



5



Dottorato di ricerca in
«Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali»

Università degli Studi di Ferrara
Dipartimento di Giurisprudenza
Sedi di Ferrara e Rovigo

5

IL CASO *TARICCO* E IL DIALOGO TRA LE CORTI

L'ORDINANZA 24/2017
DELLA CORTE COSTITUZIONALE

A CURA DI

ALESSANDRO BERNARDI E CRISTIANO CUPELLI

IL CASO *TARICCO* E IL DIALOGO TRA LE CORTI

€ 48,00




Jovene editore
2017

Dottorato di ricerca in
«Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali»
Università degli Studi di Ferrara
Dipartimento di Giurisprudenza - Sedi di Ferrara e Rovigo

Nell'era dell'europeizzazione del diritto la scienza giuridica è chiamata ad adeguarsi ai radicali mutamenti subiti dal proprio oggetto di indagine. I sistemi dei Paesi membri dell'Unione sono ormai coinvolti in un processo di transnazionalizzazione che li ha trasformati da monadi chiuse a elementi di un più ampio "sistema di sistemi". All'unisono con la caduta delle "frontiere interne", l'azione dei consociati non è più regolata esclusivamente dalle leggi dello Stato, ma è viepiù condizionata da fonti esterne, in prevalenza di matrice europea.

Sulle ceneri del formalismo dogmatico e del carattere statutale del diritto da esso postulato si sta affermando una cultura giuridica che travalica i confini nazionali, costringendo gli studiosi e gli operatori del settore ad affrontare sfide nuove e difficili, ad allargare l'orizzonte d'indagine per farvi rientrare una miriade di fonti di diritto scritto e non scritto di grado gerarchico e cogenza differenti, a rivedere i propri abituali meccanismi interpretativi alla luce di tali fonti e della giurisprudenza delle supreme Corti sovranazionali.

Sorto nel 2014 grazie al sostegno dell'Ateneo di Ferrara e della Fondazione Cassa di Risparmio di Padova e Rovigo, il Dottorato di ricerca in «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara si prefigge di offrire gli strumenti conoscitivi e metodologici necessari per affrontare con piena consapevolezza le molteplici e complesse problematiche correlate all'evoluzione del diritto in una prospettiva "regionale" caratterizzata dall'interazione di differenti modelli variamente riconducibili alle famiglie del *common law* e del *civil law*, nonché dall'intervento di organizzazioni improntate al metodo sovranazionale o intergovernativo.

La collana del Dottorato di ricerca – che si affianca alle altre due collane del Dipartimento di Giurisprudenza destinate ad accogliere i prodotti scientifici concepiti, rispettivamente, nelle sedi di Ferrara e di Rovigo del Dipartimento stesso – si propone di offrire una degna collocazione sia agli atti dei più importanti convegni, congressi e seminari organizzati nell'ambito delle attività di Dottorato, sia alle tesi dottorali ritenute meritevoli di stampa dal Collegio dei docenti.

IL CASO *TARICCO* E IL DIALOGO TRA LE CORTI

L'ORDINANZA 24/2017
DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Atti del Convegno del Dottorato di ricerca
«Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali»
del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara
Ferrara, 24 febbraio 2017

A CURA DI

ALESSANDRO BERNARDI E CRISTIANO CUPELLI



Jovene editore
2017

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2017

ISBN 978-88-243-2474-8

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

INDICE

Presentazioni

ALESSANDRO BERNARDI	p. IX
CRISTIANO CUPELLI	» XIII
Introduzione. <i>Poche parole sparse per una lettura “europeista” dell’ordinanza della Corte costituzionale 24/2017</i> , di FRANCESCO PALAZZO	» XV

CONTRIBUTI

CHIARA AMALFITANO, <i>Primato del diritto dell’Unione vs identità costituzionale o primato del diritto dell’Unione e identità nazionale?</i>	» 3
ALESSANDRO BERNARDI, <i>Note critiche sull’ordinanza Taricco della Corte costituzionale</i>	» 17
MARCO BIGNAMI, <i>Note minime a margine dell’ordinanza Taricco</i>	» 37
LUDOVICO BIN, <i>Taricco bis: significati, espressi e impliciti, dei «promessi contro-limiti»</i>	» 47
MICHELE CAIANIELLO, <i>L’ordinanza di rinvio della Corte costituzionale nel caso Taricco: dialogo tra sistemi o conflitto identitario?</i>	» 61
CRISTIANO CUPELLI, <i>La posta è in gioco. Il caso Taricco nel dialogo tra le Corti</i>	» 79
MARILISA D’AMICO, <i>Principio di legalità penale e “dialogo” tra le Corti. Osservazioni a margine del caso Taricco</i>	» 97
LUIGI DANIELE, <i>La sentenza Taricco torna davanti alla Corte di Giustizia UE: come decideranno i giudici europei?</i>	» 113
GAETANO DE AMICIS, <i>Il caso Taricco e le Corti nel prisma dei controlimiti: dialogo o supremazia?</i>	» 133
PIETRO FARAGUNA, <i>La Corte costituzionale insegue (e supera) Gauweiler: l’ordinanza Taricco disegna un quadro perfetto per il soggetto sbagliato</i>	» 143

MARCO GAMBARDELLA, <i>Prevedibilità e sufficiente determinatezza della regola Taricco nel nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo</i>	p. 157
ROBERTO E. KOSTORIS, <i>La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controlimiti' e scontro tra paradigmi</i>	» 175
MASSIMO LUCIANI, <i>Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo</i>	» 193
VITTORIO MANES, <i>La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco" (Note minime sull'ordinanza n. 24 del 2017)</i>	» 207
STEFANO MARCOLINI - ELENA MILITELLO - FRANCESCA RUGGIERI, <i>Il caso Taricco e l'affermazione del principio di legalità processuale</i>	» 223
GIUSEPPE MARTINICO, <i>Il potenziale sovversivo dell'identità nazionale alla luce dell'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale</i>	» 241
ADRIANO MARTUFI, <i>La minaccia dei controlimiti e la promessa del dialogo: note all'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale</i>	» 253
ROBERTO MASTROIANNI, <i>La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di Giustizia in tema di «controlimiti» costituzionali: è un vero dialogo?</i>	» 281
DANIELE NEGRI, <i>Dallo 'scandalo' della vicenda Taricco risorge il principio di legalità processuale</i>	» 297
IRENE PELLIZZONE, <i>Il ruolo del giudice penale nella tutela degli interessi finanziari dell'Unione (e nazionali): battaglia di retroguardia o principio ineludibile da esporre a controlimite del diritto dell'Unione europea? ...</i>	» 313
GIOVANNI PICCIRILLI, <i>L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida</i>	» 327
NICOLA RECCHIA, <i>L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale nel caso Taricco e il nodo della legittimità di interventi in malam partem della Corte di giustizia in materia penale</i>	» 345
GIUSEPPE RICCARDI, <i>"Patti chiari, amicizia lunga". La Corte costituzionale tenta il 'dialogo' nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti</i>	» 355
FRANCESCO ROSSI, <i>L'incidenza del diritto europeo sulla parte generale del diritto penale alla luce della saga Taricco</i>	» 379
ANTONIO RUGGERI, <i>Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (A margine di Corte cost. n. 24 del 2017)</i>	» 393

ROSARIA SICURELLA, <i>Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L'actio finium regundorum della Consulta nell'ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli</i>	p. 405
CARLO SOTIS, "Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia". <i>Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (Caso Taricco)</i>	» 435
DILETTA TEGA, <i>Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue</i>	» 455
ANDREA VENEGONI, <i>La saga Taricco continua: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017 ed il futuro del diritto penale europeo</i>	» 463
FRANCESCO VIGANÒ, <i>Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco</i>	» 475
<i>Gli autori</i>	» 493

PRESENTAZIONI

ALESSANDRO BERNARDI

Sebbene non esistano classifiche ufficiali al riguardo, è verosimile ritenere che la sentenza *Taricco* della Corte di giustizia sia – quantomeno limitatamente all'Italia – il provvedimento giurisdizionale in materia penale più commentato di sempre. Non senza ironia, si potrebbe però sospettare che questo recente primato rischi di essere insidiato già dalla ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 24/2017 della Corte costituzionale, costituente appunto la risposta della Consulta alla sentenza in oggetto.

Il presente volume – che raccoglie gli Atti del Convegno “*Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*” tenutosi a Ferrara lo scorso 24 febbraio – sembra dimostrare come questo sospetto non sia del tutto infondato, tali e tanti sono i commenti alla ordinanza in questione ivi contenuti. Ove poi si consideri che a quest'ultimo provvedimento farà necessariamente seguito un altro arresto della Corte di Lussemburgo atteso con impazienza dai cultori di molte branche del diritto, e che all'esito del suddetto arresto la Consulta dovrà infine decidere se attivare o meno i controlimiti alle limitazioni di sovranità discendenti dall'adesione ai Trattati istitutivi dell'Unione europea, ben si comprende lo straordinario rilievo assunto dal caso *Taricco* in ambito nazionale e continentale.

Come si è ricordato in apertura di Convegno, il clamore suscitato dalla saga *Taricco* è stato, è e verosimilmente sarà tale da provocare financo moti di fastidio in taluni operatori del diritto, i quali potrebbero obiettare che le disfunzioni dell'ordinamento italiano non si esauriscono nella pur contestatissima disciplina della prescrizione, e che i dubbi che attanagliano i nostri giudici penali non sono certo solo quelli relativi alla disapplicazione o meno di tale istituto in relazione ad alcuni circoscritti settori del diritto criminale.

Si tratterebbe, peraltro, di obiezioni di corto respiro, perché – come evidenziato proprio dalla ordinanza 24/2017 – i nodi che il caso *Taricco* porta al pettine vanno ben al di là del problema di come rendere effettiva in ambito nazionale la repressione delle c.d. frodi comunitarie e di se e quando ammettere a tal fine la disapplicazione della prescrizione rispetto

alle fattispecie di settore. In realtà, a entrare in gioco sono, quantomeno, il principio di legalità penale in tutti i suoi corollari “astorici” e “storici” e il principio di separazione dei poteri sul quale si regge lo Stato di diritto. Appare poi superfluo aggiungere che le questioni sollevate dalla ordinanza in esame riguardano sia il tema della ripartizione di competenze tra Unione e Stati membri, sia quello del primato delle fonti UE sulle fonti nazionali: temi da sempre oggetto di discussione, ma divenuti particolarmente incandescenti a seguito della previsione, nel Trattato di Lisbona, della reversibilità del principio di attribuzione, e più ancora a seguito dell’attuale crisi del processo d’integrazione europea culminata nella *Brexit*.

Più in generale, nel caso *Taricco* hanno finito per confluire tutte le fondamentali questioni lasciate irrisolte dalla crescita di un’Unione da tempo ambiguamente a metà strada tra ordinamento internazionale e ordinamento costituzionale, nonché tutti gli interrogativi derivanti dalla creazione di un sistema multilivello di fonti i cui precari equilibri sono decisi dal problematico “dialogo” tra una Corte di giustizia da sempre tesa ad affermare l’assoluta preminenza del diritto europeo e una Corte costituzionale volta a salvaguardare a qualunque prezzo i supremi principi da essa stessa sviluppati.

È abbastanza agevole scorgere, sullo sfondo di questo “dialogo”, il dibattito politico che vede tra loro contrapposti europeisti e sovranisti. La dottrina, per parte sua, non è estranea a questo dibattito, cosicché si trova divisa tra quanti in nome delle esigenze di armonizzazione dei sistemi penali dei Paesi dell’Unione si dichiarano pronti ad accettare forme di ibridizzazione anche profonde di questi sistemi e coloro per i quali il primo imperativo è la salvaguardia della tradizione giuridica nazionale.

In tale conflittuale contesto le aspettative degli uni si scontrano inevitabilmente con le esigenze degli altri, dando luogo a un dibattito che, per intensità e fascino, rimanda alla mente quello ormai lontano tra scuola classica e scuola positiva: oggi come allora due universi in conflitto, due contrapposte visioni della società, due differenti modi di intendere il diritto.

È dunque lecito sperare che la disputa accesa a seguito della sentenza *Taricco* della Corte di giustizia possa risolversi nella ricerca di quelle reciproche aperture che in qualche modo si sono col tempo riuscite a trovare tra i seguaci delle concezioni a sfondo indeterministico ovvero, all’opposto, deterministico. Del resto, se le controversie sono il sale della vita, una delle prioritarie missioni del diritto dovrebbe essere quella di farsi carico di ogni genere di conflitto – sociale, politico, ideologico, filosofico – proponendo rispetto ad esso ragionevoli soluzioni di compromesso.

I testi qui di seguito riportati potrebbero agevolare tali soluzioni; essi infatti, nella loro estrema eterogeneità, contengono una straordinaria messe di osservazioni e argomenti capaci di offrire nuove prospettive di indagine destinate, in particolare, a evidenziare la molteplicità dei problemi sul tappeto, a favorire la comprensione delle “ragioni degli altri” e a suggerire, di conseguenza, scelte a carattere sincretistico.

Il desiderio che, anche nel tormentato campo dei rapporti tra diritto europeo e diritto penale, si possa nel tempo raggiungere un’intesa o un equilibrio, è qui testimoniata dalla condivisione con Cristiano Cupelli – il cui pensiero, sempre acuto, spesso diverge anche nettamente dal mio – della organizzazione del Convegno e della cura degli Atti.

CRISTIANO CUPELLI

Non occorre necessariamente concordare con Yves Mény che, in un recente saggio, ha sostenuto che per uscire da una situazione di crisi – e a maggior ragione di *crisi politica* – vi sia bisogno di soluzioni improntate a “radicalismo, rivoluzione, eroismo, rinnovo dell’analisi e dei paradigmi”, per nutrire la convinzione che il caso Taricco possa rappresentare, per l’Europa, un punto di svolta. Possa cioè trasformarsi da potenziale fattore ‘disgregante’ della sua già vacillante unità in un’insperata opportunità, in grado, non solo (ma anche) sul piano simbolico, di rilanciare, quantomeno sul terreno del diritto penale, l’idea originaria di condivisione politica, sociale e valoriale dell’ideale democratico. Un ideale che si fa fatica a riconoscere nella sentenza dell’8 settembre 2015, che invece rende con rara efficacia l’immagine, quantomai attuale, di un’Europa concentrata sul versante economico, in cui la Corte di Giustizia appare assai risoluta nel tutelare, *a tutti i costi* (fossero anche quelli di travolgere principi interni di garanzia ampiamente consolidati), pressanti e cospicui interessi finanziari e di bilancio, delegando i giudici interni al raggiungimento dello *scopo*.

Non è un caso, allora, che la pronuncia abbia stimolato una mole imponente di commenti e dibattiti. Le posizioni e i punti di vista sono differenti, talora antitetici; ma vi è, in tutti, la comune consapevolezza che in gioco non vi sia, come semplicisticamente potrebbe apparire, una rivendicazione domestica (oggi si direbbe *sovranista*) dell’istituto della prescrizione, del suo regime giuridico o della disciplina dei relativi atti interruttivi, né la pretesa di assicurare un trattamento di particolare riguardo ai ‘grandi evasori’. In discussione sono, nella dimensione sovranazionale, la tenuta dei principi fondamentali, primo fra tutti quello della separazione dei poteri, i confini tra legislazione e giurisdizione, tra peculiarità della materia penale e rivendicazioni ‘creative’ (o disapplicative) delle Corti. In breve, gli assetti istituzionali e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo.

Inevitabile, quindi, che a scendere in campo siano state, da una parte, la Corte costituzionale e, dall’altra, la Corte di Giustizia; meno scontato, ovviamente, l’esito del confronto instaurato, che assume le ve-

sti di un dialogo, ma che assomiglia molto più, nella sostanza, a due soliloqui. Pur apprezzandosi, da parte di molti commentatori, la scelta ‘diplomatica’ del rinvio pregiudiziale, tra i punti di ‘non convergenza’ vi è il ruolo e il peso che nella vicenda avrebbero potuto – e forse potranno ancora – assumere i controlimiti. La sensazione è che, in ossequio a una deferenza più apparente che reale, si sia avuto paura di azionarli (e financo di ‘chiamarli per nome’), perdendo così una preziosa occasione per avviare un percorso di espansione, in chiave sovranazionale, delle prerogative della legalità penale, idoneo a segnare il *nuovo inizio* di un diritto penale europeo su base legislativa e non più giurisprudenziale.

A questo punto, l’auspicio è che, invece, la mossa della Corte costituzionale si dimostri nei fatti ‘vincente’, e sia dunque proprio il rinvio pregiudiziale a trasformarsi nel canale per (es)portare in sede europea le specificità delle garanzie penalistiche connaturate al nostro ordinamento costituzionale; e magari che, addirittura, tale scelta possa risolversi in una (forse insperata) opportunità di crescita e di miglioramento, anche a livello interno, in termini di maggiore rigore nel sindacato costituzionale di quei corollari della legalità (determinatezza e separazione dei poteri) vigorosamente richiamati nell’ordinanza.

Un ‘vero dialogo’, invece, è andato in scena a Ferrara, nel Convegno dello scorso febbraio di cui si presentano in questo Volume gli “Atti”; si è assistito a un confronto franco, aperto a una pluralità di discipline e di saperi, e a una grande differenza di vedute. Le divergenze esistenti non si sono necessariamente appianate, ma è tuttavia emersa – e traspare limpidamente dai contributi pubblicati – una non comune volontà di ascoltarsi, *prendendo appunti*. Gran parte del merito di ciò va, oltre ai partecipanti, ad Alessandro Bernardi, che in tempi brevissimi ha fortemente voluto e saputo organizzare l’incontro e che ha altrettanto fortemente (e generosamente) insistito nel volere condividere l’onere, ma soprattutto l’onore, della cura del presente lavoro con chi, pur avendo idee in parte diverse su alcuni aspetti (e assetti) dei rapporti tra diritto penale e UE, condivide il senso e il significato del confronto scientifico.

FRANCESCO PALAZZO

Introduzione

POCHE PAROLE SPARSE PER UNA LETTURA “EUROPEISTA”
DELL’ORDINANZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE 24/2017

Dobbiamo alla grande sensibilità di Alessandro Bernardi e all’infaticabile entusiasmo suo e del suo gruppo se la comunità scientifica italiana, non solo dei penalisti ma – com’è necessario – anche dei costituzionalisti e degli internazionalisti, ha avuto queste opportunità di partecipare al serrato dibattito sulla *vicenda Taricco* attraverso un primo appuntamento, l’anno scorso, dedicato al tema dei “controlimiti” (cui ha fatto seguito un volume davvero poderoso) e poi oggi attraverso questo tempestivo e quanto mai opportuno seminario sull’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale. E sicuramente il futuro prossimo non troverà inerti gli amici ferraresi rispetto a una vicenda che sta movimentando dalle fondamenta l’edificio mai conchiuso del “diritto penale europeo”.

È prevista la partecipazione a questo nostro odierno seminario di numerosissimi cultori e specialisti della materia, che recheranno contributi diversi e diversamente orientati ma tutti sicuramente improntati alla consapevolezza scientifica della posta in gioco, nonché alla coscienza dell’ineludibilità dei formidabili problemi che attraversano oggi non solo il moderno diritto penale ma anche la fisionomia se non la sopravvivenza di quelle istituzioni europee che per mezzo secolo sono state custodi e promotrici di pace e prosperità. Una posta in gioco che non mi stanco di ripetere esige, specie da parte dei giuristi e specie se “accademici”, completa indipendenza di giudizio e rifiuto di più o meno interessati pregiudizi o solo luoghi comuni.

Dinanzi al corposo elenco degli interventi programmati, le mie parole di apertura di questa intensa giornata di studio non potranno che essere non solo poche e brevi, ma molto probabilmente saranno anche assai poco significative e dettate più che altro dall’intento di rendere omaggio ai presenti e ad un’iniziativa che non può non trovare il plauso di tutti noi e del quale dunque mi permetto di farmi interprete a nome di tutti.

Vorrei osservare preliminarmente che le difficoltà cui ci troviamo di fronte dipendono certo dalla “posta in gioco” ma sono anche accresciute da ulteriori fattori di contesto, che contribuiscono se non a disorientare certamente a creare motivi di tensione aggiuntiva.

