o declino del diritto penale europeo?*, in *Politica criminale e cultura penalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, Napoli, 2017, p. 595 ss.

⁸⁶ V. MANES, *La “svolta” Taricco*, cit., 4.

⁸⁷ Identica connotazione in S. CATALANO, *Il caso Taricco: una fuga in avanti*, in *Forum Quad. costituzionali*, 5 ottobre 2016.

di volontà, o di capacità, di risolvere i problemi immediati mediante elaborazione di lungimiranti e condivise ‘strategie’⁸⁸.

Le ‘forzature’ istituzionali dell’ordinamento sovranazionale fomentano il rischio di un’involuzione generale del progetto europeo – già segnata dalla imminente, e problematica, uscita della Gran Bretagna, in seguito al *referendum* del 2016-, per l’assenza di riconoscibilità dei singoli ordinamenti nazionali, e, di conseguenza, di un inarrestabile declino della stessa idea di un ‘diritto penale europeo’.

Nell’attuale quadro istituzionale dell’Unione, infatti, la competenza penale, soltanto indiretta, non può essere oggetto di una surrettizia auto-attribuzione, che violerebbe gli stessi limiti imposti dai Trattati, dei quali gli Stati nazionali sono “signori” (*Herren des Verträge*)⁸⁹.

E la sentenza *Taricco* sembrava avviarsi proprio sul “piano inclinato” della progressiva auto-attribuzione di competenze penali dirette, con corrispondente erosione delle prerogative nazionali; il rischio concreto ed imminente di una *slippery slope* si materializza ove si consideri che, una volta ammessa tale competenza in materia di prescrizione delle frodi IVA, non vi sarebbero stati argomenti ragionevoli per impedire analoghe ‘appropriazioni’ di competenze⁹⁰ in materie, di tradizionale rilevanza eurounitaria, quali il

⁸⁸ D. PULITANÒ, *La chiusura della saga Taricco e i problemi della legalità penalistica*, cit., p. 1294, condivisibilmente rileva: «Se il processo di unificazione andrà avanti, il penale seguirà. Puntare sul profilo repressivo come elemento di traino, sarebbe pericoloso, tanto più nel contesto di pulsioni populistiche (autoritarie) del tempo presente, non solo in Italia. Chi si sente europeista può dare un apporto da *europeista critico*».

⁸⁹ Secondo l’espressione alla quale il *Bundesverfassungsgericht* è rimasta ancorata a partire dalla decisione sul Trattato di Maastricht (BVG, Secondo senato, 12 ottobre 1993).

⁹⁰ Non si condivide, dunque, l’argomentazione (M. GAMBARDILLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1468, e M. GAMBARDILLA, *Il “Caso Taricco”: obblighi di disapplicazione in malam partem e compatibilità con i principi costituzionali della riserva di legge e di irretroattività*, in *Atti del Convegno di studi “Aspettando la Corte Costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo”*, in *Rivista AIC*, n. 4 dell’11/11/2016, p. 57) secondo cui la sentenza *Taricco* avrebbe dovuto, e potuto, essere introiettata nel sistema penale nazionale, tuttavia evitando che «la rottura dell’argine apra la via all’inondazione incontrollata (...) di questioni disapplicatorie con effetti *in malam partem*», come nel caso del reato di omesso versamento dell’IVA, oggetto di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia da parte del Gip del Tribunale di Varese. La questione (nota come caso *Scialdone*), è stata decisa dalla CGUE, Grande Camera, 2 maggio 2018, C-574/15, che ha escluso che la disciplina eurounitaria (la direttiva IVA, in combinato con l’art. 4, par. 3, TUE, e l’art. 325, par. 1, TFUE) osti ad una normativa nazionale che prevede che l’omesso versamento dell’IVA risultante dalla dichiarazione annuale per un determinato esercizio integri un reato punito con una pena privativa della libertà unicamente qualora l’importo IVA non versato superi una soglia di rilevanza penale pari a 250.000 euro, mentre è invece prevista una soglia di rilevanza penale

riciclaggio, la corruzione internazionale, il terrorismo, gli abusi di mercato⁹¹.