In primo luogo, la causa scatenante di tutta la vicenda sta in un luogo assai sensibile dell’ordinamento penale italiano e della vita stessa del nostro sistema di giustizia penale. La disciplina della prescrizione è un vero e proprio nervo scoperto e forse può avere contribuito a determinare alcune estremizzazioni del dibattito. Certamente, la disciplina attuale della prescrizione, e soprattutto gli effetti pratici che ne derivano, è tutto fuori che commendevole. Però, non mi sembra che questa constatazione possa condizionare l’approccio ai problemi sollevati dalla “Taricco”, inducendo a formulare l’assunto per cui non varrebbe la pena impegnarsi in uno scontro frontale contro la Corte di giustizia in nome di una causa sostanzialmente disdicevole. È ovvio infatti che non è in gioco la prescrizione ma la legalità. E neppure mi sembra si possa a cuor leggero contestare il presunto eccesso di garanzia che sarebbe insito nel continuare ad affermare la natura sostanziale della prescrizione, posto che invece dovrebbe costituire una apprezzabile linea evolutiva quella di coltivare e potenziare una legalità anche processuale.

D’altra parte, non meno censurabile è l’atteggiamento di chi reagisce alla “Taricco” con qualche esorbitanza dovuta proprio al fatto che essa viene a mettere in discussione l’unico strumento normativo dotato di una qualche efficacia per contrastare la piaga della lunghezza irragionevole del processo e, più in generale, per sfozzire il sistema attraverso proscioglimenti che finiscono per diventare pressoché automatici sol che si coltivi il processo: un’accoppiata di risultati che maliziosamente si potrebbe ritenere tutt’altro che sgradita alla parte meno impegnata dell’avvocatura.

In secondo luogo, e su un piano decisamente più alto, un altro fattore di drammatizzazione della questione sta nella stessa ordinanza della Corte costituzionale che ci accingiamo a discutere. Come riconosciuto da molti, l’ordinanza della Corte ha posto molti punti fermi, anzi fermissimi, nella salvaguardia della legalità di fronte alla “regola Taricco” di “derivazione europea” largamente indeterminata e tale da conferire una costituzionalmente insopportabile discrezionalità al giudice chiamato alla sua applicazione. Addirittura, la Corte costituzionale giunge a suggerire alla Corte di giustizia la presenza non tanto di un controlimite interno ma addirittura la preesistenza di un limite europeo costituito proprio da quella legalità che, essendo patrimonio costituzionale degli Stati di *civil law*, non può di conseguenza non essere patrimonio anche dei principi fondamentali dell’ordinamento europeo. In questo modo la questione viene

radicalizzata, rendendo molto difficile per la Corte di giustizia uscirne attraverso un *commodus discessus* percorrendo strade magari più pragmatiche ma meno dirompenti di quelle battute dalla Consulta.

Infine, non è mancato chi molto acutamente ha temuto che la questione “Taricco” potesse addirittura aprire alla contrapposizione netta tra diversi paradigmi della giuridicità, quello moderno identificantesi con il legalismo di origine illuministica e quello postmoderno secondo il quale il diritto si forgia esclusivamente a contatto col fatto nel momento dell’interpretazione e applicazione giudiziale. Credo anch’io che sarebbe sbagliato cavalcare la “Taricco” per fomentare quella contrapposizione rilanciando le sorti di quel paradigma che ormai è in crisi da tempo nell’esperienza giuridica postmoderna. Tuttavia, penso altrettanto fermamente che assumere un atteggiamento critico, obiettivamente critico cioè di *giudizio*, nei confronti dell’eccessiva disinvoltura della sentenza Taricco non significhi né manifestare sentimenti di ostilità all’Europa o rigurgiti “sovranisti” né tantomeno professare una fede cieca nei confronti del vecchio paradigma della modernità chiudendo gli occhi dinanzi a quello che da mezzo secolo sta accadendo nell’universo giuridico. Il punto è decisamente un altro e molto più impegnativo. L’interrogativo di fondo da porsi, così come sembra profilarsi sotto le righe della sentenza Taricco, è se l’evoluzione prossima delle istituzioni europee continuerà ad andare nel senso del personalismo e dell’umanesimo giuridico, specialmente penale, oppure se stiamo assistendo ad un processo sostanzialmente involutivo in cui gli interessi finanziari e le incrostazioni burocratiche stanno sopraffacendo gli originari slanci dell’uropeismo. A fronte del sovranismo dei singoli Stati, che bene o male – tra più o meno populismo – sono comunque più sensibili alle esigenze popolari, l’inacidimento burocratico-finanziario dell’Europa sarebbe la peggior forma di sovranismo in quanto espressione di una miopia che non cessa di esser tale sol perché “europea”, collocandosi inoltre a grande distanza dalle esigenze e dagli umori dei popoli. L’argomento è forse poco giuridico; ma non può certo essere dimenticato soprattutto discorrendo di principi penalistici, la cui sostanza è necessariamente intrisa di personalismo e umanesimo.

Tutto ciò premesso, è forse il momento di approssimarsi un po’ di più alla questione Taricco. Ma vorrei farlo non già impegnandomi in una lettura analitica dell’ordinanza della Corte costituzionale, sulla quale non mancheranno certo i contributi dei numerosi partecipanti a questo seminario. Vorrei piuttosto prendermi la libertà di fare un esercizio di grande presunzione mettendomi per così dire nei panni della Corte di giustizia.

L’ordinanza della Corte costituzionale può essere letta da due diversi angoli visuali. In primo luogo, da un punto di vista interno, esal-

tandone le caratteristiche e i toni di strumento esclusivamente *difensivo* delle prerogative del nostro ordinamento. Oppure dal punto di vista dell'Europa, mettendoci cioè gli occhiali europei per leggere un provvedimento che ha indubbiamente anche il contenuto di un messaggio, forse di un monito, indirizzato appunto all'Europa. Mettersi per così dire nei panni dell'Europa significa anche e soprattutto leggere quel messaggio alla luce degli stessi interessi ed obiettivi dell'Unione.

Tra i due punti di vista, sceglierei senz'altro il secondo, senza che ciò significhi – si badi – lanciarsi qui in impossibili profezie su quale potrà essere la risposta della Corte di giustizia agli interrogativi posti dalla Corte costituzionale. E sceglierei il secondo angolo visuale per due semplici ma fondamentali ragioni. Innanzitutto, perché la lettura strettamente difensiva dell'ordinanza, indubbiamente plausibile, non mi sembra la più adeguata al momento storico: qui ed ora non si tratta tanto di esaltare chiusure, creare fratture, erigere steccati, che alla fine potrebbero riportarci indietro di secoli ad un nuovo medioevo del diritto, che ci farebbe dimenticare troppo presto i risultati e i progressi prodotti dall'Europa del diritto in termini ad esempio di cooperazione giudiziaria oppure di diritti fondamentali specie nel processo. Piuttosto, ed in secondo luogo, credo che il nostro compito prioritario sia proprio quello di aiutare, sollecitare e sospingere l'Europa, l'Europa del diritto in particolare, ad un ripensamento di se stessa, valorizzando appunto il significato dialogico di un provvedimento così alto ed impegnativo come l'ordinanza 24/2017. Certo, quei panni della Corte di giustizia che presuntuosamente ho detto di voler indossare, sono panni assai scomodi, tanto è stretta la via lasciata aperta dai nostri giudici costituzionali. Forse sarebbero panni un po' meno scomodi se sugli scranni di Lussemburgo circolasse un po' più di sensibilità penalistica: sia detto con tutto il rispetto dovuto.

Abbiamo detto che sono in gioco in qualche modo i paradigmi della giuridicità, nel preciso senso che la sentenza Taricco mette in luce, forse in modo più eclatante di altri avvenimenti giuridici, che il nodo di fondo è quello del ruolo assunto dalla giurisprudenza come fonte del diritto, della produzione giurisprudenziale quale *formante paritario* del diritto anche in materia penale. Ebbene, se dovessi vestire la toga rossa (non c'è ovviamente nessuna allusione...) dei giudici di Lussemburgo, osserverei la massima cautela nell'accreditare una espansione incontrollata del formante giurisprudenziale in materia penale. E ciò non tanto o non solo in ossequio ad un postulato legalitario che pure esiste, ma soprattutto nello stesso interesse del diritto (penale) europeo, delle sue *chances* di fisiologica affermazione nella disciplina della penalità. Il tema si pone su due piani distinti.

Il primo è quello della legittimazione della stessa Corte di giustizia a produrre regole e principi destinati a imporsi agli Stati e direttamente ai loro organi, *in primis* quelli giurisdizionali. Sotto questo profilo, il potere normativo della Corte di Lussemburgo l'avvicina alle Corti costituzionali, essendo fuori discussione che anche la prima possa produrre regole e principi destinati all'immediata applicazione da parte dei giudici interni. Contestare questa possibilità significherebbe contestare lo stesso sistema giuridico europeo, come delineato da quei Trattati ai quali gli Stati hanno aderito accettandone le caratteristiche strutturali e funzionali di fondo. Né avrebbe ovviamente senso invocare i controlimiti per opporsi a questa modalità di funzionamento del rapporto tra giurisdizione europea e giurisdizioni interne. I controlimiti possono operare in casi non solo estremi ma prima di tutto puntuali, episodici, contingenti, là dove la regola o il principio dedotto dalla Corte di Lussemburgo sia – come dire? – accidentalmente contrario a uno dei principi supremi dell'ordinamento interno. Ma non potrebbero essere mai invocati per contestare in radice una prerogativa propria dello *ius dicere* della Corte di giustizia, cioè quello di imporre i suoi *dicta* all'osservanza obbligatoria da parte degli organi nazionali.

Ciò detto, però, il problema non è ancora nemmeno impostato. Il punto è in realtà un altro: nemmeno la Corte di giustizia può produrre regole e principi senza limiti, cioè senza un'adeguata base legale fornita dai Trattati. Se l'"invenzione" del diritto giurisprudenziale non fosse riconducibile in modo pur elastico ma sufficientemente univoco ad una base legale, anche la Corte di Lussemburgo andrebbe al di là delle competenze delimitate dai Trattati: saremmo in presenza di un vizio simile all'*ultra vires* in tanto in quanto quella regola e quel principio si collocherebbe oltre i confini di materia e di competenza segnati dai trattati. Ebbene, a me pare che il primo punto dolente della sentenza Taricco sta proprio nell'eccesso di disinvoltura con cui la Corte ha tratto la cosiddetta prima "regola Taricco" dal primo comma dell'art. 325 TFUE: in sostanza il *rapporto di derivazione* della prima regola Taricco rispetto al contenuto dell'art. 325.1 TFUE è eccessivamente lasco, perché si possa ravvisare in quest'ultimo una adeguata base legale. A questo punto è facile comprendere come, muovendo da tali premesse, sarebbe una vera e propria iattura se la Corte di giustizia entrasse nell'ordine d'idee di rispondere alla nostra Corte costituzionale "tassativizzando" – come si dice – il contenuto della prima regola Taricco. Un'operazione siffatta, invero, mentre in nulla modificherebbe l'eccessiva distanza della derivazione della regola dal Trattato, costringerebbe probabilmente la Corte costituzionale a evocare non più il principio di determinatezza ma quello

di riserva di legge: e quest'ultimo davvero potrebbe trarre seco l'idea di un argine, di una barriera generalizzata ai poteri normativi della Corte di giustizia, facendo traballare la nostra stessa adesione all'edificio europeo.

L'altro piano problematico sul quale si pone il tema del formante giurisprudenziale nella dinamica del diritto europeo è quello della discrezionalità che viene conferita al giudice *interno* dalle regole e principi elaborati dalla Corte di giustizia e destinati ad essere applicati dagli organi nazionali.

Nel complesso gioco dei rapporti tra fonti europee e attività del giudice nazionale, gli strumenti dell'interpretazione conforme e della disapplicazione già conferiscono margini interpretativi molto ampi ai giudici interni, senza peraltro che questi ultimi possano sottrarsi in nessun modo a questo compito di adeguamento "diffuso" del diritto interno a quello dell'Unione. Ma il prezzo che si paga in termini di discrezionalità giudiziale viene in qualche modo compensato in termini di più efficace penetrazione del diritto europeo. Senonché, è interesse prima di tutto della stessa Unione mantenere in equilibrio questo rapporto tra discrezionalità del giudice interno e armonizzazione europea: se, invece, dovesse prodursi uno squilibrio nel senso di un eccesso di discrezionalità a favore della giurisdizione nazionale, sarebbero nel contempo messi a rischio anche gli obiettivi di uniforme armonizzazione e penetrazione del diritto europeo, proprio perché lasciati in concreto all'incertezza delle decisioni di tanti giudici. Insomma, proprio mettendosi nei panni dell'Unione e della Corte di giustizia, dovrebbe essere loro interesse tenere stretto il rapporto tra fonti europee e applicazione giudiziale interna evitando di accrescere quella dose di "fisiologica" discrezionalità insita negli strumenti ordinari dell'interpretazione conforme e della disapplicazione. Regole e principi formulati dalla Corte di giustizia in modo da rendere protagonista il giudice nazionale, non solo si pongono in tensione coi caratteri identitari degli ordinamenti di *civil law*, ma rischiano di mettere in forse gli stessi obiettivi di fondo dell'Unione.

Dunque, anche sotto questo tutt'altro che trascurabile profilo la prima "regola Taricco" non pare essere una soluzione felice e sembra invece essere molto influenzata dall'intento di muovere una ferma censura nei confronti di una normativa interna certamente assai discutibile nei suoi risultati applicativi.

Prima di concludere queste brevi parole di apertura, vorrei fare un'ultima precisazione in ordine a quella trasformazione dei paradigmi della giuridicità in cui s'inserisce a pieno titolo il diritto penale europeo.

Non sarò certo io a negare i mutamenti del paradigma tradizionale indotti dai labirinti interpretativi aperti dal diritto europeo e dai suoi so-

fisticati meccanismi di integrazione con quello nazionale. Credo, però, che si indispensabile tenere ben distinti due fenomeni, che invece in queste ultime settimane si tende ad avvicinare se non a identificare.

Una cosa è la trasformazione della legalità penale come *fenomeno empirico-fattuale*, tematizzato ampiamente dall'ermeneutica e riconducibile – fra l'altro – alla accresciuta complessità sociale e alla caduta di prestigio e di capacità ordinante della legge, anche penale. Tutt'altra cosa è, invece, un consapevole e per così dire “istituzionale” accreditamento, come non può non essere quello veicolato dalla Corte di giustizia, di un paradigma diverso in quanto incentrato sulla fonte giurisprudenziale. Questa seconda rivoluzione viene a toccare la *scelta costituzionale ed identitaria* degli Stati di tradizione continentale modificando implicitamente l'assetto delineato dall'art. 101 più che 25 della Costituzione.

La differenza tra i due fenomeni non è da poco. Rispetto al primo, mentre il vagheggiamento di una legalità “integralistica” si rivela ormai fuori dalla storia, sono però non solo plausibili ma doverosi tutti gli accorgimenti per tenere sotto controllo il fenomeno senza avere però la pretesa di devitalizzarlo: e così, ad esempio, riassetando il rapporto tra testo normativo e ragionamento ‘tipologico’, oppure potenziando il ruolo nomofilattico della Cassazione, e comunque alimentando il senso del limite e del precedente nell'attività interpretativa. Rispetto al secondo fenomeno, invece, non si può ignorare che fare del giudice nazionale un giudice “di scopo” degli obiettivi dell'Unione significa uscire dalla dimensione *applicativa* del diritto penale per delegare al giudice l'attuazione di programmi politici di largo raggio.

Non di rado si sta ascoltando in questi giorni una sottile critica rivolta alla nostra Corte costituzionale, che si sarebbe mostrata rigorosa verso l'indeterminatezza delle regole europee, mentre ben poche barriere avrebbe opposto alla degenerazione del tradizionale paradigma della legalità che si consuma nell'ordinamento nazionale. Certo, è indubbio che l'*horror vacui* che prende la nostra Corte dinanzi ai possibili vuoti di tutela penale l'ha resa estremamente cauta nel censurare le cadute della legalità “interna”. Ma è anche vero che il significato e la portata ordinamentale del fenomeno interno del mutamento del paradigma della legalità sono molto diversi rispetto al significato e alla portata ordinamentale di un sistema giuridico come quello europeo che finisce per incidere sull'identità costituzionale degli Stati. Forse dimenticando troppo in fretta che ancora oggi gli Stati sono i signori dei trattati. E, dunque, come è giustificato – a noi pare – l'atteggiamento di fermezza assunto dalla Corte costituzionale nei confronti delle possibili derive europeiste, così sarebbe improprio cercare di cogliere l'occasione per forzarla verso il recupero di paradigmi oramai difficilmente praticabili.

CONTRIBUTI

CHIARA AMALFITANO

PRIMATO DEL DIRITTO DELL'UNIONE
VS IDENTITÀ COSTITUZIONALE
O PRIMATO DEL DIRITTO DELL'UNIONE
E IDENTITÀ NAZIONALE?

SOMMARIO: 1. Primato e disapplicazione *in malam partem*. – 2. Incaute argomentazioni (con il senno di poi?) della Corte di giustizia. – 3. Identità costituzionale nella prospettiva della Consulta. – 4. Identità nazionale nella prospettiva della Corte di giustizia?

1. *Primato e disapplicazione in malam partem*

Nell'ormai notissima sentenza *Taricco e a.*, per assicurare l'effettiva applicazione dell'art. 325, parr. 1 e 2, TFUE, e così tutelare gli interessi finanziari dell'Unione, la Corte di giustizia dispone che il giudice nazionale deve disapplicare la normativa italiana controversa (quella sull'allungamento massimo dei termini di prescrizione di cui agli artt. 160 e 161 c.p.), se (i) la frode IVA rilevante è «grave» e si verifica in un «numero considerevole di casi» o se (ii) la normativa che tutela corrispondenti interessi finanziari nazionali è sorretta da un regime di prescrizione più efficace/dissuasivo di quello applicabile ai reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione¹. Tale disapplicazione non potrebbe operare se si riscontrasse una violazione dei diritti fondamentali dell'individuo². E benché la Corte sembri incidentalmente rimettere la verifica di siffatta violazione al giudice nazionale, nella sostanza effettua essa stessa la valutazione *de qua* e giunge ad escludere qualsivoglia violazione³.

¹ Sentenza 8 settembre 2015, causa C-105/14, pt. 58.

² *Ibidem*, pt. 53.

³ *Ibidem*, pt. 55. Così nel pt. 58 e nel dispositivo la disapplicazione è collegata al verificarsi delle condizioni fissate nella sentenza, senza rimettere al giudice nazionale la valutazione ultima della violazione dei diritti dell'imputato. Tuttavia, la Corte costituzionale nell'ordinanza di rinvio (v. § 3) fa leva proprio su questo potere devoluto al giudice nazionale per suggerire alla Corte di giustizia una rilettura della sentenza *Taricco* idonea a consentire la non disapplicazione laddove essa implichi una violazione del valore sotteso al controlimite.

Ne discende, al verificarsi delle menzionate condizioni, l'obbligo di disapplicazione, occorrendo individuare la disciplina applicabile al giudizio penale pendente (e a quelli ove occorre risolvere questioni identiche) nella normativa nazionale che resta vigente espunto, per via della disapplicazione, il regime di prescrizione ritenuto contrario al diritto dell'Unione. Tale accertamento potrebbe tradursi nell'imprescrittibilità delle frodi carosello, ovvero nell'applicazione – in luogo delle previsioni sull'allungamento dei termini massimi di prescrizione sino ad un quarto del termine base – del regime che ne dispone l'allungamento sino a un terzo, o, ancora, nella statuizione del decorso *ex novo* dei termini di prescrizione (o, forse, nella reviviscenza della normativa interna previgente)⁴. Ciò che è palese è il fatto che qualunque sia la scelta operata dal giudice nazionale, essa si concretizza in una conseguenza *in malam partem* per l'imputato.

Altrettanto evidente è il fatto che l'operazione effettuata dalla Corte di giustizia nel caso di specie, avvalendosi di una norma pattizia, è operazione che il giudice dell'Unione non ha di regola mai ammesso quando la sostanziale illegittimità di una normativa nazionale dipendeva dal mancato "allineamento" del legislatore interno alle prescrizioni di una direttiva⁵. Infatti, pur a fronte del riconosciuto inadempimento statale, una «direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle [...] disposizioni» della direttiva⁶. Ciò significa che dalla mancata e/o non corretta trasposizione di tale atto non possono discendere, per consolidata giurisprudenza "comunitaria", conseguenze negative per il singolo. Questi, in presenza di una previsione di una direttiva che gli conferisca in modo chiaro, preciso ed incondizionato un diritto, può invocarla contro lo Stato inadempiente (alla scadenza,

⁴ Sulle possibili conseguenze della disapplicazione v., per tutti, E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale (Riflessioni sulla sentenza Taricco)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 29 febbraio 2016. Nel senso che «verrebbe in considerazione anche la possibilità di continuare a ritenere applicabili al caso in esame le norme sulla prescrizione precedentemente in vigore, quali risultavano dal codice penale [...] prima della legge n. 251/2005» v., in particolare, le conclusioni del 30 aprile 2015 dell'AG Kokott, nella causa *Taricco*, pt. 126.

⁵ Quali eccezioni alla regola generale v., ad es., le sentenze 30 aprile 1996, causa C-194/94, *CIA Security International SA* e 26 settembre 2000, causa C-443/98, *Unilever Italia SpA*; nonché, in materia penale, e per quanto in tempi brevi superata dall'impostazione di cui alla sentenza *Berlusconi e a.* (v. nota successiva), v. 11 novembre 2004, causa C-457/02, *Niselli (amplius, A. BERNARDI, Presentazione. I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale, in A. BERNARDI (a cura di), I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, VII ss., spec. LXXX ss.).

⁶ V., per tutte, Corte giust., 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi e a.*, pt. 74.

quindi, del termine di recepimento), per aggirarne la violazione e ottenere comunque tutela della posizione giuridica riconosciutagli da tale norma (effetto diretto verticale delle direttive), ma mai vedere invocata nei propri confronti la violazione dello Stato, ovvero subire le conseguenze dell'illecito ad esso imputabile, con peggioramento della posizione giuridica che riveste (effetto diretto verticale unilaterale)⁷.

Eppure questo peggioramento è ciò che si verifica se ricorrono le condizioni di disapplicazione fissate nel caso *Taricco* dalla Corte di giustizia che, non a caso, impiega una norma di diritto primario (l'art. 325 TFUE, che neppure era stato menzionato nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale⁸) per ottenere un risultato che non avrebbe potuto raggiungere – se non stravolgendo la propria consolidata giurisprudenza – impiegando una direttiva⁹. Una norma, quel che più stupisce, priva dei requisiti (specie il carattere incondizionato) che tradizionalmente la giurisprudenza “comunitaria” impiega per attribuire ad una norma efficacia diretta¹⁰, con effetto di esclusione (dell'applicazione) della normativa nazionale controversa che si accompagna all'effetto di sostituzione, ovvero di applicazione – al posto della norma interna – della previsione di diritto dell'Unione che attribuisce (in modo chiaro, preciso ed incondizionato) la posizione giuridica di vantaggio¹¹. Anche nei casi in cui la Corte di giustizia ha sancito l'effetto diretto di una norma pattizia, o di pari rango primario, con vantaggio per un singolo e contestuale svantaggio per un altro singolo (effetto diretto orizzontale) la previsione rilevante aveva comunque i requisiti di chiarezza, precisione e incondizionatezza tali da consentire che l'esclusione fosse seguita da sostituzione ed effettivamente, dunque, si rientrasse nell'istituto dell'effetto diretto¹², almeno per come concepito sino ad oggi dalla Corte di giustizia¹³.

⁷ V., per tutte, sentenze 5 aprile 1979, causa 148/78, *Ratti*; 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*; 7 marzo 1996, causa C-192/94, *El Corte Inglés SA*; 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi e a.*

⁸ Consultabile in http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1391714331rinvio_pregiudiziale_Cuneo.pdf.

⁹ Critico su un possibile siffatto *revirement* v. R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 luglio 2016, 5 s.

¹⁰ V., per tutte, sentenze 4 dicembre 1974, causa 41/74, *van Duyn*; 19 gennaio 1982, causa 8/81, *Becker*; 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francoovich e a.*

¹¹ Su tali effetti v. D. SIMON, *Le Conseil d'Etat et les directives communautaires: du gallicanisme à l'orthodoxie*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1993, 265 ss.; G. STROZZI, già *Diritto dell'Unione europea*, Parte istituzionale, Torino, 2000, 196.

¹² V. sentenze 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne* e 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold* (da ultimo confermata dalla sentenza 19 aprile 2016, causa C-441/14, *Dansk Industri*).

¹³ Critici sull'effetto diretto dell'art. 325 TFUE v. E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in A. BERNARDI (a cura di), *op. cit.*,

Nella sentenza *Taricco*, invece, alla disapplicazione della normativa nazionale “incriminata” non segue alcun effetto di sostituzione, proprio perché la rilevante norma dell’Unione – l’art. 325 TFUE – non soddisfa i requisiti per potersi applicare al posto della disciplina interna “illegittima”. Difficile dunque poter configurare concettualmente – e a meno di non essere di fronte ad un nuovo filone giurisprudenziale – l’effetto diretto, pur “invertito”, anche nel caso in esame. E poi, a ben vedere, se davvero si trattasse di effetto diretto invertito, allo svantaggio per il singolo dovrebbe corrispondere (trattandosi di rapporto verticale) una posizione di *favor* per lo Stato. Certo potrebbe sostenersi che la disapplicazione consente la prosecuzione dei processi pendenti e, quindi, anche l’eventuale (se gli imputati saranno giudicati colpevoli) tutela delle finanze dello Stato (oltre che di quelle dell’Unione). E che, a fronte della sentenza pregiudiziale, lo Stato italiano evita di essere convenuto dinanzi alla Corte di giustizia con un ricorso per inadempimento. Tuttavia, la sentenza pregiudiziale ha già riconosciuto la sostanziale incompatibilità con l’art. 325 TFUE della normativa statale, che è quindi destinata alla disapplicazione da parte del giudice nazionale e alla modifica da parte del legislatore (al fine di renderla conforme ai *dicta*, pur incerti, della Corte di giustizia)¹⁴. Pertanto, nel caso di specie l’esigenza di assicurare (il primato e) l’effettività del diritto dell’Unione si risolve a detrimento tanto del singolo, quanto (della normativa) dello Stato, come accaduto, ad es., nei casi *Lucchini* e *Melloni*¹⁵. Nel primo caso, tuttavia, il soggetto di fatto pregiudicato era un’impresa e non un individuo e, comunque, non si trattava di materia penale. Nel secondo caso, pur limitandosi in ambito penale il *quantum* di tutela di cui l’individuo avrebbe beneficiato in base al principio del giusto processo come regolamentato nell’ordinamento spagnolo, questi non subisce in concreto alcun pregiudizio dei suoi di-

45 ss., spec. 46; D. GALLO, *La primazia del primato sull’efficacia (diretta?) del diritto UE nella vicenda Taricco*, su <http://www.sidiblog.org/>, 25 febbraio 2017, che ritiene che la Corte di giustizia sbaglia dove «apoditticamente considera l’articolo 325 TFUE norma idonea a imporre la disapplicazione del diritto nazionale» e che parla di «forma (molto) *sui generis* di efficacia diretta verticale invertita».

¹⁴ La normativa controversa (c.d. legge *ex-Cirielli*) è stata oggetto di modifica nel 2011 (v. art. 2, c. 36-*vicies semel*, lett. *h*), del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo, convertito, con modificazioni, dall’art. 1, 1° c., della l. 14 settembre 2011, n. 148, che ha aumentato di un terzo i termini di prescrizione dei reati puniti dagli artt. 2-10 del d.lgs. n. 74 del 2000), potendo però essa trovare applicazione solo per i reati commessi dopo la sua entrata in vigore e quindi non per quelli al vaglio del giudice *a quo* nella causa *Taricco*. La Corte di giustizia non ha ancora avuto modo di valutare l’effettività di tale nuova normativa rispetto alle finalità di cui all’art. 325 TFUE.

¹⁵ V. sentenze 18 luglio 2007, causa C-119/05 e 26 febbraio 2013, causa C-399/11. Sulle differenze tra il caso *Taricco* e il caso *Melloni* v. § 4.

ritti, il principio in parola essendo comunque adeguatamente assicurato dalla normativa dell'Unione (la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo¹⁶) rilevante nella specie.

Ancora, pare opportuno rilevare come una potenziale conseguenza negativa per l'imputato del procedimento penale fosse stata di fatto delineata dalla Corte di giustizia anche, ad es., nel caso *Pupino*¹⁷. E come all'epoca non solo non si fosse gridato allo scandalo, come nel caso *Taricco*, dove il controlimita viene invocato quasi paradossalmente a salvaguardia (seppur indiretta) di un regime di prescrizione unanimemente criticato e inidoneo a tutelare, oltre che le finanze dell'Unione, anche le casse dello Stato¹⁸; ma, al contrario, il legislatore italiano si fosse tempestivamente adoperato per modificare la legislazione implicitamente riconosciuta come lacunosa (in punto di tutela delle situazioni giuridiche coperte dal diritto dell'Unione) dalla Corte di giustizia¹⁹. In tale pronuncia i giudici del Kirchberg, nel sancire l'obbligo di interpretazione conforme della normativa italiana sull'incidente probatorio alla decisione quadro 2001/220/GAI sulla posizione della vittima nel procedimento penale, hanno disposto che siffatta operazione ermeneutica incontra il limite dell'interpretazione *contra legem* e non può comportare una violazione dei diritti di difesa dell'imputato. La scelta di disporre l'incidente probatorio anche in casi non previsti dalla legislazione nazionale, rimessa discrezionalmente al giudice *a quo* (come nel caso *Taricco* la disapplicazione è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice procedente) può certo essere utile nell'ottica di una tutela adeguata della posizione della vittima e di un'efficiente amministrazione della giustizia²⁰. Tuttavia, benché il giudice nazionale possa procedere alla sostanziale integrazione della normativa rilevante solo se astrattamente ritiene che, come visto, essa non pregiudichi i diritti dell'imputato, non è escluso che questa operazione

¹⁶ V. decisione quadro 2002/584/GAI come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI.

¹⁷ V. sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03.

¹⁸ Come correttamente evidenziato, in particolare, da F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 maggio 2016, 4-9; R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, *ibidem*, 7 novembre 2016, 2 e 19; D. GALLO, *op. cit.*

¹⁹ V. art. 9 del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito in l. 23 aprile 2009, n. 38.

²⁰ L'obbligo di interpretazione conforme sancito dalla Corte di giustizia consente, nella sostanza, di aggirare la previsione di cui all'art. 34, par. 2, lett. b), TUE pre-Lisbona, secondo cui le decisioni quadro non hanno effetto diretto. L'interpretazione che di fatto la Corte ammette nel caso di specie è un'interpretazione *praeter legem* e la sua sentenza è, dunque, sostanzialmente "additiva" delle ipotesi in cui si può ricorrere all'incidente probatorio.

non si risolva in uno svantaggio per tale soggetto, le cui possibilità di condanna potrebbero ridursi (almeno in linea di principio) se la testimonianza è assunta al dibattimento e non anticipata (come reso possibile dalla sentenza della Corte di giustizia) all'incidente probatorio.

2. *Incaute argomentazioni (con il senno di poi?) della Corte di giustizia*

L'approccio funzionalistico abbracciato dalla Corte di giustizia per soddisfare, "costi quel che costi", l'obiettivo di cui all'art. 325 TFUE si è immediatamente trovato a fare i conti, per non dire scontrato, con il principio di legalità di cui all'art. 25, 2° c., Cost. Questa Corte non ha infatti dato rilevanza alcuna – a ben vedere neppure preso in esame la possibilità di dare rilevanza – alle specificità dell'ordinamento costituzionale italiano, elaborando una soluzione giurisprudenziale il cui rispetto confligge con i principi di determinatezza e di irretroattività della norma penale sfavorevole quali declinazioni del principio di legalità "coperte" dalla menzionata previsione costituzionale.

Le statuizioni della Corte di giustizia difettano, innanzitutto, del requisito della precisione e della prevedibilità, specie laddove si debba assicurare il rispetto dell'art. 325, par. 1, TFUE, e lasciano eccessiva discrezionalità al giudice nel valutare la possibilità di disapplicare la normativa nazionale controversa. Questi diventa un giudice di scopo (in violazione dei principi costituzionali di separazione dei poteri e di soggezione del giudice soltanto alla legge) e il singolo rischia di essere punito per soddisfare esigenze di prevenzione ed è strumentalizzato per fini di politica criminale²¹, con conseguente possibile violazione (anche) del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. La Corte di giustizia, inoltre, non tiene in considerazione alcuna il principio di certezza del diritto, pacificamente riconosciuto quale principio generale di diritto dell'Unione²², e dà un'interpretazione non prevedibile dell'art. 325 TFUE, definendo un criterio *de minimis* per guidare il giudice nella disapplicazione, senza nemmeno stabilire che essa possa aversi solo per i reati commessi dopo la sua pronuncia, anche sotto questo profilo violando il prin-

²¹ Per tutti v. V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 maggio 2016, 23.

²² V. sentenze 13 luglio 1965, causa 111/63, *Lemmerz Werke c. Alta Autorità*; 14 luglio 1972, causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd c. Commissione*; poi confermata (con riferimento alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri) da, *inter alia*, 16 febbraio 1982, causa 258/80, *Rumi c. Commissione*; 21 settembre 1983, cause riunite da 205/82 a 215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH*. Più di recente, v., ad es., Trib. primo grado, 22 gennaio 1997, causa T-115/94, *Opel Austria c. Consiglio*; Corte giust., 18 novembre 2008, causa C-158/07, *Förster*.

cipio della prevedibilità e, secondo l'impostazione del giudice costituzionale italiano, il principio dell'irretroattività della norma penale sfavorevole. Attribuendo, infatti, alla prescrizione natura processuale anziché sostanziale, la Corte di giustizia consente che la disapplicazione abbia luogo dal giorno della sua pronuncia anche rispetto ai reati già commessi; mentre una maggior attenzione per le specificità del nostro ordinamento avrebbe consentito, mediante una limitazione nel tempo degli effetti della sentenza²³, di predisporre la disapplicazione solo per i reati commessi dal giorno della pronuncia, così assicurando che i loro autori fossero edotti del nuovo regime prescrizionale e non si avesse alcuna disapplicazione, e dunque retroattività, *in malam partem*.

La Corte di giustizia, invece, si allinea acriticamente all'impostazione della Corte di Strasburgo che ha considerato legittimo *ex art. 7 CEDU* il riconoscimento di natura processuale al regime della prescrizione²⁴; e sulla base di tale premessa, escludendo qualsivoglia violazione dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (cui si dà una lettura corrispondente a quella del citato art. 7 CEDU), essa ha ritenuto che la disapplicazione non violi i diritti dell'imputato e che vi si possa quindi procedere alle condizioni, pur indeterminate, delineate nella sua pronuncia.

Tuttavia, il caso al vaglio della Corte EDU, richiamato dalla Corte di giustizia per giustificare la propria impostazione, concerneva un ordinamento (quello belga) in cui l'istituto della prescrizione ha natura processuale e non sostanziale, come accade nell'ordinamento italiano. Tale Corte, inoltre, ha ritenuto legittima una normativa nazionale che dispone l'allungamento del termine di prescrizione in corso di causa, mentre nel caso all'esame dei giudici dell'Unione la disapplicazione potrebbe anche comportare, come visto, una sostanziale imprescrittibilità del reato. Le differenze tra le due fattispecie ben avrebbero potuto legittimare una diversa valutazione della Corte di giustizia che, più attenta alle specificità del nostro ordinamento costituzionale, avrebbe potuto statuire assicurando una maggiore prevedibilità (*i*) delle condizioni di disapplicazione e (*ii*) del regime prescrizionale, evitandone la retroattività *in malam partem*.

Addirittura, sotto il profilo della determinatezza, meno problemi sarebbero presumibilmente sorti con riguardo "al rispetto" dell'art. 25, 2°

²³ *Amplius* sul punto sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia?*, in *Forum di Quad. cost.*, 5 ottobre 2016. Per una possibile limitazione di questo tipo v. anche A. RUGGERI in questo volume.

²⁴ V. pt. 57 della sentenza *Taricco* dove si richiama la sentenza della Corte EDU 22 giugno 2000, *Coëme e a. c. Belgio*.

c., Cost. se la Corte di giustizia avesse imposto sempre la disapplicazione, senza cioè subordinarla ai criteri *de minimis* di cui si è detto. Il tentativo di limitare la disapplicazione e quindi le conseguenze negative per l'imputato si risolve infatti, a ben vedere, in un effetto *boomerang*, con l'invocazione dei controlimiti cui forse i giudici nazionali non sarebbero ricorsi (o almeno non con la stessa veemenza) se la Corte di giustizia avesse statuito per una disapplicazione generalizzata, non rimessa alla valutazione discrezionale del giudice circa il verificarsi di condizioni non ben precisate e quindi neppure rispettose del principio di certezza del diritto (per ragionare secondo le categorie di diritto dell'Unione)²⁵.

3. *Identità costituzionale nella prospettiva della Consulta*

La Corte di giustizia, come visto, non coglie le specificità del nostro ordinamento costituzionale, forse anche perché non sono state messe adeguatamente in luce nel giudizio di cui era investita. Certo, la rigidità dell'approccio della Corte di Lussemburgo dà avvio al conflitto con la Corte costituzionale, la cui reazione è altrettanto netta e *tranchante*, cortese nei modi ma ferma nel definire la propria impostazione quanto ai rapporti tra ordinamenti e nell'indicare ai giudici dell'Unione la sola soluzione interpretativa idonea a svuotare di fondamento la questione di legittimità costituzionale (e a dichiararla, quindi, infondata)²⁶.

Secondo la Consulta, il principio di legalità in materia penale esprime un principio supremo dell'ordinamento costituzionale italiano, a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo, esigendo che le norme penali siano (i) determinate e (ii) non abbiano in alcun caso portata retroattiva: se l'applicazione dell'art. 325 TFUE comportasse l'ingresso nell'ordinamento di una regola contraria al principio di legalità in materia penale, quale testé delineato, la Consulta avrebbe il dovere di impedirlo²⁷. Essa ritiene, comunque, che la Corte di giustizia, nella sentenza

²⁵ Del resto, un numero considerevole di frodi minori in diversi procedimenti può ledere le finanze dell'Unione tanto quanto un'unica frode grave in un unico procedimento. Per recenti indicazioni di come si deve valutare la «frode grave» e il «numero considerevole di casi» v. Cass. pen., sez. III, sentenza n. 12160/2017, Pres. Ramacci, Rel. Gastone.

²⁶ V. pt. 7 e 10 dell'ordinanza n. 24/2017, che ha dato vita alla causa C-42/17, *M.A.S. e M.B. c. Presidente del Consiglio dei Ministri*. In proposito V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 febbraio 2017, parla di galateo istituzionale e orgoglio costituzionale.

²⁷ *Ibidem*, pt. 2. Si noti che la Consulta non menziona, come espressione dell'identità costituzionale, la riserva di legge assoluta. Si concorda con chi sostiene che, in un'ottica di leale cooperazione, tale controlimite non potrà essere invocato se la Corte di giustizia meglio

Taricco, non abbia voluto imporre al giudice nazionale di applicare il diritto dell'Unione anche quando ciò implichi un conflitto con un principio cardine dell'ordinamento italiano, ma al contrario che abbia affermato che la regola tratta dall'art. 325 TFUE è applicabile solo se è compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro, e che spetta alle competenti autorità di tale Stato farsi carico di siffatta valutazione²⁸. In altre parole, il primato del diritto dell'Unione non può mai ledere i valori sottesi a tale identità; se così accadesse, sarebbe ammissibile l'applicazione del controlimite, posto a salvaguardia di siffatti valori.

La Corte costituzionale afferma, a sostegno della propria impostazione, che la prescrizione è comunque *circostanza esterna* all'ordinamento europeo e che rispettarne la natura sostanziale assicura un più elevato livello di protezione degli imputati senza che vi sia alcun sacrificio del principio del primato²⁹. Tale impostazione della Consulta non convince però sino in fondo. Vero è che si potrebbe sostenere che l'istituto della prescrizione assume rilevanza rispetto al diritto dell'Unione, *sub specie* art. 325 TFUE, di fatto *solo dopo* la sentenza *Taricco* e l'approccio funzionalistico, non prevedibile, che la Corte di giustizia ivi abbraccia per assicurare la tutela delle finanze dell'Unione. L'affermazione testé riportata potrebbe quindi, forse, spiegarsi in virtù di questa sostanziale incompatibilità *sopravvenuta* e poco prevedibile della normativa nazionale sull'allungamento massimo dei termini di prescrizione, nella misura in cui essa non garantisca una repressione efficace e dissuasiva dei reati lesivi delle finanze dell'Unione. Nondimeno, pur sopravvenuta, l'incompatibilità riscontrata "attrae" la normativa interna nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. E comunque, in base ad un consolidato orientamento della Corte di giustizia, anche se il legislatore nazionale opera nell'esercizio di una competenza ad esso riservata almeno in linea di principio (come nel caso di specie, trattandosi di definizione della portata dell'istituto della prescrizione), è tenuto al rispetto del diritto dell'Unione³⁰.