In tale contesto, pur prescindendo dai riflessi della c.d. *Brexit* sulla conformazione del diritto eurounitario, ora verosimilmente meno esposto alle influenze di *common law*, e dalle difficoltà di ricomporre le diverse declinazioni dei diritti nazionali, non possono essere ignorate le ragioni delle ‘resistenze’ nazionali alla penetrazione del diritto dell’Unione nello scrigno della potestà punitiva.

Del resto, oltre ai limiti ‘istituzionali’, non possono neppure ignorarsi i limiti ‘culturali’ al riconoscimento di una competenza penale sovranazionale: il diritto ‘eurounitario’, in particolare nel prisma dei diritti fondamentali, è largamente debitore della giurisprudenza della Corte di Strasburgo; ed il diritto ‘convenzionale’ assume, per la stessa morfologia di tutela giurisdizionale nella quale viene elaborato, la ‘declinazione’ soggettiva del riconoscimento dei diritti e delle libertà nelle Carte internazionali; in tal senso, dunque, il processo di osmosi giuridica è necessariamente frenato dalla (tendenzialmente) opposta ‘declinazione’ oggettiva dei diritti e dei principi affermati negli ordinamenti nazionali, come evidenziato dai sempre più ricorrenti ‘corto circuiti’ della legalità⁹².

In tale solco, l’irriducibilità degli ordinamenti deriva dalla ‘babele di linguaggi’ che connota il processo di integrazione giuridica europea, sia nella dimensione propriamente ‘lessicale’, sia nella dimensione della “grammatica”⁹³ del diritto penale nelle diverse esperienze ordinamentali; non può, infatti, prescindere dalla considerazione che il *linguaggio* giuridico⁹⁴, soprattutto

pari a 150.000 euro per il reato di omesso versamento delle ritenute alla fonte relative all’imposta sui redditi. Al riguardo, per tutti, C. CUPELLI, *La disciplina dei reati tributari ancora davanti alla Corte di giustizia: il caso Scialdone e le soglie di punibilità*, in *Dir. pen. contemp.*, 14 maggio 2018.

⁹¹ In senso analogo, V. VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale*, cit., 14.

⁹² Emblematica, in tal senso, l’affermazione della Corte di Strasburgo, nel caso *Contrada* (Corte EDU, 14 aprile 2015), della violazione della ‘legalità convenzionale’ in relazione al “reato” (*recte*: forma di manifestazione del reato) di concorso esterno in associazione mafiosa; per tutti, F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, n. 9, 1061 ss.

⁹³ Cfr. *infra* nota 84.

⁹⁴ Di recente, in una brillante *lectio magistralis*, G.P. FLETCHER, *Linguaggio e diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 445, ha affrontato la complessa tematica delle relazioni tra linguaggio e diritto, evidenziando come la struttura del linguaggio giuridico possa influenzare gli stessi concetti giuridici. Del resto, nella filosofia del linguaggio è diffusa la consapevolezza della connessione tra struttura delle lingue, pensiero e realtà: ad es., la morfologia delle lingue occidentali, basate sul paradigma ‘soggetto, copula e predicato’, fonderebbe la struttura del relativo pensiero, che ha ad oggetto cose, sostanze, oggetti, cui attribuire proprietà (nel solco della filosofia aristotelica), a differenza delle lingue basate non sul riconoscimento di *cose*, ma di *eventi*.

nel diritto penale, delimita gli spazi di libertà, e dunque è essenziale nell'affermazione (nelle diverse declinazioni) del principio di legalità.

Del resto, oltre all'irrisolto problema del *deficit* di democraticità delle opzioni incidenti sulla politica criminale, l'assenza di 'astrattezza' che connota il c.d. diritto penale 'europolitano' (soprattutto di provenienza giurisprudenziale) - emblematicamente materializzata dalla sentenza *Taricco*, le cui statuizioni non sembrano automaticamente applicabili ad altri Stati membri al di fuori dell'Italia, essendo state declinate sulle 'concrete' peculiarità del singolo ordinamento – sembra contraddire lo stesso carattere essenziale che, anche negli ordinamenti di *common law*, connota la giuridicità: la "generalità del diritto"⁹⁵.