Nella prospettiva della Consulta la sola soluzione capace di evitare l'applicazione del controlimite è il riconoscimento, da parte della Corte di

definerà la regola "*de minimis*" di cui alla *Taricco*, cui la Consulta potrebbe dare copertura nella sentenza che adotterà dopo la nuova decisione di Lussemburgo. Del resto, un siffatto controlimite implicherebbe la negazione *tout court* del potere di disapplicazione (*in malam partem*) del giudice (e forse, ancor prima, quello del legislatore dell'Unione a normare in materia penale) e quindi la negazione dell'essenza del meccanismo finalizzato, nei rapporti tra ordinamenti, a garantire il primato (in violazione dell'art. 11 Cost.).

²⁸ *Ibidem*, pt. 7.

²⁹ *Ibidem*, pt. 8.

³⁰ Proprio con riguardo alla competenza penale v., per tutte, sentenze 11 novembre 1981, causa 203/80, *Casati*, pt. 27; 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan*, pt. 19.

giustizia, dell'identità costituzionale italiana; ed essa, in un'ottica di leale cooperazione, ripetutamente evidenzia che siffatta soluzione non pregiudica il primato ma assicura la corretta tutela dei diritti degli imputati ed altresì la corretta ripartizione di ruoli tra Lussemburgo e Roma. La Corte di giustizia definisce l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, che non è messo in discussione dalla Consulta che, da parte sua, definisce cosa è espressione dell'identità costituzionale dello Stato italiano; e come quest'ultima è tenuta al rispetto del primato, la Corte di giustizia è tenuta a rispettare le diversità degli Stati membri e le loro identità costituzionali, anche sulla base di quanto previsto dall'art. 4, par. 2, TUE³¹.

Quest'ultima previsione, secondo cui «[l']Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale», pur menzionata dalla Consulta nelle argomentazioni a sostegno della soluzione prospettata, non viene richiamata nei quesiti pregiudiziali. Se un riferimento si fosse inserito nel terzo quesito³², forse la Corte di giustizia sarebbe stata più responsabilizzata a prendere posizione sulla portata della previsione o comunque avrebbe avuto più difficoltà a non pronunciarsi espressamente su di essa.

4. *Identità nazionale nella prospettiva della Corte di giustizia?*

Il mancato richiamo dell'art. 4, par. 2, TUE nei quesiti pregiudiziali non impedirà comunque alla Corte di giustizia di risolverli anche, eventualmente, alla luce di tale previsione. Del resto, come detto, il fatto che il giudice dell'Unione non abbia colto le specificità dell'ordinamento costituzionale italiano nel caso *Taricco* può essere dovuto al fatto che in tale causa esse non sono state messe adeguatamente in luce e non è quindi escluso che, debitamente sollecitato in tal senso, possa variare la propria valutazione. E sotto questo profilo è individuabile una differenza con il caso *Melloni*: non perché, come sostenuto dalla Consulta, l'assenza di armonizzazione rende la prescrizione circostanza esterna al diritto dell'Unione (come visto, dovendo il legislatore nazionale, nel disciplinarla, comunque rispettare questo diritto), ma perché tale assenza implica che

³¹ V. in particolare pt. 6 dell'ordinanza n. 24/2017.

³² Con cui si chiede alla Corte di giustizia «se la sentenza [...] *Taricco*, debba essere interpretata nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione, anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro».

non si sia mai avuto un confronto tra Stati membri, in sede legislativa europea, in cui l'Italia (e, se del caso, altri Stati) potesse(ro) far valere le specificità del proprio ordinamento, eventualmente anche avvalendosi del c.d. freno di emergenza. La normativa rilevante nel caso *Melloni* era stata invece approvata all'unanimità dal Consiglio in base alle regole dell'allora terzo pilastro dell'Unione e la Spagna non si era opposta all'approvazione invocando la propria identità costituzionale, che neppure il governo spagnolo, in udienza dinanzi alla Corte, aveva riconosciuto come tale³³.

Certo accogliere *telle quelle* la tesi della Consulta, con un *revirement* netto della soluzione *Taricco*, rischierebbe, di fatto, di implicare una "ritrazione" del principio del primato a favore dell'identità costituzionale dell'ordinamento italiano, nonostante le ripetute affermazioni di principio di tale Corte a salvaguardia della *primauté*. Se non pare verosimile che la Corte di giustizia indietreggi al punto da rinunciare al principio fondante l'essenza dell'Unione, nulla le impedisce di delineare una soluzione di compromesso che, senza mettere in discussione il primato, possa soddisfare nella sostanza le richieste della Consulta, così da proteggere le prerogative fondamentali del nostro ordinamento costituzionale. A ben vedere, proprio per evitare il ricorso ai controlimiti, dopo la pronuncia della nostra Corte costituzionale nel caso *Fragd*³⁴, la Corte di giustizia ha modificato la propria giurisprudenza e ammesso che, in caso di limitazione nel tempo delle sentenze pregiudiziali di (in)validità, della rilevante pronuncia potesse comunque giovare la parte nel procedimento *a quo*. Anche in questo caso, dunque, non si esclude un ripensamento dei giudici di Lussemburgo, finalizzato a ricomporre il conflitto e ad evitare un impiego non controllato del controlimite da parte della Consulta.

Una possibile soluzione potrebbe consistere, come già altrove più ampiamente argomentato³⁵, in una lettura più garantista dell'art. 49 Carta o nella configurazione di un principio generale di diritto idonei a ricomprendere il principio di legalità in materia penale come declinato

³³ V. pt. 141 delle conclusioni dell'AG Bot nella causa *Melloni*. Sarà interessante conoscere l'impostazione del governo italiano nella causa C-42/17 e se esso negherà la rilevanza del controlimite come ha fatto nel giudizio di legittimità costituzionale o se invece sosterrà, almeno in parte, le argomentazioni della Consulta. Forse potrebbe essere utile che esso evidenziasse che la mancata condanna penale non coincide sempre con la mancata riscossione del tributo e, quindi, con la mancata tutela delle finanze dell'Unione (*amplius* v. M. CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 febbraio 2017). La Corte di giustizia potrebbe però ritenere che la riscossione senza perseguibilità penale non ha sufficiente deterrenza e non soddisfa quindi il requisito della dissuasività di cui all'art. 325 TFUE.

³⁴ V. Corte cost., sentenza n. 232/1989.

³⁵ V. *amplius* C. AMALFITANO, *op. cit.*

nell'ordinamento italiano *ex art. 25, 2° c., Cost.* Quanto al *volet* della determinatezza (con specificazione di condizioni più precise per procedere alla disapplicazione), una siffatta soluzione sembra, a ben vedere, imposta dalla stessa Corte EDU³⁶ ed è già enucleabile come principio generale codificato nel citato art. 49 (e, forse, nell'art. 47 Carta). Quanto al *volet* dell'irretroattività della norma penale sfavorevole, un innalzamento ad opera della Corte di giustizia del livello di tutela previsto dalla Corte di Strasburgo *ex art. 7 CEDU* è ammesso dall'art. 52, par. 3, ultima frase, Carta. Tale risultato potrebbe perseguirsi con una limitazione nel tempo degli effetti della sentenza pregiudiziale, e quindi con disapplicazione (alle condizioni meglio delineate dalla Corte di giustizia) solo per i reati commessi dopo il deposito di tale pronuncia. Ciò sempre che anche la nuova disciplina sulla prescrizione (la legge controversa nella causa *Taricco* è stata oggetto di modifica nel 2011³⁷) sia ritenuta (come è probabile che accada) inidonea ad assicurare l'effettività dell'art. 325 TFUE.

Un'altra soluzione, volta ad evitare una regressione del *quantum* di tutela assicurato in Italia agli imputati, senza imporre un innalzamento del livello di tutela negli Stati membri che riconoscono natura processuale all'istituto della prescrizione, potrebbe estrinsecarsi proprio nel ricorso all'art. 4, par. 2, TUE. Siffatta strada non pare percorribile se si accoglie quell'impostazione per cui tale clausola può essere impiegata solo in assenza di uno standard comune europeo di tutela³⁸, nel caso di specie essendo comune agli Stati membri e all'ordinamento dell'Unione, seppur diversamente declinato, il principio di (certezza del diritto e di) legalità in materia penale³⁹. Essa pare invece praticabile se la Corte di giustizia impiegasse tale previsione secondo l'impostazione sottesa, ad es., ai casi *Omega* (pre-Lisbona) e *Sayn-Wittgenstein*, dove a fronte di un livello condiviso (dagli Stati membri e dall'Unione) di tutela di un certo valore (rispettivamente la dignità umana e il principio di non discriminazione) ha ammesso che gli Stati interessati (Germania e Austria) concedessero a

³⁶ V., ad es., sentenza 20 settembre 2011, *Yukos c. Russia*. Sotto il profilo in esame la Corte di giustizia pare dunque aver già violato il principio di legalità quale imposto *ex art. 7 CEDU* e art. 49 Carta.

³⁷ V. nt. 14.

³⁸ Per tale possibile impiego dell'art. 4, par. 2, TUE v. G. DI FEDERICO, *Identifying National Identities in the Case Law of the Court of Justice of the European Union*, in *DUE*, 2014, 769 ss.

³⁹ Ciò a meno di ritenere che il carattere sostanziale della prescrizione sia di per sé (e non come declinazione del principio di legalità) un'identità costituzionale specifica del nostro ordinamento che può consentire un'applicazione "pura" (senza bilanciamento alcuno) dell'art. 4, par. 2, TUE.

quei valori un livello di tutela (diverso e) più elevato rispetto a quello condiviso⁴⁰.

In questo caso, anziché rimettere la valutazione circa la necessità di assicurare le specificità nazionali al giudice del rinvio, la Corte di giustizia potrebbe verificare essa stessa tale necessità ed elevare il valore che è espressione dell'identità costituzionale dello Stato italiano a valore espressione di identità nazionale tutelata *ex art. 4, par. 2, TUE*. Del resto, se è certo la Corte costituzionale a dover definire i contorni dell'identità del suo ordinamento, il giudice ultimo della previsione in esame è la Corte di giustizia⁴¹ che, in un'ottica di leale cooperazione, potrebbe dare rilevanza all'identità nazionale nell'ordinamento dell'Unione, ivi legittimandone l'esistenza e l'efficacia: in tal modo il ricorso all'art. 4, par. 2, TUE non dovrebbe intendersi come negazione (o ritrazione) del primato, bensì come sua conferma; anche se ciò certamente implicherebbe una limitazione dell'effettività e dell'uniformità applicativa del diritto dell'Unione, una sorta di integrazione differenziata legittimata dalla Corte di giustizia.

Una soluzione di questo tenore impedirebbe la disapplicazione della normativa nazionale contrastante, secondo quanto chiarito dallo stesso giudice di Lussemburgo nella causa *Taricco*⁴². Ma non è escluso che, fatta salva l'identità nazionale per i reati già commessi, la Corte di giustizia possa statuire nel senso che la disapplicazione potrebbe aversi per i reati commessi dopo la sua pronuncia, in ossequio alla certezza del diritto (*sub specie* determinatezza e irretroattività *in malam partem*), e sempre a patto

⁴⁰ V. sentenze 14 ottobre 2004, causa C-36/02 e 22 dicembre 2010, C-208/09. Anche se, nel caso in esame, si ha una lesione anche del bilancio dell'Unione e quindi di un bene "comune" degli Stati membri, profilo che non pare trascurabile ai fini dell'uso "impuro" (e non invece di quello "puro": v. nota precedente) dell'art. 4, par. 2, TUE.

⁴¹ Per tutti v. M. CONDINANZI, *I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, 2015, 119 ss., spec. 129, che evidenzia che giudice ultimo dell'art. 4, par. 2, TUE è la Corte di giustizia, anche se interprete qualificato per riempire di contenuto l'identità nazionale è lo Stato membro interessato; A. TIZZANO, *Notes sur le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne*, in V. KRONENBERGER, M.T. D'ALESSIO, V. PLACCO (sous la coordination), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Hommage en l'honneur de P. Mengozzi*, Bruxelles, 2013, 223 ss., spec. 236; ID., *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico istituzionale: la Corte di giustizia dell'UE*, in *DUE*, 2012, 811 ss., spec. 830, secondo cui il controllo del controlimito è operato dalla Corte di giustizia; P. MENGOZZI, *La Corte di giustizia dell'Unione e il diritto nazionale degli Stati membri*, *ibidem*, 2016, 167 ss., spec. 186, che ricorda che il giudice ultimo dell'art. 4, par. 2, TUE è la Corte di giustizia, per cui lo Stato membro delinea il contenuto della sua identità nazionale e tale Corte è responsabile a definire l'estensione del dovere dell'Unione di rispettarla nel caso concreto.

⁴² V. pt. 53-57 della sentenza.

che la nuova disciplina sulla prescrizione sia anch'essa considerata inidonea, come detto, ad assicurare il rispetto dell'art. 325 TFUE.

Anche se diversa da quelle delineate, pare opportuno, specie a fronte della crisi che sta vivendo l'Unione europea, che la soluzione della Corte di giustizia sia comunque dettata dall'autorità della ragione, che dovrebbe dunque prevalere sulla ragione dell'autorità. E si auspica che i tempi dettati dalla procedura accelerata, cui è sottoposta la causa, siano comunque sufficienti per un'adeguata riflessione dei giudici di Lussemburgo, chiamati a confrontarsi, per la prima volta in termini così espliciti in sessant'anni di storia di integrazione, con il fondamento, la portata e i limiti di una teoria (quella dei controlimiti) che è, in potenza, il più rilevante condizionamento giuridico di cui soffre il principio del primato.

Diversamente, se l'esito del rinvio pregiudiziale consistesse in una sostanziale conferma del precedente o comunque in una soluzione ritenuta non sufficientemente garantista dalla Corte costituzionale, è immaginabile che quest'ultima invocherebbe il controlimite, coerentemente con quanto già dichiarato nell'ordinanza n. 24/2017. Un controlimite che potrebbe avere un'operatività temporale circoscritta se il nuovo regime sulla prescrizione fosse ritenuto non lesivo delle finanze dell'Unione. Più estesa nel tempo sarebbe invece l'applicazione del controlimite se anche la novella legislativa del 2011 si rivelasse sostanzialmente incompatibile con il diritto dell'Unione. Specie in questo caso, forse, per evitare il persistere di decisioni contrastanti di Corte di giustizia e Corte costituzionale – pur già verificatisi nella storia del processo di integrazione⁴³ – con la scelta ultima di quale impostazione rispettare rimessa ai singoli giudici nazionali⁴⁴, oltremodo saggia sarebbe una pronuncia dei giudici del Kirchberg che tenga conto delle specificità dell'ordinamento costituzionale italiano⁴⁵.

⁴³ V., ad es., il caso *Filipiak* (19 novembre 2009, causa C-314/08) e, più di recente, l'ordinanza del Bundesverfassungsgericht del 15 dicembre 2015 (n. 2 BvR 2735/14, ribattezzata *Solange III*) che, invocando l'identità costituzionale tedesca, ha disatteso la menzionata sentenza *Melloni* della Corte di giustizia.

⁴⁴ Non è dato sapere, in caso di conflitto non sanato, con ricorso al controlimite da parte della Consulta a seguito di una conferma, come detto, della "regola *Taricco*", quale sarebbe l'atteggiamento dei giudici comuni, ovvero se essi deciderebbero «di dare maggiore peso alla fedeltà comunitaria e quindi di disapplicare comunque la disciplina della prescrizione incriminata» o di dare invece prevalenza alla pronuncia della Consulta che la dichiarasse «"intoccabile"» perché coperta dai controlimiti: v. R. MASTROIANNI, *op. cit.*, 18.

⁴⁵ Un atteggiamento generalizzato dei giudici nazionali che non disapplicassero, non rispettando la decisione della Corte di giustizia che dovesse negare rilevanza alla nostra identità costituzionale, o forse già la stessa pronuncia della Consulta che applicasse il controlimite, potrebbe essere (con buona probabilità) oggetto di una procedura di infrazione (per un impiego di tale procedura per censurare una prassi giudiziaria contraria al diritto dell'Unione v. causa C-129/00, *Commissione c. Italia*).

ALESSANDRO BERNARDI

NOTE CRITICHE SULL'ORDINANZA *TARICCO*
DELLA CORTE COSTITUZIONALE*

SOMMARIO: 1. Una ordinanza assai apprezzata, ma non priva di ombre. – 2. L'inopportuna «costituzionalizzazione» della natura integralmente sostanziale alla prescrizione del reato. – 3. La difficile coesistenza tra efficacia diretta dell'art. 325 TFUE ed esclusiva competenza nazionale in materia di prescrizione. – 4. La poco convincente distinzione tra il caso *Taricco* e il caso *Melloni*. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Una ordinanza assai apprezzata, ma non priva di ombre*

Come ormai noto, l'ordinanza *Taricco* è stata vivamente apprezzata da larga parte dei commentatori. Io stesso, in una concisa notareella, l'ho definita un prodotto «di pregevole fattura per il grado di approfondimento dei delicatissimi temi trattati»¹. Esso, invero, appare convincente nell'indicare le criticità delle soluzioni offerte dalla sentenza *Taricco* della Corte di giustizia per ovviare alle pecche del regime italiano dell'interruzione della prescrizione e nel focalizzare il ruolo del giudice penale alla luce del basilare principio di separazione dei poteri. Quantomeno sagaci risultano poi il rimando nemmeno troppo sottotraccia al principio della «identità nazionale» degli Stati membri come parametro di legittimità della normativa europea, nonché la scelta di suggerire soluzioni atte a salvaguardare i fondamentali profili della nostra legalità penale facendo leva proprio su talune affermazioni della Corte di giustizia costituenti, verosimilmente, mere clausole di stile². In tal modo, infatti, si dovrebbe con-

* Questo testo costituisce la sintesi di un più ampio lavoro dal titolo *L'ordinanza Taricco della Corte costituzionale alla prova della pareidolia*, pubblicato nel n. 1/2017 della *Rivista italiana di diritto e procedura penale*.

¹ *La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, in *Quaderni cost.*, 2017, 109 ss.

² Si allude, beninteso, ai parr. 53 e 55 della sentenza *Taricco*, nei quali si afferma che la disapplicazione della prescrizione da parte del giudice è subordinata alla verifica della sua compatibilità «con i principi supremi dell'ordine costituzionale italiano»; verifica demandata «agli organi nazionali competenti».

sentire a quest'ultima di rivedere le sue posizioni e dunque di attenuare le sue pretese alla luce delle peculiarità del nostro sistema costituzionale, evitando – almeno negli auspici – uno scontro frontale tra Corti³. Per queste ragioni, e per altre che è qui superfluo ricordare, si può senz'altro affermare che la Consulta – sia pure non senza «abili scivolamenti concettuali»⁴ – abbia lavorato di fino, nella consapevolezza della importanza della sua replica alle ordinanze di rimessione dei giudici *a quo*.

Ma non è sui pregi della ordinanza che intendo soffermarmi, quanto piuttosto su taluni suoi profili problematici. Essi riguardano, innanzitutto il complessivo «approccio sovranista» di questo provvedimento, volto a salvaguardare una «identità costituzionale» vista in chiave marcatamente autarchica e dunque dimentica dei processi di internazionalizzazione ed europeizzazione che da tempo la investono in forza del principio di apertura inscritto nell'art. 11 della nostra Suprema Carta. Infatti, al di là del suo carattere formalmente dialogico e conciliante, l'ordinanza sembra in realtà permeata dell'attuale clima conflittuale tra Unione e Stati membri, il quale finisce col condizionare lo stesso concetto di identità nazionale di cui all'art. 4.2 TUE.

Tale clima, se da un lato sembra aver favorito in capo alla Corte di giustizia una pretesa di uniformazione del sistema penale italiano alle esigenze eurounitarie formulata in termini oltremodo sbrigativi e dimentichi delle peculiarità del suddetto sistema, dall'altro lato parrebbe aver fomentato nella Consulta un «patriottismo costituzionale» non in linea col suddetto principio di apertura, dunque poco incline a compromessi e a concessioni, poco disponibile a prendere in considerazione le «ragioni dell'Unione». Sotto quest'ultimo profilo, nonostante la forma colloquiale connaturata a ogni rinvio pregiudiziale, l'ordinanza in esame sembra voler porre un preciso *ultimatum* alla Corte di giustizia: cosicché l'intrinseca «intransigenza» dei controlimiti, pur nel nostro caso non attivati ma solo minacciati, impronta di sé tutto il suddetto provvedimento giurisdizionale, prevalendo in definitiva sul suo versante «diplomatico» e lasciando presagire la difficoltà di trovare un punto di mediazione accettabile rispetto alle opposte pretese dei due contendenti.

Ma, a mio avviso, l'ordinanza non si limita a peccare per eccesso di nazionalismo. Ritengo infatti che essa contenga anche qualche inesattezza;

³ Valorizzando i succitati parr. 53 e 55 la Consulta, infatti, suggerisce alla Corte di giustizia una via d'uscita che non si traduca in un vero e proprio *outruling*.

⁴ R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L'actio finium regundorum della Consulta nell'ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, in questo *Volume*, par. 1. L'a. evidenzia tali scivolamenti, in particolare, al par. 3.

e che, inoltre, alcuni dei percorsi argomentativi utilizzati, pur contenendo un «messaggio politico» forte e inequivoco, si basino su ragionamenti giuridici poco convincenti e forse, a volte, sinanco contraddittori.

Focalizzerò le mie critiche all'ordinanza su tre suoi passaggi, concernenti rispettivamente: la natura della prescrizione; l'efficacia diretta dell'art. 325 TFUE e la competenza nazionale in tema di prescrizione; la distinzione tra il caso *Taricco* e il caso *Melloni*.

2. *L'inopportuna «costituzionalizzazione» della natura integralmente sostanziale alla prescrizione del reato*

Come noto, tradizionalmente il divieto di retroattività di mutamenti *in malam partem* della disciplina della prescrizione viene fatto discendere dalla natura sostanziale attribuita nel sistema italiano a tale istituto *in tutte le sue articolazioni*. Ora, va sottolineato che questa peculiare natura dell'istituto in oggetto, ribadita con forza dall'ordinanza⁵, in ambito europeo parrebbe costituire pressoché un *unicum* stante l'assoluta prevalenza della opposta natura processuale, cosicché le modifiche della prescrizione, anche se sfavorevoli, risultano immediatamente applicabili.

Certo, l'ordinanza ricorda come anche la Spagna sposi la concezione sostanziale della prescrizione; e invero l'attuale sistema penale iberico, seppure elaborato con l'intento di «tenere nella dovuta considerazione le soluzioni giuridiche offert[e da] codici, leggi e progetti dei paesi»⁶ dell'Unione europea, si discosta dalla massima parte di questi ultimi in merito al carattere processuale dell'istituto in oggetto. Pure, la scelta di citare la Spagna per supportare le soluzioni dogmatiche dell'Italia in tema di prescrizione del reato risulta senz'altro infelice. Infatti, basta aprire una documentatissima monografia italiana sull'effetto estintivo del tempo in ambito penale per leggere che in Spagna l'istituto in questione «esprime una scelta politico-criminale precisa – diametralmente opposta a quella adottata dal codice italiano – volta a separare nettamente la prescrizione del reato dal tempo del processo o, più correttamente, a scorporare il tempo del processo dal tempo della prescrizione»⁷. Una verifica condotta sui più autorevoli commentari spagnoli in

⁵ In ragione del fatto che tale istituto «incide sulla punibilità della persona»: par. 4 dell'ordinanza.

⁶ G. QUINTERO OLIVARES, *Il codice penale spagnolo del 24 novembre 1995*, in *Il codice penale spagnolo*, Padova, 1997, 2.

⁷ S. SILVANI, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna, 2009, 296.

argomento⁸ sembra cancellare ogni dubbio al riguardo. Nonostante il tema della interruzione della prescrizione nel processo spagnolo sia stato oggetto di significativi interventi normativi e giurisprudenziali⁹, di fatto si può affermare che – quantomeno a partire dall'entrata in vigore del codice penale del 1995 – non esistono limiti temporali alla prescrizione nel processo, in quanto ove vi siano anche minime attività procedurali miranti ad appurare la colpevolezza dell'imputato i tempi prescizionali non decorrono¹⁰. Insomma, la prescrizione iberica, per quanto a noi qui interessa, è pressoché agli antipodi di quella italiana: al di là dei Pirenei la prescrizione nel corso del procedimento penale più che avere natura sostanziale o processuale, può dirsi praticamente assente.

Se le cose stanno così, viene allora spontaneo domandarsi quanto la configurazione data nel nostro ordinamento alla prescrizione debba costituire un *unicum* nel panorama europeo per far sì che la nostra Corte costituzionale si trovi a dover citare, quale solo Paese con un sistema prescizionale simile al nostro, un Paese che in realtà lo ha assai diverso. E si rafforza il sospetto che la tesi della natura «mista», ovvero «ibrida», ovvero ancora «doppia» della prescrizione non sia poi così peregrina da non meritare alcuna attenzione, anzi da venire definitivamente esclusa, proprio grazie alla ordinanza in commento, anche in prospettiva *de iure condendo*.

Invero, come si sa, «la *natura giuridica* di un istituto (...) deriva dalla [sua] conformazione normativa»¹¹, cosicché una eventuale riforma penale avrebbe in teoria potuto legittimare un «mutamento di natura» della prescrizione; sempreché, però, l'ordinanza in oggetto non avesse sancito,

⁸ F. MORALES PRATS, *De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos*, in *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, 633 ss.; G. QUINTERO OLIVARES, *La prescripción y sus problemas*, Estratto della *Parte General del derecho penal*, 5ª edizione, 2015, *passim*.

⁹ Cfr., ad esempio, G. QUINTERO OLIVARES, *La prescripción y sus problemas*, cit., par. 2 ss.; A. GILI PASCUAL, *La interrupción de la prescripción penal, diez años después de la STC 63/2005*, in *Estudios penales y criminológicos*, 2015, 291 ss.

¹⁰ Ai sensi dell'art. 132.2 c.p. spagnolo «la prescrizione è interrotta, restando privo di effetti il tempo trascorso, quando il procedimento si dirige verso il colpevole, ricominciando a decorrere di nuovo il termine della prescrizione da quando il procedimento è sospeso o si conclude senza condanna». In argomento cfr., per gli opportuni approfondimenti, G. QUINTERO OLIVARES, *La prescripción y sus problemas*, cit., par. 6.1.3.

¹¹ G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte eurounitaria tra limiti di attribuzione 'internazionale' e controlimiti 'costituzionali'*, in Atti del Convegno Aspettando la Corte costituzionale. *Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*, Roma, 4 ottobre 2016, 17.

come invece ha fatto, «la logica costituzionale dell'istituto, ormai radicata definitivamente nella legalità penale sostanziale»¹².

Vero è peraltro che, anche laddove si attribuisse natura processuale alla disciplina della interruzione dei termini prescrizionali, non sarebbe affatto irragionevole insistere nel pretendere che un eventuale allungamento/eliminazione per via giurisprudenziale dei suddetti termini sia sempre supportato dai corollari della prevedibilità e determinatezza, o quantomeno dal loro nucleo essenziale, anch'esso probabilmente pregiudicato dalla regola enucleata nella sentenza *Taricco*¹³. Al riguardo, i rilievi rinvenibili nell'ordinanza¹⁴ sono dunque in buona parte condivisibili.

Inoltre, a prescindere dalla natura sostanziale o processuale dell'istituto in esame, non è irragionevole sostenere la estensione del divieto di retroattività sfavorevole rispetto alla disapplicazione/cancellazione dei limiti temporali all'interruzione della prescrizione; e questo, anche alla luce del fatto che sia in Italia sia in molti altri Stati dell'Unione esistono procedimenti speciali atti a consentire un iter processuale semplificato in cambio di sostanziosi sconti di pena. In effetti, fermo restando che per l'attivazione dei suddetti riti alternativi è necessario il consenso dell'imputato, la legittima strategia difensiva di rinunciare ad essi e ai relativi benefici al fine di lucrare una imminente prescrizione finirebbe col ritorcersi iniquamente a danno dell'imputato stesso qualora tale traguardo venisse vanificato dal venir meno dei limiti all'aumento dei tempi di prescrizione. Al riguardo, è noto che gli sconti di pena correlati alle procedure semplificate, ancorché etichettati come processuali all'interno del nostro sistema, vengono considerati di natura sostanziale dalla giurisprudenza della Corte EDU¹⁵. Pertanto – salvo introdurre nel codice di rito una forma speciale di remissione in termini a favore dell'imputato altrimenti «penalizzato» dalla disapplicazione dei succitati limiti, sui quali egli faceva affidamento in vista dell'estinzione del reato – il venir meno di questi ultimi con effetto retroattivo contrasterebbe comunque con la *ratio* del principio di legalità penale previsto (oltre che dall'art. 25 comma 2 Cost.) dall'art. 7 CEDU e 49 CDFUE.

¹² Così M. BIGNAMI, *Note minime a margine dell'ordinanza Taricco*, in corso di pubblicazione in *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, in questo *Volume*, par. 2.

¹³ Stante la davvero estrema vaghezza del criterio posto a base della disapplicazione dei termini della prescrizione nel processo, costituito come già ricordato dall'impunità in un «numero considerevole di casi di frode grave».

¹⁴ Nel suo par. 5.

¹⁵ Cfr., in particolare, Grande Camera, sent. 17 settembre 2009, *Scoppola*.

Non è dunque questo aspetto dell'ordinanza a lasciarmi più perplesso; anche se, per vero, non induce a ottimismo circa il buon esito del «dialogo tra le Corti» in materia penale verificare che se da un lato la Corte di giustizia è – nel suo complesso – alquanto carente di cultori delle scienze criminali, dall'altro lato la nostra Corte costituzionale non sembra mostrare speciale attenzione allo studio del diritto comparato e talora financo del diritto europeo¹⁶, o comunque non pare particolarmente sensibile agli *input* provenienti da queste branche del diritto. Viceversa, non mi dispiacerebbe se la nostra Corte costituzionale facesse tesoro degli insegnamenti offerti dagli ordinamenti dei Paesi membri, nonché dal diritto UE e CEDU¹⁷, per ripensare certi istituti nella prospettiva di una loro razionalizzazione e almeno tendenziale armonizzazione su scala continentale. In particolare, non mi sembrerebbe disdicevole che la Consulta concedesse qualcosa alla c.d. concezione «mista» della prescrizione o comunque spingesse con la massima energia per rendere ineludibile e quanto più celere la radicale riforma¹⁸ di un istituto a più riprese pesantemente stigmatizzato degli organi sovranazionali a carattere giudiziario¹⁹ e normativo²⁰ e, oltretutto, dalla Consulta stessa implicitamente considerato in odore di incostituzionalità²¹.

3. *La difficile coesistenza tra efficacia diretta dell'art. 325 TFUE ed esclusiva competenza nazionale in materia di prescrizione*

In ogni caso, a mio avviso, il profilo di massima problematicità dell'ordinanza emerge laddove essa ammette il primato e l'efficacia diretta dell'art. 325 TFUE, ma al contempo nega l'attitudine di tale norma a incidere sulla disciplina della prescrizione nel settore delle frodi UE.

¹⁶ Anche se, per contro, si potrebbe sostenere che la Corte costituzionale italiana è, assieme alla sorella tedesca, l'organo giurisdizionale che più ha indagato sui rapporti tra diritto interno e diritto europeo.

¹⁷ Come noto, la Corte EDU è costante nel qualificare come procedurali le norme in materia di prescrizione.

¹⁸ Peraltro, il 15 marzo 2017 il Senato ha approvato il testo della proposta di legge che prevede una riforma complessiva della disciplina vigente in materia di prescrizione (AC 2150-A).

¹⁹ Cfr., oltre alla stessa sentenza *Taricco* della Corte di giustizia, le sentenze della Corte EDU 15 settembre 2011, *Alkaj c. Italia* e 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*.

²⁰ Cfr. da ultimo COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione per l'Italia 2017 comprensiva dell'esame approfondito sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici*, 22 febbraio 2017, ove si afferma che la nostra disciplina dei termini prescrizionali ostacola la lotta contro la corruzione.

²¹ Infatti nel par. 7 dell'ordinanza 24/2017 si ammette la contrarietà al diritto dell'Unione della disciplina italiana in tema di prescrizione.

La Corte costituzionale, infatti, riconosce il ruolo esclusivo della Corte di giustizia nell'interpretazione dell'art. 325 TFUE e dunque non contesta l'efficacia diretta attribuita a tale articolo dalla sentenza *Taricco*. Forse avrebbe desiderato opporsi a tale discutibile approdo ermeneutico, ma resta il fatto che non si è sentita di arrivare a tanto, verosimilmente perché ciò avrebbe voluto dire dover impugnare i controlimiti *sub specie* di *ultra vires*, rinunciando al rinvio pregiudiziale e a ogni ipotetico «dialogo tra le Corti». L'ordinanza si limita quindi ad affermare che la Corte di giustizia è libera di dare all'art. 325 TFUE il significato che le pare più confacente, stante che poi l'ordinamento nazionale sarebbe a sua volta libero di configurare la prescrizione come meglio crede, in quanto tale configurazione sarebbe un problema esclusivamente di diritto interno.

Ora, questa affermazione risulta tutt'altro che immune da critiche. Infatti la competenza della Corte di giustizia, se da un lato è pacifica per quanto concerne il diritto dell'Unione, dall'altro lato non è affatto esclusa neppure in relazione alla disciplina di istituti di diritto interno, fossero anche di parte generale e di natura penale²². Tanto più che, nel corso della sua più che ventennale giurisprudenza in argomento, la Corte di giustizia ha progressivamente dilatato l'ambito del diritto nazionale da considerarsi «attuativo del diritto dell'Unione» e dunque sottoposto al vaglio della Corte di giustizia per quanto concerne la sua conformità al diritto UE e in particolare ai suoi principi, ivi compreso il principio di proporzionalità/effettività della risposta punitiva. Secondo i giudici di Lussemburgo, dunque, rientra ormai nel suddetto diritto nazionale «attuativo» ogni normativa interna volta a incidere in qualsiasi modo su ambiti regolati dalle fonti dell'Unione²³.

Se le cose stanno così, la configurazione della prescrizione resta allora demandata alla competenza dei singoli Paesi membri solo finché non diventa un problema di diritto europeo: e lo diventa ogni qual volta tale configurazione si riveli capace di interferire in situazioni tutelate dal diritto dell'Unione, nel caso di specie ogni qual volta essa giunga a rendere ineffettiva la tutela penale delle finanze UE; tutela imposta da una norma (l'art. 325 TFUE, appunto) cui la stessa Corte costituzionale riconosce ormai non solo il primato, ma anche l'effetto diretto.

²² Cfr. già, per tutte e con specifico riferimento per l'appunto a norme nazionali a carattere penale, Corte di giustizia, sent. 11 novembre 1981, causa 203/80, *Casati*, par. 27; sent. 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan*, par. 19.

²³ Cfr., per tutte, Corte di giustizia, sent. 29 maggio 1997, causa C-299/95, *Kremzow*; sent. 18 dicembre 1997, causa C-309/96, *Annibaldi*; sent. 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*.

Del resto, è noto che il diritto europeo, da sempre particolarmente attento al tema dell'effettività del sistema sanzionatorio, presta grande attenzione all'istituto della prescrizione. Lo testimonia, ad esempio, il regolamento (CE, Euratom) 2988/95 *relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità*; regolamento il quale, in relazione alle azioni giudiziarie da cui possono conseguire misure o sanzioni amministrative comunitarie, non demanda la disciplina della prescrizione alla discrezionalità dei singoli Stati membri, ma prevede una dettagliatissima regolamentazione di tale istituto²⁴. Una ulteriore e più recente riprova dell'interesse riservato alla prescrizione dall'Unione europea ci è offerta dalla notissima proposta di direttiva PIF²⁵, la quale non si limita ad ampliare le fattispecie di reati connessi alle frodi UE e a introdurre in relazione ad esse sanzioni minime, ma si propone anche di imporre agli Stati membri una armonizzazione dei termini legali di prescrizione²⁶, in quanto gli esperti consultati dalla Commissione avevano «messo in luce gravi carenze dell'attuale quadro giuridico per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, in particolare sotto il profilo dei termini di prescrizione per il perseguimento dei reati»²⁷.

Tutto ciò premesso, occorre ora ritornare all'ordinanza in commento. In essa la Corte costituzionale riconosce il primato e l'efficacia diretta dell'art. 325 TFUE, ma solo fintantoché gli effetti prodotti da tale norma nell'ordinamento nazionale non compromettano l'identità costituzionale di cui fan parte i principi di irretroattività, determinatezza e prevedibilità in materia penale; principi, questi, compromessi dalla sentenza *Taricco* e dal relativo obbligo di disapplicazione, con effetto retroattivo, dei termini prescrizionali. In particolare, l'ordinanza sottolinea l'evidente tensione della suddetta sentenza con il principio di determinatezza, stante che i casi in cui essa impone al giudice interno la succitata disapplicazione non emergono con chiarezza da una norma europea sufficientemente precisa, e dunque lasciano pressoché carta bianca al giudice interno. Insomma, in base a una prima, sommaria lettura del provvedimento in esame, i controlimiti parrebbero davvero dietro l'angolo, pronti a essere opposti alla futura sentenza dei giudici del Kirchberg, salvo che essi non rinneghino in radice la prima sentenza *Taricco* abbandonando ogni richiesta di disapplicazione della prescrizione.

²⁴ Cfr. l'art. 3.1 del suddetto regolamento.

²⁵ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*, COM/2012/0363 final - 2012/0193 (COD).

²⁶ Cfr. l'art. 12 della proposta di direttiva PIF.

²⁷ *Relazione* alla proposta di direttiva, par. 2.1.

Senonché, sarebbe erroneo ritenere che sulla base di tali argomenti l'ordinanza possa paralizzare una volta per tutte l'incidenza del diritto dell'Unione sul nostro regime prescrizionale. Al riguardo, basta infatti immaginare che, in risposta al rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia «riaggiusti il tiro»: vuoi cessando di pretendere la retroattività degli effetti di sfavore correlati a tale provvedimento e invitando i giudici interni a disapplicare la normativa nazionale in tema di prescrizione solo laddove essa si riveli inadeguata sulla base di parametri (come quello costituito dal principio di assimilazione) caratterizzati da un sufficiente livello di determinatezza; vuoi dettando *pro futuro* condizioni di disapplicazione chiare e precise. Sotto quest'ultimo profilo, si pensi ad esempio all'ipotesi in cui, in vista di una efficace tutela delle finanze comunitarie, i giudici di Lussemburgo affermassero, relativamente a tutte le fattispecie penali di settore²⁸, l'obbligo di disapplicare sempre e comunque (ma senza effetti retroattivi) eventuali tetti massimi alle interruzioni della prescrizione nel corso del processo; affermassero, insomma, l'obbligo di equiparare sotto questo profilo le suddette fattispecie a quelle indicate dall'art. 51, comma 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., le quali ai sensi dell'art. 160 comma 3 c.p. sono prive dei consueti limiti all'interruzione della prescrizione. In un caso siffatto verrebbero meno, in un sol colpo, la retroattività sfavorevole della disapplicazione dei termini di prescrizione processuale, nonché l'indeterminatezza e l'imprevedibilità delle condizioni poste dalla sentenza *Taricco* alla base di una siffatta disapplicazione da parte dei giudici comuni. Verrebbero meno, insomma, tutti gli ostacoli correlati al principio di legalità penale messi in vetrina dall'ordinanza in esame.

Ma l'ordinanza potrebbe includere un «di più» non pienamente esplicitato dalla Consulta e meritevole di riflessione. Viene infatti il sospetto che, riconoscendo una «competenza nazionale sulla prescrizione», rimarcando la soggezione dell'attività giurisdizionale al «governo della legge penale» e minacciando di opporre i controlimiti al fine di paralizzare criticabili obblighi di disapplicazione di fonte giurisprudenziale, l'ordinanza non voglia limitarsi a evitare disapplicazioni di sfavore in tensione coi corollari del principio di legalità penale sin qui ricordati (irretroattività sfavorevole, determinatezza, prevedibilità). Più precisamente, nonostante l'ordinanza faccia appena cenno al corollario della riserva di legge, viene il sospetto che in nome di quest'ultimo – inteso volta a volta

²⁸ E dunque non solo relativamente alle fattispecie concernenti le associazioni per delinquere finalizzate alla realizzazione di frodi UE, rispetto alle quali il vincolo di assimilazione della disciplina prescrizionale, come si è visto, opera già.

come monopolio del solo *legislatore nazionale*, ovvero del *legislatore sia nazionale sia europeo* in tema di punibilità – l’ordinanza voglia di fatto evitare ogni sorta di effetto sfavorevole di derivazione UE non immediatamente riconducibile a una fonte *legislativa* chiara e precisa; che cioè, in definitiva, l’ordinanza voglia estendere anche all’art. 325 TFUE il divieto di ogni possibile effetto *in malam partem*; divieto, come si sa, sancito dalla giurisprudenza *Kolpinghuis Nijmegen* con esclusivo riferimento a norme contenute in direttive, e dunque a norme *prive di efficacia diretta*²⁹.