9. *Poteri costituiti e poteri costituenti nella metamorfosi dei paradigmi*

Se il diritto è la formalizzazione di scelte politiche, non è possibile continuare a registrare e a legittimare, nell'ordinamento europolitano, la funzione propulsiva delle decisioni giuridiche sulle decisioni politiche⁹⁶, con una significativa inversione dei 'formanti' di produzione del diritto; in altri termini, il progetto di integrazione europea non può continuare ad essere alimentato dalle decisioni della Corte di giustizia, in assenza di chiare scelte politiche di fondo, condivise e formalizzate secondo il sistema di produzione normativa degli ordinamenti sovranazionali.

Appare senz'altro persuasiva l'idea di una progressiva metamorfosi del "paradigma giuridico", quale *descrizione* dei fenomeni in atto; tuttavia, sotto il profilo assiologico, non può sottacersi che il *vigente* paradigma giuridico resta fondato, nei propri presupposti politico-istituzionali, sull'identità degli Stati nazionali, sulle Costituzioni che individuano il nucleo essenziale dei principi supremi, sulla separazione dei poteri, e sui rapporti, anche gerarchici, tra le fonti di produzione del diritto; e fin quando gli ordinamenti politici non avranno formalizzato differenti scelte istituzionali, regolando diversamente i rapporti tra le fonti di produzione, non si potrà prescindere dai valori espressi dalle *Grundnormen*; in altri termini, il giudizio di bilanciamento

⁹⁵ In una sorta di dialogo con Hart (*The Concept of Law*, Oxford, 1961), e nel contesto di un diritto di matrice di *common law*, T. ENDICOTT, *The Generality of Law*, Oxford, 2013, trad.it. *La generalità del diritto*, Modena, 2013, individua proprio nella "generalità" la caratteristica essenziale del diritto.

⁹⁶ Secondo l'espressione adoperata da C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 8 ss.

tra principi, regole, norme, non può attrarre indistintamente tutte le fonti normative nella “rete” *post-moderna*, dissolvendo la *vis* normativa delle fonti-atto riconosciuta dal sistema di produzione normativa delineato dalle carte costituzionali espressive di un *potere costituente*.

La *tecnica* del bilanciamento, o degli altri strumenti interpretativi, non può prescindere dalla *politicità* connaturata alla scelta dei sistemi di produzione delle norme, come ha, acutamente, rammentato la Corte costituzionale, osservando che «*il primato del diritto dell'Unione non esprime una mera articolazione tecnica del sistema delle fonti nazionali e sovranazionali*»⁹⁷.

Qualora il nostro ordinamento venisse incorporato in un più ampio e distinto ordinamento sovranazionale, espressione dell'esercizio di un *potere costituente*, nel quale il sistema istituzionale e di produzione del diritto non sia più delineato dalla Costituzione attualmente vigente, ma da altre Carte che, in quanto tali, assumano una posizione sovraordinata, allora potrà invocarsi l'operatività di un diverso “paradigma giuridico”, in grado, in quanto *vigente*, di legittimare le istituzioni sovranazionali e/o i giudici alla produzione di norme penali.

Allo stato, invece, sembra che la risoluzione dei più significativi nodi problematici non possa essere più rimessa, con aspettative quasi taumaturgiche, alla capacità autoregolativa del c.d. ‘dialogo tra Corti’, ad una teoria dell'*interpretazione* che rischia di percorrere le traiettorie (considerate più affidabili o politicamente opportune) dell'*ermeneutica*, ma debba (ritornare a) essere affidata ad una chiara teoria delle *fonti*, tuttora espressione del costituzionalismo fondato sul principio di divisione dei poteri⁹⁸.

In altri termini, nonostante il processo di metamorfosi degli ordinamenti giuridici stia alimentando, proprio grazie all'innervamento degli ordinamenti sovranazionali, una trasformazione del paradigma culturale della “piramide” in quello ‘reticolare’, come icasticamente raffigurato dalla metafora «*dalla*

⁹⁷ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 5.

⁹⁸ R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in AA.VV., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli, 2009, p. 35 ss., evidenza «lo spostamento dalla teoria delle fonti alla teoria dell'interpretazione»; R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva “quantistica”*, Milano, 2013. Per una rigorosa e pungente critica agli «spensierati teorici dell'interpretazione “sempre analogica e creativa”» e all'idea dei giudici quali «legislatori di riserva», G. MARINUCCI, *L'analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1254 ss. (spec. p. 1267). In diversa, ed opposta, prospettiva, per tutti, M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2015, I, 131 ss.