Quest’ultimo traguardo sembra però ostacolato proprio dall’avvenuto riconoscimento dell’efficacia diretta dell’art. 325 TFUE da parte della ordinanza della Corte costituzionale. Tale riconoscimento, infatti, non solo renderebbe legittimo il varo di norme penali europee di fonte regolamentare, ma soprattutto – per quanto qui specificamente interessa – sembrerebbe legittimare eventuali disapplicazioni *in malam partem* basate su tale articolo, una volta che la Corte di giustizia eliminasse i punti della sentenza *Taricco* che lo pongono in contrasto coi corollari legalistici della irretroattività sfavorevole, determinatezza, prevedibilità. In quest’ultima ipotesi, infatti, contro l’eliminazione da parte dei giudici comuni dei tetti massimi di interruzione della prescrizione rimarrebbe solo il succitato principio del *monopolio della legge* rispetto alle norme incriminatrici e più in generale rispetto alla punibilità. Senonché questo principio parrebbe risultare un ostacolo poco convincente, dato che appunto la disapplicazione dei termini prescrizionali in sede processuale si fonda su una fonte di indubbia natura legislativa (l’art. 325 TFUE); fonte trasformata, a seguito dell’ipotizzato futuro intervento chiarificatore della Corte di giustizia, da disposizione vaga e dagli effetti imprevedibili in norma chiara e precisa, dunque dotata *pro futuro* di effetti precalcolabili per i consociati.

Quanto appena detto, beninteso, vale esclusivamente ove si ritenga che il termine *legge* non venga fatto coincidere esclusivamente con *legge nazionale*; e che inoltre non sia *la disposizione*, ma *la norma* a dover essere determinata e prevedibile. Quanto alla prima questione, non si può negare che una parte della dottrina sia favorevole a ritenere rispettose del principio di riserva di legge solo le fonti penali varate dal Parlamento nazionale. Ma, invero, si tratta di un orientamento oltremodo restrittivo,

²⁹ Cfr. già, limitatamente alla giurisprudenza UE, Corte di giustizia, sent. 11 giugno 1987, causa 14/86 (*Pretore di Salò c. X*), par. 18-20; sent. 8 ottobre 1987, causa 80/86 (*Kolpinghuis Nijmegen*), par. 13. Cfr. altresì, per tutte, sent. 26 settembre 1996, causa 168/95 (*Arcaro*), par. 36; Corte di giustizia, sent. 12 dicembre 1996, cause riunite 74/95 e 129/95, (*Procedimenti penali c. X*), par. 25.

contraddetto dalla dottrina prevalente quantomeno a partire dal Trattato di Lisbona, il quale come si sa ha potenziato il ruolo del Parlamento europeo specialmente riguardo alla funzione legislativa. Quanto poi alla seconda questione, quella relativa alla prevedibilità e determinatezza della *norma* anziché della *disposizione*, va detto che la tesi dottrinale opposta – quella cioè secondo la quale è la *disposizione* a dover essere prevedibile e determinata – è da lungo tempo largamente minoritaria. Talmente minoritaria che chi la sposa in sede di commento all'ordinanza in oggetto³⁰ è indotto a supportarla facendo riferimento a un'opera monografica di assoluta eccellenza ma assai risalente³¹, scritta da un studioso autorevolissimo che nel corso degli anni ha peraltro avuto modo di essere testimone dei mutamenti in atto, sino a sottolineare a più riprese il declino della «legalità della legge» e la crescente valorizzazione della «legalità effettuale»³².

A ciò si aggiunga che nell'ordinanza il principio di riserva di legge e il suo rapporto col principio di determinatezza restano quantomeno sottotraccia; in piena sintonia, del resto, con una tradizione della Consulta refrattaria a valorizzare il principio di tassatività e per contro complice del succitato impoverimento della «legalità della legge», grazie in particolare, ma non solo, alle sue sentenze n. 327 del 2008 e n. 282 del 2010. Pertanto – salvo accogliere la già ricordata tesi «estrema» in base alla quale l'ordinanza lascerebbe intendere che non esistono norme UE dotate di effetti penali diretti *in malam partem* – sembra possibile affermare che il provvedimento in esame non esclude che l'art. 325 TFUE possa determinare effetti di questo tipo, una volta eliminata dalla stessa Corte di giustizia la contrarietà di questi ultimi al trinomio irretroattività sfavorevole – determinatezza – prevedibilità.

Riconoscere effetti di sfavore riconducibili all'art. 325 TFUE (una volta reinterpreto in sintonia col principio di tassatività) porta peraltro con sé problemi pratici e teorici di ardua soluzione. In particolare, sul piano pratico, sembra lecito domandarsi se davvero il nostro sistema giudiziario possa attualmente fare a meno di prevedere termini prescrizionali nel corso del procedimento; se davvero si possa, dunque, rinunciare a questo formidabile seppur criticabilissimo strumento deflattivo, oggi limitatamente al campo delle frodi comunitarie, domani magari relativa-

³⁰ G. RICCARDI, «Patti chiari, amicizia lunga». *La Corte costituzionale tenta il 'dialogo' nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti*, in questo Volume, par. 5.2.

³¹ F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, Milano, 1979, 319 ss.

³² F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, n. 3, 12; ma anche, esemplificativamente, ID., *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *LP*, 29 gennaio 2016, 9 ss.

mente a ogni ulteriore settore normativo di rilievo europeo. Invero, non mancano segnali dai quali dedurre la necessità che, allo stato attuale, il processo penale debba poter continuare a estinguersi per prescrizione, che dunque quest'ultima debba sopravvivere per il fatto stesso di costituire – anche dopo le recenti riforme ispirate a finalità di contenimento del sistema penale³³ – il meccanismo più idoneo a controbilanciare il «peso» del pur eroso principio di obbligatorietà dell'azione penale; peso divenuto negli ultimi decenni vieppiù insostenibile a seguito sia dell'aggravio derivante ai giudici dal nuovo codice di procedura penale e dal relativo passaggio dal sistema inquisitorio al sistema accusatorio, sia della riforma dell'art. 79 della Costituzione, che ha reso quasi impossibile l'approvazione delle leggi di amnistia e indulto.

Quanto poi ai problemi teorici, basti qui accennare ai dubbi in merito al fatto che un sistema penale cronicamente ineffettivo possa venire obbligato a non essere tale in relazione esclusivamente ai casi afferenti al diritto dell'Unione, rendendo il complessivo trattamento punitivo riservato agli autori di reati di rilevanza europea non solo «assimilato» e dunque *equivalente*, ma di fatto più efficace, e dunque *più severo o comunque più rigoroso*, rispetto al trattamento previsto per gli autori di reati concernenti settori normativi di rilievo meramente nazionale. Al riguardo va ricordato che, in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia, il *principio di assimilazione* (ai sensi del quale per le violazioni del diritto UE deve essere previsto nei singoli Paesi membri un trattamento sanzionatorio analogo a quello ivi vigente per le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza) è destinato a soccombere nei confronti del *principio di proporzionalità* (ai sensi del quale le violazioni del diritto UE devono essere punite con sanzioni effettive, adeguate alla gravità del fatto e dissuasive) ogni qual volta il rispetto del primo principio implichi il mancato rispetto del secondo.

Tale questione rievoca, *a contrariis e mutatis mutandis*, quella posta dalle c.d. discriminazioni a rovescio di origine europea, sulle quali è qui impossibile soffermarsi. In ogni modo, è noto che le differenze di trattamento derivanti dalla sussistenza o meno di un elemento di collegamento col diritto dell'Unione appaiono problematiche in rapporto a taluni principi fondamentali (a partire dai principi di uguaglianza e ragionevolezza) e sono state a suo tempo oggetto di molteplici, difformi pronunce da parte delle Supreme Corti dei Paesi membri. In questa sede basti accennare al fatto che se da un lato, al fine di tutelare efficacemente beni/inte-

³³ Concernenti, in particolare, la generalizzazione dell'archiviazione per tenuità del fatto (d.lgs. n. 28/2015).

ressi di rilievo sovranazionale, il principio di proporzione-effettività UE può imporre di rinunciare all'assimilazione tra le risposte sanzionatorie applicabili a violazioni di rilievo europeo ovvero nazionale tra loro qualitativamente e quantitativamente analoghe, dall'altro lato i principi «nazionali» di uguaglianza e ragionevolezza imporrebbero di equiparare sempre e comunque le suddette risposte sanzionatorie. Questo complessivo stato di cose fa sì che l'unico modo per soddisfare al contempo il principio di proporzione-effettività UE e i suddetti principi «nazionali» di uguaglianza e ragionevolezza sarebbe quello di applicare anche agli illeciti a carattere meramente «interno» una disciplina sanzionatoria analoga a quelle da applicarsi agli illeciti di fonte (o di rilevanza) europea: con il risultato che gli obblighi sanzionatori di matrice UE finirebbero col condizionare (non solo la disciplina punitiva applicabile ai succitati illeciti di rilievo europeo, ma) perfino la disciplina punitiva degli illeciti a carattere meramente nazionale, per i quali si renderebbe indispensabile procedere in via legislativa a processi riformistici *in malam partem*³⁴.

4. *La poco convincente distinzione tra il caso Taricco e il caso Melloni*

Come si è appena visto, dall'ordinanza in esame non sembra legittimo dedurre la incondizionata incostituzionalità (*rectius*, l'incondizionata contrarietà al nucleo duro dei principi costituzionali elevabili a controlimiti) della disapplicazione *in malam partem* di norme interne contrastanti con norme dell'Unione direttamente applicabili; ciò, beninteso, a condizione che tale disapplicazione sia imposta da una norma che *ab origine* evidenzi l'indiscutibile esistenza, di tale contrasto, ovvero operi solo successivamente alla esplicitazione del suddetto contrasto da parte della Corte di giustizia e si fondi su criteri giurisprudenziali tassativi. Del resto, come dimostrano i casi *Tombesi*³⁵ e *Niselli*³⁶, le Corti italiane hanno a più riprese accettato pronunce dei giudici di Lussemburgo volte a imporre la disapplicazione di una norma interna di favore varata successivamente alla commissione del fatto.

³⁴ Volendo cfr., per più ampi sviluppi di tali complesse questioni, tutt'oggi trascurate e comunque prive di soluzioni condivise, A. BERNARDI, *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, in *Aspetti penali del diritto agro-ambientale ed agro-alimentare*, Milano, 1999, 127 ss.; nonché, da ultimo, ID., *Il costo «di sistema» delle opzioni europee sulle sanzioni punitive*, relazione svolta il 31 marzo 2017 nell'ambito del Convegno *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Modena, 30 marzo - 1° aprile 2017, in corso di pubblicazione,

³⁵ Corte di Giustizia, sent. 25 giugno 1997, cause riunite C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95, *Tombesi*.

³⁶ Corte di Giustizia, sent. 11 novembre 2004, C-457/02, *Niselli*.

Se poi il punto di osservazione viene esteso alla giurisprudenza della Corte di giustizia riguardante anche gli ordinamenti degli altri Paesi membri, i casi in cui le garanzie di fonte interna sono state intaccate si ampliano ulteriormente. Il caso più clamoroso in tal senso è senz'altro quello relativo alla sentenza *Melloni*³⁷; sentenza con la quale, in risposta a un rinvio pregiudiziale del Tribunale costituzionale spagnolo, la Corte di Lussemburgo ha obbligato la Spagna a effettuare l'estradizione, richiesta dell'Italia tramite mandato d'arresto europeo, di un latitante condannato nel nostro Paese. Come si sa, nonostante tale condanna fosse avvenuta nell'ambito del processo contumaciale italiano, che risulta non rispettoso del fondamentale diritto di difesa così come sviluppato nell'ordinamento iberico, il Tribunale costituzionale si adeguò alla pronuncia dei giudici di Lussemburgo³⁸, rinunciando così a far uso dei controlimiti.

Consapevole della «pericolosità» di questo precedente, l'estensore dell'ordinanza si affretta a sottolineare le differenze tra i casi *Melloni* e *Taricco*³⁹; differenze atte, a suo dire, a giustificare l'*ultimatum* rinvenibile nel rinvio pregiudiziale della nostra Corte e non in quello della sorella spagnola. Tali differenze, come sintetizzato da una attenta dottrina, consisterebbero essenzialmente nel fatto che nel primo caso il ricorso ai controlimiti avrebbe comportato la «rottura dell'unità del diritto dell'UE in una materia basata sulla reciproca fiducia in un assetto normativo uniforme», mentre nel caso *Taricco* non si discute la regola che la Corte di giustizia ha desunto dall'art. 325 TFUE, «ma solo l'esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice»⁴⁰.

Di certo, come è stato onestamente ammesso, gli argomenti utilizzati a tal fine «sono strategie argomentative di persuasione che vanno collocate in questo contesto, e alle quali sarebbe ingeneroso domandare altro»⁴¹, se non appunto di individuare, nei due casi in raffronto, oggettivi profili distintivi atti in qualche modo a supportare la maggiore fermezza dei giudici costituzionali italiani. Resta il fatto che gli argomenti in questione risultano, a parere della massima parte della dottrina, davvero as-

³⁷ Grande Sezione, sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*.

³⁸ Cfr. Tribunale costituzionale spagnolo, sent. 13 febbraio 2014, *recurso de amparo* 6922/2008, *Melloni*. |

³⁹ Cfr. il par. 8 dell'ordinanza.

⁴⁰ Così, riportando appunto alcuni passaggi del succitato par. 8 dell'ordinanza, G. DE AMICIS, *Il «caso Taricco» e le Corti nel prisma dei controlimiti: dialogo o supremazia?*, in questo *Volume*, par. 4.

⁴¹ M. BIGNAMI, *Note minime a margine dell'ordinanza Taricco*, in questo *Volume*, par. 1.

sai poco persuasivi. È infatti assai facile capire che le sentenze *Melloni* e *Taricco* presentano, innanzitutto, l'essenziale analogia di imporre ai Paesi membri il sacrificio dei molto particolari sviluppi conferiti in ambito nazionale a un proprio principio fondamentale (in un caso il principio-diritto di difesa, nell'altro il principio di legalità penale) in circoscritti ambiti del proprio ordinamento (concernenti, rispettivamente, la disciplina contumaciale e quella della prescrizione). Quanto invece agli argomenti rispettivamente utilizzabili nei due succitati casi per controbilanciare il (e dunque per giustificare una deroga al) diritto degli Stati membri dell'Unione a veder rispettati i loro fondamentali principi e diritti così come riconosciuti dalle rispettive Costituzioni, è agevole comprendere che gli argomenti di maggior peso sono senz'altro quelli spendibili in relazione al caso *Taricco*. È infatti noto che, nell'ambito dell'ordinamento europeo, la tutela dei relativi interessi finanziari (della quale l'art. 325 TFUE risulta espressione) rappresenta la primissima preoccupazione dell'Unione, capace di precedere il pur rilevante interesse alla cooperazione giudiziaria disciplinata dall'art. 82 TFUE in funzione di salvaguardia dello «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia» di cui al Titolo V di questo Trattato. Tant'è che l'art. 325 TFUE non solo è stato riconosciuto essere norma ad effetto diretto, ma si caratterizza per il fatto di porre in capo agli Stati dell'Unione vincoli oltremodo stringenti: vincoli più stringenti non solo di quelli sanciti dalle norme contenute negli strumenti di *ex terzo pilastro* dell'Unione europea (fra le quali rientrano – appunto – le norme inscritte nella decisione quadro sul mandato d'arresto europeo⁴²) ma financo più stringenti dei vincoli sanciti dalle norme contenute nelle direttive in materia penale introdotte ai sensi degli artt. 82 e 83 TFUE. Al riguardo, basti infatti pensare che – secondo una parte della dottrina – in base all'art. 325.4 TFUE possono essere varate a tutela degli interessi finanziari dell'Unione non solo direttive ma anche regolamenti a carattere penale; che per giudizio unanime le direttive penali previste da tale articolo, diversamente da quelle adottate in base agli artt. 82 e 83 TFUE, possono contenere norme non solo «minime», ma anche caratterizzate da un notevole livello di dettaglio; che infine la procedura legislativa ordinaria concernente i progetti di direttiva di cui all'art. 325 TFUE non può essere sospesa per mezzo di quel «freno di emergenza» viceversa attivabile, ai sensi degli artt. 82.3 e 83.3 TFUE, in relazione ai progetti di direttiva penale basati su questi ultimi articoli.

⁴² *Decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri - Dichiarazioni di alcuni Stati membri sull'adozione della decisione quadro.*

Alla luce degli elementi differenziali tra i casi *Melloni* e *Taricco*, dunque, è lecito ritenere che l'atteggiamento della nostra Corte costituzionale avrebbe potuto quantomeno non discostarsi da quello tenuto dal Tribunale costituzionale spagnolo. Epperò, come sappiamo, la Corte italiana si è dimostrata assai meno remissiva rispetto alla sorella iberica. Sembra quindi legittimo il sospetto che questo diverso atteggiamento sia dovuto non già, o comunque non solo, a ragioni strettamente giuridiche, ma piuttosto al clima generale a carattere marcatamente nazionalista susseguente alla sentenza *Melloni*; clima manifestatosi in molti Paesi membri e tradottosi nel vigoroso rilancio del tema dei controlimiti e più in generale in una sorta di «rinazionalizzazione» del diritto UE attraverso la rilettura delle clausole di identità nazionale contenute nei Trattati (artt. 4.2 e 6.3 TUE, art. 67.1 TFUE). Negli ultimi anni, testimonianza di queste posizioni di stampo nazionalista sono state offerte dal *Bundesverfassungsgericht*⁴³; ma anche altre Corti nazionali (per decenni rimaste silenziose di fronte all'incremento per via pretoria delle competenze dell'Unione in materia penale) hanno di recente manifestato un palese attivismo giudiziario nel campo dei controlimiti, peraltro sinora più minacciati che concretamente impugnati⁴⁴. Come si sa, questo attivismo è stato favorito dalla contingente debolezza politica dell'Unione, cui si è accompagnato un più accentuato rifiuto delle suddette Corti costituzionali a cedere ai giudici di Lussemburgo l'assoluto monopolio dei principi e diritti fondamentali, sia pure limitatamente ai settori del diritto interno «attuativi del diritto dell'Unione».

Comunque sia, è in questo contesto di debolezza dell'Unione e della sua Corte che si colloca l'ordinanza della Consulta in commento; debolezza che per certi versi, al di là di ogni affermazione conciliante, questa pronuncia concorre a incrementare, obbligando i giudici del Kirchberg a pronunciarsi sulla spinosissima questione degli eventuali limiti al principio del primato, in merito alla quale essi hanno negli ultimi anni evitato di esprimersi (con l'eccezione dei, per vero quantomeno ambigui, paragrafi 53 e 55 della sentenza *Taricco*, ai quali la nostra Corte costituzionale mostra di attribuire grande importanza, scorgendo in essi il riconoscimento *in nuce* della teoria dei controlimiti).

In ogni caso, l'attuale erosione del prestigio dei provvedimenti normativi e giurisprudenziali dell'Unione non può non aver favorito lo svol-

⁴³ Cfr., in particolare, sent. OMT del 7 febbraio 2014 e sent. R. del 15 dicembre 2015.

⁴⁴ Infatti, i controlimiti in funzione di contenimento del primato del diritto UE sono stati finora attivati solo due volte dalle Supreme Corti nazionali: dalla Corte costituzionale della Repubblica ceca nella sent. 31 gennaio 2012 - PI US 5/12; dalla Suprema Corte danese nella sent. 6 dicembre 2016, Case n. 15/2014, *DI acting for Ajos A/S vs. The estate left by A.*

gimento di un ulteriore, recentissimo caso in cui, come nel caso *Melloni*, l'obbligo di cooperazione correlato a un mandato d'arresto europeo si è scontrato con il particolare sviluppo conferito a un principio fondamentale previsto nella Costituzione di un Paese membro. Alludo al caso *De Cristofaro*, l'omicida ergastolano evaso nel 2014 dal carcere di Porto Azzurro, arrestato nel 2016 in Portogallo dopo due anni di accanite ricerche, ma poi qui scarcerato per decorrenza dei termini di custodia cautelare nonostante il mandato d'arresto europeo emesso dall'Italia per ottenerne la consegna. Dalle ancora scarse informazioni ricavabili dagli organi di stampa, il motivo della mancata esecuzione del mandato d'arresto va ricercato nella Costituzione portoghese, la quale all'art. 30 vieta in modo assoluto la pena dell'ergastolo; ma, soprattutto, va ricercato nella attuale tendenza dei Paesi membri a derogare agli impegni assunti in sede europea in nome di principi costituzionali talora, a ben vedere, neppure strettamente vincolanti.

A tale riguardo il caso *De Cristofaro* risulta, per l'appunto, illuminante. Infatti, sebbene il Portogallo avesse a suo tempo formulato una riserva alla Convenzione europea in materia di estradizione del 1957 escludendo la consegna nel caso in cui «l'extradizione sia richiesta per un reato cui corrisponda una pena o misura di sicurezza a carattere perpetuo»⁴⁵, la giurisprudenza della Corte costituzionale lusitana aveva ridimensionato le conseguenze derivanti dal divieto costituzionale di pene o misure a vita, consentendo al governo portoghese di interpretare restrittivamente la riserva apposta alla Convenzione in materia di estradizione successivamente sottoscritta nel 1996 tra gli Stati dell'Unione⁴⁶. Questo governo aveva infatti dichiarato che in caso di richiesta di estradizione per un reato che preveda una pena o misura a vita, l'extradizione potrebbe essere ugualmente accordata nel caso in cui lo Stato membro richiedente fornisca sufficienti assicurazioni in merito alla esistenza, in sede di esecuzione, di «misure di alleggerimento» a beneficio della persona richiesta⁴⁷. In altre parole, nonostante l'esplicita proibizione dell'ergastolo nella propria Costituzione, il Portogallo ammette l'extradizione nei confronti di quegli Stati europei nei quali i condannati alla pena perpetua possono, a certe condizioni e dopo un certo numero di anni, ritornare in libertà.

⁴⁵ Cfr. D. VAN ZYL SMIT, *La pena dell'ergastolo in un mondo globalizzato*, in *Criminalia*, 2014, 61.

⁴⁶ *Convenzione stabilita sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, relativa all'extradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea (...) Dichiarazione del Portogallo riguardo all'extradizione richiesta per un reato cui corrisponde una pena o misura di sicurezza a carattere perpetuo (...)*».

⁴⁷ Cfr. D. VAN ZYL SMIT, *La pena dell'ergastolo in un mondo globalizzato*, cit., 62.

Per quanto sin qui visto, ben si comprende come i casi *Melloni, Taricco e De Cristofaro* presentino fortissime analogie, dovute alla presenza di un fondamentale principio/diritto costituzionale (consistente, rispettivamente, nel diritto di difesa, nel principio di legalità penale e nel principio di umanità delle pene e misure) più o meno convincentemente elevabile a controlimita. Pure, questi tre casi hanno avuto esiti diversissimi, con l'ordinanza della nostra Corte costituzionale italiana a fare da anello di congiunzione tra la prona quiescenza del Tribunale costituzionale spagnolo rispetto alle prese di posizione della Corte di giustizia e l'assoluto disprezzo dei giudici portoghesi rispetto agli impegni assunti in seno all'Unione relativamente alle procedure di consegna tra Stati membri previste dalla succitata decisione quadro sul mandato d'arresto europeo.

5. *Considerazioni conclusive*

In definitiva, va ribadito che l'ordinanza in commento, pur raffinata e sotto certi aspetti apprezzabile, sembra improntata a uno spiccato sovranoismo, risultando dunque in linea con quella «deriva anarchica» favorita, secondo una attenta dottrina, dalla lettura in chiave domestica dell'art. 4.2 TUE⁴⁸. Al di là del presunto *commodus discessus* offerto dalla Consulta attraverso il richiamo ai più volte ricordati paragrafi 53 e 55 della sentenza *Taricco*, tutti gli argomenti rinvenibili nell'ordinanza si traducono, infatti, in una energica sottolineatura della concezione dualista da sempre fermamente respinta dalla Corte di giustizia; cosicché, verosimilmente, solo con estrema fatica quest'ultima potrà, in risposta all'ordinanza, non contraddirsi troppo e al contempo disinnescare la 'bomba' dei controlimiti.

Non è mai stata mia intenzione difendere la criticabilissima sentenza *Taricco*⁴⁹. Ma una nota canzone ci ricorda che «dal letame nascono i fiori», che cioè anche dal peggio possono sortire effetti positivi. Personalmente – pur nella consapevolezza delle difficoltà da sempre manifestate dalla Corte costituzionale nel recepire le richieste dei giudici di Lussemburgo – ritengo che questa sentenza offrisse lo spunto per una presa di posizione meno «difensivista» e più genuinamente dialogica; meno

⁴⁸ G. MARTINICO, *Il potenziale eversivo dell'identità nazionale alla luce dell'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, in questo *Volume*, par. 1.

⁴⁹ Sia pur succintamente, ho già avuto modo di manifestare a più riprese perplessità in ordine a questa sentenza: cfr., volendo, A. BERNARDI, *Dogmatica penale, «giuridismo», fonti sovranazionali*, in *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. Cadoppi, Roma, 2017, 156; ID., *La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, cit., 109.

preoccupata di mettere alle corde un «avversario» colpevole di avere accolto in modo aproblematico le spericolate istanze del giudice *a quo* e più desiderosa di porre rimedio allo «scandalo» della prescrizione italiana, la quale di fatto inibisce l'efficace repressione (anche, ma certo non solo) delle c.d. «frodi carosello» elusive degli obblighi fiscali nei confronti, al contempo, del nostro Stato e dell'Unione⁵⁰; meno volta, in particolare, a ingessare questo istituto nella sua attuale dimensione esclusivamente sostanziale e più protesa a veder realizzata per via legislativa o in subordine per via giurisprudenziale⁵¹, una radicale modifica della nostra disciplina prescrizionale, nella prospettiva di una reale integrazione tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo. Ritengo, in definitiva, che l'ordinanza in esame, nonostante i suoi indubbi pregi e il suo (peraltro solo formale) garbo diplomatico, costituisca una occasione perduta per instaurare un clima di serena, fattiva collaborazione con la Corte di giustizia.

Per altro verso poi, come ho cercato di spiegare, sul piano strettamente giuridico certi passaggi dell'ordinanza mi sembrano discutibili, in quanto gli argomenti ivi utilizzati appaiono in un primo momento suggestivi, salvo poi rivelarsi volta a volta inesatti, poco convincenti o addirittura controproducenti. Da questo punto di vista, quindi, il provvedimento in esame mi ricorda una di quelle partite a scacchi in cui uno dei due giocatori, per difendersi dall'attacco portato dall'avversario su un lato della scacchiera, effettua una mossa nell'immediato sì efficace, eppure destinata a sguarnire l'altro lato della scacchiera, così da esporlo – ove l'avversario ne sia capace e, beninteso, ove lo voglia – ad ulteriori, assai penetranti attacchi.

Credo però che questa metafora non sia delle più felici: perché, a ben pensarci, i rapporti tra ordinamenti nazionali e ordinamento europeo, tra Corti costituzionali e Corte di giustizia, assomigliano a tutto meno che a una partita di scacchi, privi come sono di quelle esatte regole che da almeno due secoli persistono immutate in quello che suole essere

⁵⁰ Infatti, come si sa, solo una modesta quota dell'IVA elusa attraverso le suddette frodi concorrerebbe a finanziare il bilancio dell'Unione, la restante e maggioritaria quota essendo destinata al bilancio dei singoli Paesi membri.

⁵¹ In particolare, tramite una «iniziativa della Corte costituzionale volta a sollevare davanti a se stessa una questione di legittimità costituzionale della disciplina della prescrizione, sì da evitare il perpetuarsi di illeciti fiscali a danno dell'Unione»: A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in questo Volume, par. 2; nello stesso senso cfr. già R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2017, 300.

considerato «il più nobile dei giochi»⁵². Temo dovremo rassegnarci e riconoscere che, nell'attuale temperie, i rapporti tra Stati membri e Unione europea sono governati da regole, strategie e tattiche opinabili e mutevoli: cosicché i controlimiti, accuratamente lasciati nel dimenticatoio durante gli anni dell'euroentusiasmo (nei quali, viceversa, la giurisprudenza creatrice dei giudici di Lussemburgo ben avrebbe potuto giustificare il ricorso a questa arma estrema), vengono oggi invocati e minacciati in vario modo dalle Corti di alcuni Paesi membri. In questi ultimi anni una riprova delle opinabilità e mutevolezza delle succitate regole ci è stata offerta, come si è visto, dai casi *Melloni*, *Taricco* e *De Cristofaro*, i quali dimostrano appunto che certi momenti di contrasto tra Costituzioni nazionali e diritto europeo – pur sotto molti aspetti assai simili – possono essere risolti in modi totalmente diversi e imprevedibili, venendo gestiti sulla base dei mutevoli umori, intuizioni, rapporti di forza del momento. Sono, insomma, 'partite' che di certo non possono essere giocate con l'asettica razionalità che caratterizza le sfide consumate sulle sessanta-quattro caselle bianche e nere.

⁵² Ho cercato di sintetizzare le ragioni di questa viepiù evidente assenza di regole nel saggio *Il difficile rapporto tra fonti penali interne e fonti sovranazionali*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, a cura di C.E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Risicato, Napoli, 2016, in particolare 87 ss.

MARCO BIGNAMI

NOTE MINIME A MARGINE DELL'ORDINANZA *TARICCO**

SOMMARIO: 1. Una risposta creativa. – 2. La natura sostanziale della prescrizione. Non si può più tornare indietro. – 3. Il diritto penale lo scrivono i legislatori: la determinatezza. – 4. Riscoperta nazionale della determinatezza. – 5. La Corte padrona dei controlimiti.

1. *Una risposta creativa*

Non reputo opportuno spendere analitiche considerazioni sul merito della vicenda processuale definita dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 24 del 2017. Il caso *Taricco*, per quanto riguarda la visuale del nostro ordinamento, sembra risolto, e semmai si tratterà di vedere se la Corte di giustizia saprà approfittare dell'occasione che le è stata offerta per correggere la propria posizione. A ben vedere, la soluzione del rinvio pregiudiziale è accorta, perché scarica sul giudice europeo la scelta conclusiva se aprire le ostilità, o piuttosto ripiegare prudentemente sulla via di fuga suggerita dalla nostra Corte¹. Né, in quest'ultimo caso, la sentenza *Taricco* dell'8 settembre 2015 sarebbe stata pronunciata invano. Essa, infatti, varrebbe comunque a rilevare l'inadempimento della Repubblica italiana rispetto all'obbligo imposto dall'art. 325 TFUE, con ciò che ne consegue quanto al dovere del legislatore di porvi rimedio.

La soluzione prescelta non manca di creatività, come conferma il fatto che essa, a quanto mi risulta, non era stata vaticinata pur nel profluvio di commenti che la dottrina sia penalistica, sia costituzionalistica, avevano riservato alla pronuncia della Corte di giustizia. Vi era stato chi aveva auspicato, o comunque non escluso, un rinvio pregiudiziale². Tut-

* Il presente testo è stato consegnato per la stampa il 7 marzo 2017. Per tale ragione, esso non può tener conto dei numerosi contributi apparsi dopo tale data.

¹ Nel senso opposto, M. CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?* in *Dir. pen. cont.*, 2017.

² C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia?* In *Forumcostituzionale.it*, 2016; R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto del-*

tavia, esso ha poi avuto un oggetto e una finalità imprevisi. Il giudice costituzionale si è inserito in un varco aperto dal fraseggio non del tutto limpido della sentenza europea, e ne ha estrapolato l'idea che fosse proprio quest'ultima a far salva la valvola di sicurezza condensata nel principio di legalità in materia penale. Gli argomenti spesi a sostegno di questa idea, dal *distinguishing* rispetto al precedente Melloni fino al rilievo volto a escludere la natura della prescrizione dal campo di applicazione del diritto UE, sono strategie argomentative di persuasione che vanno collocate in questo contesto, e alle quali sarebbe ingeneroso domandare altro. Ma su questi aspetti non è il caso di soffermarsi ulteriormente.

Vorrei piuttosto chiedermi che resterà della vicenda *Taricco* oltre la vicenda *Taricco*, quando cioè sarà definitivamente risolto il problema della disapplicazione, da parte del giudice penale italiano, del regime interruttivo della prescrizione definito dagli artt. 160 e 161 c.p. (fermo restando che, nell'attesa della pronuncia della Corte di giustizia, appare del tutto evidente che tale disapplicazione deve ritenersi preclusa, se non altro perché essa genera un dubbio di costituzionalità non manifestamente infondato, e dunque non aggirabile da parte del giudice comune). Le aree potenzialmente incise dall'ordinanza *Taricco* sono almeno tre: il valore della prescrizione in materia penale; la forza del principio di determinatezza; la competenza a opporre controlimiti al diritto dell'Unione. A ciascuna di esse merita di essere dedicata una qualche attenzione.

2. *La natura sostanziale della prescrizione. Non si può più tornare indietro*

La prima, considerevole eredità del caso *Taricco* concerne la natura costituzionale della prescrizione, quale istituto afferente al cuore della legalità penale *sostanziale*.

Per quanto si possa auspicare che anche le norme di diritto penale processuale contengano la discrezionalità giudiziaria; per quanto si possa sottolineare che non vi è operazione demandata al giudice penale che non sia filtrata da una base legale; ugualmente resta il fatto che non soltanto sul piano della retroattività, ma anche su quello della determinatezza altro è la legalità penale presidiata dall'art. 25, secondo comma, Cost., altro la legalità processuale ancorata all'art. 111, primo comma, Cost.³

l'Unione e «controlimiti» costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

³ Sul dibattito per rilanciare la legalità penale processuale, e sui suoi limiti, per tutti M. CHIAVARI, voce «Norma (dir. proc. pen.)», in *Enc. dir.*, 1967.

Per essere concreti, c'è un motivo se ci poniamo dubbi angosciosi sul *deficit* di legalità implicato dalla ricognizione, da parte del giudice, di quali siano le gravi frodi in danno dell'Unione, e accettiamo senza neppure discutere che sia compito del medesimo giudice decidere quando gli indizi di colpevolezza siano gravi⁴. La gravità è gravità, ma nell'unico caso tocca al legislatore pronunciarsi; nell'altro solo il giudice può dipanare la matassa.

Non è detto che, pur spostando l'asse della decisione sulla natura processuale della prescrizione, la nostra Corte avrebbe potuto trovare tollerabile lo sfilacciamento della certezza del diritto conseguente alla «regola *Taricco*». Ma, di certo, questo avrebbe dovuto essere il modo di ragionare, se si fosse inteso rigettare la questione di costituzionalità. Con altrettanta certezza, credo si possa dire che, riconducendo la prescrizione alla logica della legalità penale sostanziale, la partita fosse chiusa in partenza, a causa di un macroscopico difetto di determinatezza della fattispecie.

Certamente, a nessuno sfugge che una consolidata giurisprudenza costituzionale si era già formata in questa ultima direzione. Si dovrebbe però osservare che su di essa non poteva non avere giocato un ruolo la qualificazione codicistica dell'istituto quale causa di estinzione del reato, anziché dell'azione penale, con un conseguente trattamento normativo⁵. Insomma, si sarebbe potuto ancora ritenere che il legislatore disponesse di un certo margine di manovra, e che la prescrizione militasse nel campo del diritto penale sostanziale «*nell'attuale configurazione*» (sentenza n. 143 del 2014 della Corte costituzionale), ovvero fino a quando una radicale riforma legislativa non fosse stata in grado di riposizionarla, se del caso mediante un'attrazione nell'orbita della legalità processuale.

Dopo l'ordinanza n. 24 del 2017, un tale percorso, già non facile, sembra essere definitivamente sbarrato. La natura della prescrizione non è un corollario di mutevoli opzioni legislative, ma alimenta la fiamma del principio supremo di legalità dei reati e delle pene. L'art. 25, secondo comma, Cost. tiene il campo, impedendo l'ingresso nell'ordinamento persino della normativa di diritto primario dell'Unione, quando essa si ponga in attrito con questa premessa. A maggior ragione, ciò che non può l'Unione, neppure potrà il legislatore ordinario.

Il vivace dibattito che si era avviato nel nostro paese durante la sta-

⁴ S. LORUSSO, *Interpretazione, legalità processuale e convincimento del giudice*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

⁵ A. MACCHIA, *Le proposte della Commissione Gratteri in tema di prescrizione: alcune riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2016.

gione delle grandi inchieste giudiziarie della fine degli anni '90⁶, e che torna a rinfocolarsi periodicamente innanzi alla catastrofe di migliaia di processi macerati dal tempo, è divenuto ormai privo di attualità. Qualche che sia la riforma legislativa della prescrizione che dovesse sopraggiungere, essa dovrà pur sempre rispettare la logica costituzionale dell'istituto, ormai radicata definitivamente nella legalità penale sostanziale.

3. *Il diritto penale lo scrivono i legislatori: la determinatezza*

Come a tutti noto, elemento irrinunciabile della legalità penale appena rammentata è il principio di determinatezza, che la pronuncia della nostra Corte rilancia con estremo vigore. L'ordinanza di rimessione pronunciata dalla terza Sezione della Cassazione penale offriva alla Corte un amplissimo ventaglio di soluzioni di accoglimento. Il principio di legalità penale vi veniva declinato secondo tutte le componenti entro le quali esso è tradizionalmente articolato. In particolare, il giudice *a quo* poneva in dubbio sia il rispetto della riserva di legge, intesa quale fonte *necessariamente nazionale* dell'incriminazione e del trattamento punitivo; sia l'osservanza del divieto di retroattività; sia quella del principio di sufficiente determinatezza della fattispecie.

Ora, nell'ordinanza n. 24 del 2017 quel che non c'è conta quanto quel che c'è. E mi sembra che a mancare sia anzitutto ogni riferimento alla *qualità della fonte* da cui sarebbe promanato un trattamento penale *in peius* sotto forma di obbligo di disapplicazione di un più favorevole regime prescrizione⁷. Fonte che indubbiamente si identifica in una norma primaria dell'Unione, ovvero l'art. 325 del TFUE, con tutto ciò che questo avrebbe dovuto comportare per chi ancora crede nel monopolio dello Stato membro (o, meglio: dei Parlamenti degli Stati membri) sul diritto penale⁸.

⁶ M. DONINI, *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro it.* 1998, 322 ss.; M. NOBILI, *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, *ivi*, 317 ss.; L. STORTONI, *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, *ivi*, 321 ss.; M. ZANOTTI, *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, *ivi*, 331 ss.

⁷ V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco»*, in *Dir. pen. cont.*, 2017.

⁸ Sul punto, con posizioni assai diverse, A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni cost.*, 2009, 37 ss.; C. CUPELLI, *La legalità delegata: crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, 293 ss.; G. FIAN-DACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 79 ss.; C.F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011, 125 ss.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Napoli, 2012, 106 ss.;

Intendiamoci: non che nell'ordinanza *Taricco* vi sia alcunché che autorizzi a ravvisare il via libera da parte della nostra Corte alla diretta creazione di fattispecie penali da parte del diritto dell'Unione, o anche più modestamente alla produzione di diretti effetti *in malam partem*. Resta però che la Corte ha preferito lasciare impregiudicata questa questione, senza coltivare invece, come anche era possibile, l'impronta fortemente nazionalista lasciata dalla sentenza 30 giugno 2009 *Lissabon Urteil* del *Bundesverfassungsgericht* (in particolare, paragrafi 280, 358, 363). La Corte di giustizia dovrebbe trarre maggiori elementi di preoccupazione dalla impostazione concettuale di quest'ultima, che non dall'arresto episodico subito in tema di frodi comunitarie. In altri termini: la *querelle* odierna non appanna la convinta adesione della nostra Corte al processo di integrazione europea, ma semmai ricorda che esso si deve svolgere nel segno dell'incremento delle garanzie, non della loro falcidia. La Corte di giustizia ha dunque l'occasione per relegare tutto ciò al rango di un incidente di percorso, e c'è da augurarsi che ne faccia buon uso.

Lasciata in disparte la riserva di legge *nazionale*, piuttosto in ombra nel percorso motivazionale è anche il riferimento al divieto di retroattività, che è il profilo su cui forse più si era insistito tra i commentatori. A me continua a sembrare che esso c'entrasse davvero poco con i giudizi *a quibus*, perché nel nostro ordinamento la retroattività «*si riferisce al rapporto tra un fatto e una norma sopravvenuta*» (sentenza n. 240 del 2015 della Corte costituzionale), ovvero tra la condotta e la *disposizione normativa* che la disciplina. E che l'art. 325 TFUE fosse in vigore quando gli imputati dei processi principali avevano realizzato la frode è fuori discussione. Questo però non significa, naturalmente, che si possano chiudere gli occhi ove quella disposizione normativa, pur formalmente viva ed efficace, ugualmente non contenga affatto la norma che i giudici pretendono in seguito di ricavare da essa. Ma con ciò, per l'appunto, non si pone un problema di retroattività, ma esclusivamente di determinatezza.