*piramide alla rete*⁹⁹, nondimeno va sottolineato che, pur nel sempre più complesso sistema delle fonti di produzione del diritto, la Costituzione italiana è, e resta, l'unica espressione di un "potere costituente", essendo l'adesione ai Trattati sull'Unione Europea espressione di un "potere costituito"¹⁰⁰; né, del resto, alla Corte di giustizia può essere riconosciuto, nonostante l'auto-rappresentazione che viene assecondata, il ruolo di una *Corte costituzionale*, poiché ad essa è rimessa l'interpretazione e l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione, e non la custodia di una *carta costituzionale* fondativa di un *potere originario*, e quindi *costituente*; i Trattati eurounitari, infatti, sono espressione di un *potere costituito*, in quanto *derivato* dalla volontà dei singoli Stati membri, che ne sono tuttora «signori» (*Herren*).

Sicché il limite invalicabile, di riconoscibilità, del *potere costituente*, rappresentato dai principi supremi e dai diritti fondamentali, non può essere oltrepassato, senza una grave "rottura costituzionale", da un *potere costituito*; ed in ciò consiste il "predominio assiologico" della Costituzione¹⁰¹.

Ed anche il mito del "dialogo tra Corti" non può probabilmente essere

⁹⁹ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002; in tal senso, nella letteratura penalistica di lingua italiana, M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 633 ss.; A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 84 ss.; M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, cit., p. 8 ss. .

¹⁰⁰ M. LUCIANI, *Chi ha paura dei controlimiti?*, in *Atti del Convegno di studi "Aspettando la Corte Costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo"*, in *Rivista AIC*, cit., p. 77, ha opportunamente ricordato che la Corte di Giustizia non è una Corte "costituzionale", essendo stata la Costituzione europea "bocciata", in seguito ai referendum sulla ratifica di Francia e Paesi Bassi nel 2005, e che le uniche Corti deputate a determinare l'identità costituzionale dei singoli Paesi sono le Corti costituzionali. Analogamente M. LUCIANI, *La dura realtà e il "caso Taricco"*, cit., nel sottolineare che «la Corte di giustizia (...) avanza la curiosa pretesa di auto interpretarsi come giudice costituzionale, quando invece opera in un ordinamento che una Costituzione non la possiede» (p. 1288), rileva che il vero problema, nel dialogo tra Corti, resta sempre quello della "legittimazione: l'ordinamento eurounitario ne ha una derivata, che non può competere con quella originaria degli ordinamenti nazionali", e, in caso di conflitto profondo, "sul piano giuridico la partita è chiusa prima ancora di cominciare, perché l'ordine delle legittimazioni ha una sua oggettività e non c'è dottrina della sovranazionalità che possa sovvertirlo» (pp. 1286-1287).

¹⁰¹ Riprendendo l'espressione, pure oggetto di critiche, adoperata da Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 49 (§ 4), in *Cass. pen.*, 2015, n. 6, 2195, con nota di V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, *ivi*, p. 2204; in dottrina, altresì, D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: «il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu»*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, n. 2, p. 400; M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Dir. pen. contemp. - Riv. trim.*, 2015, n. 2, p. 288.

(più) fondato sulla immagine di una fisiologica e condivisa dialettica interpretativa: riprendendo una felice metafora originariamente elaborata a proposito del rapporto tra Corte costituzionale e giudici comuni¹⁰², il dialogo tra Consulta e Corte di Lussemburgo è stato autorevolmente descritto con l'immagine di un "tango" danzato tra le due Corti¹⁰³; e tuttavia, il "tango rioplatense" è una forma di comunicazione emotiva che, benché caratterizzata dall'improvvisazione e dalle invasioni dello spazio del *partner*, è fondata su una serie di rigorosi codici condivisi, la cui inosservanza, da parte di uno dei ballerini, può determinare la caduta della coppia.

¹⁰² E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Bari, 2012, p. 101 ss.

¹⁰³ La metafora è stata ripresa da Ernesto LUPO, Primo Presidente emerito della Corte di Cassazione, nel corso della relazione su "Il caso Taricco: all'incrocio tra legalità 'nazionale' ed 'europea'", tenuta all'incontro di studi "Il punto sulla legalità penale", organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, svoltosi a Scandicci il 14 febbraio 2017.