E, su questo piano, l'ordinanza n. 24 del 2017 ci dice una cosa preziosa: a dover essere sufficientemente determinata è la «*disposizione scritta*». Certo, anche le sentenze non sono oracoli pronunciati verbalmente, ma enunciati linguistici scritti. Eppure, tutti sappiano che con questa espressione il giurista si riferisce alla scrittura *legislativa*. Insomma, non basta che sia una Corte, per quanto qualificata, a introdurre e sorreggere con le sue pronunce dichiarative il significato di una norma penale. Bisogna invece che esso compaia tra quelli contenuti nel testo

N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, 315 ss.

della disposizione che l'agente può leggere, per decidere se la sua condotta sia o no sanzionata penalmente, e in quale misura. Sarà pur questa un'idea segnata da fallacia illuministica, ma, per quanto ingenua, essa resta «*un principio irrinunciabile del diritto penale costituzionale*». La prevedibilità dell'esito di una condotta costituirà anche una garanzia aggiuntiva, legata alla *performance* stabilizzatrice della giurisprudenza, alla luce dell'art. 7 CEDU⁹. Ma essa opera in addizione rispetto alle tutele costituzionali, e non per sottrazione. Quand'anche le pronunce giudiziali la assicurino, in quanto consolidate, ugualmente sarà necessario che esse siano compatibili con un giudizio prognostico basato sul testo della disposizione *normativa scritta* perché, in caso contrario, la legalità continuerà a mancare.

Si noti: non torna così in discussione la riserva di legge quale ipostasi della sovranità statale, profilo sul quale, come ho detto, l'ordinanza n. 24 mi sembra silente. Si sta invece parlando del monopolio *del legislatore, sia esso nazionale o europeo*, ad assumere scelte incriminatrici, o comunque attinenti al regime di punibilità. Un monopolio che si esercita anzitutto nei confronti dei giudici, e, tra questi, *della stessa Corte di giustizia*. Del resto, è quest'ultima a proclamare con costanza che le sue pronunce hanno natura esclusivamente dichiarativa¹⁰. Non è quindi compito del giudice lussemburghese integrare l'art. 325 del Trattato, enucleandone una «regola *Taricco*» che possa ambire a vivere di vita propria, scavallando i limiti imposti dalla lettera della disposizione benché con ciò si interferisca *in malam partem* sul regime della responsabilità penale. Qui non è questione di determinatezza della «regola *Taricco*», come mi pare ritengano numerosi partecipanti a questo seminario (Bernardi, Gambarella, Recchia, Viganò)¹¹ quando ipotizzano che la Corte di giustizia potrebbe servirsi del nuovo rinvio pregiudiziale per ancorarla ad un maggior grado di determinatezza, rendendola così applicabile ai fatti commessi dopo l'8 settembre 2015 (o dopo la nuova sentenza «normativa»?). Si deve invece fare questione di tassatività *dell'art. 325 TFUE*, ed è su questo terreno che a mio parere va saggiata la compatibilità della «regola *Taricco*», quale che ne sia lo specifico contenuto, con il principio di determinatezza in materia penale.

⁹ O. DI GIOVINE, *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, in *Dir. pen. cont.*, 2012.

¹⁰ Da ultimo, Grande Sezione, sentenza 19 aprile 2016 *Dansk Industri (DI)*, C-441/14.

¹¹ Si veda anche la posizione, che pur partendo da diverse premesse giunge alla stessa conclusione, di A. RUGGERI, *Ultimatum della Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controllimiti*, in *Consulta online*, 2017.

Né si può concordare con chi reputa che le decisioni della Corte di giustizia andrebbero accostate a quelle della Corte costituzionale, per ricavarne che la prima, al pari della seconda, non incontra con le sue pronunce il limite della riserva di legge (vi ha accennato Recchia nel corso di questo seminario). Questo argomento è debole anzitutto strutturalmente, perché omette di dimostrare una omogeneità ben lontana dall'essere evidente tra organi della giustizia costituzionale e giudice europeo (basti pensare che la missione principe di quest'ultimo è assicurare il primato del diritto europeo, imponendone un'uniforme interpretazione sul territorio dell'Unione, secondo una vocazione alla nomofilachia che nel nostro ordinamento appartiene ben più alla Cassazione che al giudice costituzionale).

Ma è altrettanto debole nella sua applicazione al caso di specie, per due forti motivi.

In primo luogo, si trascura che la sentenza *Taricco* si origina da un rinvio pregiudiziale per l'interpretazione. E quindi, visto che le sentenze interpretative del giudice costituzionale¹² non incidono sulla disposizione impugnata se non per proporre un possibile significato *che essa già contiene* (al punto che tali decisioni neppure generano un vincolo conformativo per l'operatore del diritto), non si vede perché alla Corte lussemburghese, in sede di interpretazione (per quanto essa si vincolante), dovrebbe essere permesso di scavalcare la riserva di legge con un'attività paranormativa che è invece preclusa al giudice costituzionale, e questo proprio sulla base di una presunta assimilazione funzionale tra i due organi. Al contrario, proprio le differenti modalità con cui le sentenze interpretative delle due Corti producono effetti nei rispettivi ordinamenti confermano che nessuna omologazione di tale natura è davvero convincente.

In secondo luogo, neppure la Corte costituzionale può cagionare effetti penali *in malam partem*, perché tradizione vuole che la riserva di legge in tale materia opponga una peculiare resistenza all'intervento del giudice delle leggi¹³. Ancora una volta, quindi, l'argomento della equiparazione tra Corti non conduce lontano, visto che lo stesso giudice del Lussemburgo sarebbe tenuto a confrontarsi con i limiti che il monopolio legislativo prescrive all'inasprimento per via giurisdizionale del regime della punibilità.

Si torna, allora, al punto centrale: la scrittura dell'art. 325 TFUE, con i limiti semantici che essa comporta quando si discute di responsabi-

¹² Eccezion fatta per le interpretative di accoglimento, che però pur sempre dichiarano una illegittimità costituzionale.

¹³ *Ex plurimis*, confermano da ultimo questa costante giurisprudenza costituzionale le ordinanze nn. 285/12; 337/11; 204/09.

lità penale; in altri termini la tassatività della *disposizione (legislativa) scritta*.

4. *Riscoperta nazionale della determinatezza*

Infatti, tra le molte opzioni, nel ragionamento della nostra Corte il principio di determinatezza in materia penale la fa da padrone. E, allora, un proficuo lascito dell'ordinanza *Taricco* potrebbe davvero essere il rilancio della forza deontica di un principio che finora ha avuto davvero poco successo nella pratica. Per quanto mi risulta, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma penale per difetto di determinatezza in sole tre occasioni, due delle quali piuttosto occasionali a dire il vero¹⁴. Per il resto, il nostro ordinamento è un colabrodo di disposizioni generiche, imprecise, ambigue, vaghe, il cui significato viene affidato al progressivo affinamento macinato in sede curiale. Non credo vi sia esempio più eclatante di quello tratto dalla nozione di «*ingente quantità*» di sostanza stupefacente, la quale, se ricorrente, determina un'aggravante a effetto speciale. Come sanno i penalisti, l'aggravante è esclusa se la quantità è inferiore a 2000 volte il valore massimo in milligrammi determinato per ogni sostanza dalla tabella che classifica gli stupefacenti. Ci si aspetterebbe che un concetto quantitativo determinato di tale natura si trovi scritto in una disposizione di legge. E invece si scopre che esso viene enunciato da S.U. 24 maggio 2012, n. 36258 del 2012, e più non dimandare.

Ora, con queste premesse sarebbe piuttosto imbarazzante presentarsi in Europa a difendere la determinatezza del fallimentare regime legale della prescrizione. Il che non significa che non si debba giocare con convinzione tale partita. Vuol dire, all'opposto, che sono le premesse a dover essere demolite. Se il principio di determinatezza della norma penale, come è giusto che sia, ha la forza di piegare il diritto dell'Unione, allora esso dovrà far implacabilmente giustizia di quella selva oscura di disposizione ad alto tasso di ambiguità di cui sempre più gronda il nostro ordinamento penale.

5. *La Corte padrona dei controlimiti*

A tutto ciò la nostra Corte è giunta seguendo un percorso del tutto suo, come si è segnalato innanzi. Se esso troverà condivisione nella co-

¹⁴ Accanto alla storica sentenza n. 96 del 1981 sul plagio, si possono ricordare le sentenze n. 185 del 1992 e n. 34 del 1995.

munità degli interpreti, allora ne verrà una conferma che il ruolo peculiare del giudice costituzionale nel mediare i conflitti ordinamentali non è surrogabile. A tale proposito, va considerata la tecnica con cui la Corte con l'ordinanza n. 24 del 2017 ha rivendicato a sé il monopolio nella gestione del controlimite¹⁵ opponibile al diritto dell'Unione, affermando che esso è rimesso in via esclusiva alla Corte stessa.

Naturalmente, questa asserzione non è spendibile contro l'eventuale incorporazione nel tessuto del diritto UE, da parte della Corte di giustizia, dei principi dell'ordine costituzionale degli Stati membri, alla quale non si vede perché quest'ultima non possa procedere perlomeno quando siano di «*immediata evidenza*», e quindi agevolmente percepibili.

Piuttosto, si tratta di rammentare che tale attività non compete invece *al giudice comune*¹⁶. Lo snodo poteva essere delicato, perché la stessa sentenza *Taricco*, secondo la lettura che la Corte costituzionale ne ha suggerito, avrebbe autorizzato i Tribunali nazionali a discostarsi dalla regola che vi era formulata, nel caso essa contrastasse con i principi supremi dell'ordinamento nazionale. Insomma, non sarebbe stato peregrino ritenere che i nostri giudici fossero chiamati a farsi direttamente carico della valutazione concernente il margine di compatibilità (*recte*: di incompatibilità) tra la «regola *Taricco*» e il principio di legalità. Difatti, questa verifica a rigore non pone un problema di «controlimite», perché, in tesi, è lo stesso diritto dell'Unione, azionato dalla Corte di giustizia, a prevederla mediante la sentenza *Taricco*.

Tuttavia, nonostante ad essa si potesse ritenere abilitato direttamente il giudice comune nella sua veste di giudice dell'Unione, la Corte costituzionale ha preferito tenere ferma la propria competenza esclusiva, lodando la scelta dei rimettenti di sollevare questione di costituzionalità. Una competenza accentrata (seppur basata sulla collaborazione con l'organo promotore dell'incidente di legittimità costituzionale) che in qualche modo travalica il confine del controlimite in senso stretto e si propone quale generale camera di compensazione tra istanze di unificazione europea e difesa dell'identità costituzionale.

Al di là della vicenda *Taricco*, tale scelta indica cioè un *modus operandi* al quale le sempre più frequenti tensioni tra ordinamenti potrebbero costringere a ricorrere con frequenza. Esso consiste in un'opzione

¹⁵ Sulla dottrina dei controlimiti con specifico riferimento al diritto penale, si rinvia al recente lavoro di A. BERNARDI, *I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, VII ss., e, in particolare, LII ss.

¹⁶ In questo senso, già F. PALAZZO, *Armonizzazione europea e costituzionalismo penale tra diritto e politica*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 285 ss.

di favore per il sindacato accentrato di costituzionalità, perché è la Corte costituzionale l'organo più adatto a gestire la conflittualità latente, anche secondo accorgimenti di politica giudiziaria ai quali il giudice comune, in base all'architettura della nostra forma di Stato prima ancora che di governo, è bene che resti estraneo, anche ammesso che abbia gli strumenti per provvedere. Credo che l'ordinanza n. 24 del 2017 offra un ottimo esempio di quanto sia spiccata l'attitudine della nostra Corte a svolgere tale funzione.

LUDOVICO BIN

TARICCO BIS: SIGNIFICATI, ESPRESI E IMPLICITI,
DEI «PROMESSI CONTRO-LIMITI»

SOMMARIO: 1. Le questioni, politiche e giuridiche, sul tavolo della Corte costituzionale – 2. Il contenuto del messaggio inviato alla Corte di Giustizia – 3. I «promessi contro-limiti» ed i «rumorosi silenzi» dell'ordinanza – 4. Le vie della primazia sono infinite... – 5. ...ma tutte le strade portano a Roma.

1. *Le questioni, politiche e giuridiche, sul tavolo della Corte costituzionale*

La sentenza *Taricco*¹ ha da subito scatenato in dottrina una moltitudine di reazioni con un'inedita varietà di segno e di toni². Come ha efficacemente ricordato Palazzo, neanche la sentenza n. 364 del 1988 o l'introduzione della legge n. 689 del 1981 avevano prodotto un simile dispendio di energie. La giurisprudenza, dal canto suo, ha dato segnali di smarrimento, alternando pronunce di totale accoglimento³, poi clamoro-

¹ Corte di giustizia, Grande Sezione, 8 settembre 2015, causa C-105/14. Il rinvio pregiudiziale era stato effettuato da Trib. Cuneo, ord. 17 gennaio 2014, GUP Boetti.

² Cfr., per tutti, 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. cont.*, 14 settembre 2015; E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale*, *ivi*, 29 febbraio 2016; A. VENEGONI, *Ancora sul caso Taricco: la prescrizione tra il diritto a tutela delle finanze dell'unione ed il diritto penale nazionale*, *ivi*, 30 marzo 2016; S. MANACORDA, *Per la Corte di giustizia le frodi gravi in materia di IVA si prescrivono troppo in fretta: note minime a prima lettura della sentenza «Taricco»*, in *Archivio penale*, 2015, n. 3; A. CAMON, *La torsione d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, 2 ss.; e gli innumerevoli contributi contenuti negli atti di due importanti convegni sul tema: C. PAONESSA, L. ZILETTI (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, Pisa, 2016; A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi nazionali*, Napoli, 2017.

³ La sezione III della Cassazione ha subito accolto il *dictum ex Taricco*, ritenendo soddisfatti i criteri appena menzionati e disapplicando la disciplina sulla prescrizione; cfr. Cass., sez. III, sent. 15 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, su cui sia concesso rinviare a L. BIN, *La prima sentenza «post Taricco» della Cassazione*, in *Archivio penale web*, 2016.

samente smentite⁴, ad altre più timide⁵, fino alla doppia rimessione della questione alla Corte costituzionale, con l'utilizzo di una notevole quantità di parametri ed il fine di stimolare una prima, storica, opposizione dei controlimiti⁶.

Anche tra le fila di quanti si sono apertamente schierati contro il *dictum* della sentenza non vi è parità di vedute: né su quale sia il contro-limite da azionare⁷, né tantomeno su cosa esattamente sia un contro-limite, oggetto misterioso comparso per la prima volta proprio in una sentenza della Corte costituzionale⁸ e oggi ormai chimera invocata da molti, avvistata da pochi⁹, documentata da nessuno.

Questo, dunque, il centro del groviglio affidato alla Consulta: è compatibile con i principi costituzionali (o almeno con il *Kern* della Costituzione) l'obbligo posto in capo al giudice di disapplicare il tetto massimo alla durata della prescrizione?

Sotto la crosta di tale quesito si agitava tuttavia un magmatico insieme di questioni, di stampo sia politico che giuridico.

Sotto il primo profilo, emergeva il problema del delicato rapporto tra Corti Supreme, che si evolve fisiologicamente *per sentenze*, cioè «per strappi», per sconfinamenti e resistenze. Questa vicenda rappresenta infatti l'ultimo momento di un braccio di ferro che dura da ormai quasi sessant'anni, e che ogni volta ridisegna, almeno un poco, il precedente equilibrio.

⁴ La stessa III sezione della Cassazione ha poco dopo compiuto un inaspettato *dietro-front*, sollevando anch'essa una questione di legittimità costituzionale, salvo poi, nell'attesa della decisione, nuovamente sottoporre un caso alla verifica dei criteri espressi in Taricco, questa volta non trovandoli soddisfatti; cfr. sez. III, ord. 8 luglio 2016; sez. III, sent. 7 giugno-24 ottobre 2016, n. 44584.

⁵ La sezione IV, pur dimostrandosi incline alla disapplicazione richiesta dai giudici europei, non ha ritenuto integrati i requisiti necessari; cfr. Cass., sez. IV, sent. 25 gennaio 2016, n. 7914.

⁶ C. App. Milano, II sez. pen., ord. 18 settembre 2015, Pres. Maiga, Est. Locurto, in *Dir. pen. cont.*, 21 settembre 2015 con nota di VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti'*; come detto, inoltre, anche Cass. sez. III, ord. 8 luglio 2016.

⁷ Il novero dei parametri complessivamente suggeriti nelle due ordinanze è infatti molto esteso (artt. 3, 11, 24, 25 comma 2, 27 comma 3, e 101 comma 2); si va dunque dall'eguaglianza alla personalità, dalla legalità alla separazione dei poteri, passando per il limite generale alle cessioni di sovranità previsto dall'art. 11. Cfr., per una rassegna delle ragioni a sostegno di ognuno di essi, V. MANES, *La svolta Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»: le ragioni dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016, 20 ss.

⁸ C. cost., n. 170 del 1984.

⁹ Parla di contro-limiti *taciti*, fatti valere «per vie sotterranee» a mezzo di manipolazioni sostanziali dei testi di legge o delle sentenze europee A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale «versus» identità costituzionale? Alla ricerca dell'araba costituzionale: i «controlimiti»*, in BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 33 ss.

Da questo punto di vista, il ventaglio delle possibili risposte in mano alla Corte costituzionale comprendeva soluzioni più miti, inclini al dialogo, e altre ben più ostili, di rottura.

Primo. La Corte avrebbe potuto anzitutto rivedere le proprie posizioni in tema di natura giuridica della prescrizione – o, quantomeno, dell'interruzione della prescrizione – storicamente ritenuta sostanziale, per accoglierne la versione europea e *convenzionale*, in cui essa è ricondotta al versante processuale. Più che di dialogo si sarebbe trattato di silenziosi cenni di assenso, davanti a un monologo tutto europeo, il ché non è atteggiamento tipico della nostra Corte, da sempre restia non solo a cedere diritti per guadagnare in prevenzione, ma anche ad accogliere *in toto* i *dicta* europei¹⁰.

Secondo. La Corte avrebbe potuto ritenere che il principio di legalità, in funzione di contro-limite, si riducesse a un nucleo minimo, con conseguente esclusione della prescrizione¹¹. Non essendo in effetti ancora chiaro, come si diceva sopra, *cosa* esattamente sia un contro-limite, tale soluzione avrebbe permesso da un lato l'accoglimento delle richieste europee, evitando dunque lo scontro, e dall'altro il rispetto dei principi costituzionali minimi. Soluzione di buon senso, forse, ma ad ogni modo non risolutiva quanto all'altro aspetto problematico, quello dell'indeterminatezza dei parametri offerti dalla Corte di Giustizia per identificare i casi in cui la disapplicazione sia praticabile.

Terzo. Nel caso, invece, di una sentenza di accoglimento della questione, le alternative risultavano indissolubilmente legate al parametro costituzionale utilizzato, alla specie e alla forma del contro-limite innalzato. Quale che fosse stata la scelta, il risultato sarebbe stato pressoché il medesimo: rifiuto del principio di diritto proposto dal giudice europeo e conseguente incostituzionalità della legge di ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona; in altre parole, scontro frontale, con tutto quel che ne deriva in tema di futuro dell'Unione.

Nessuna di queste strade è stata percorsa dalla Corte costituzionale,

¹⁰ Proprio lo sviluppo dei rapporti tra ordinamenti e Corti ne è riprova: il riconoscimento della *primauté* e degli effetti diretti è passato lungo un tortuoso cammino fatto di reciproche affermazioni di principio e progressive concessioni. Cfr., per tutti, G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, 6^a ed., Torino, 2013, 427 ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, 2^a ed., Torino, 2010, 209 ss.; F. POCAR, *Diritto dell'Unione europea*, 11^a ed, Milano, 2010, 324 ss.

¹¹ Soluzione ipotizzata da P. FARAGUNA, P. PERINI, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'Appello di Milano mette la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controlli-miti*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, fasc. 1, 212 ss.; e VIGANÒ, *Il caso Taricco*, cit., 29 s.; v. anche C. SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 14 ottobre 2016, 16.

che ha preferito interrogare nuovamente la Corte di Giustizia tramite un rinvio pregiudiziale.

Dal punto di vista giuridico, invece, era necessario da un lato, a livello interno, identificare i parametri costituzionali eventualmente opponibili, e dunque innanzitutto pronunciarsi un'ultima volta sulla natura giuridica della prescrizione. Dall'altro, la Corte doveva prendere posizione sull'interpretazione dell'art. 325 TFUE resa dalla Corte di Giustizia, che ne ha tratto una norma a effetto diretto mirata ad impedire l'applicazione della norma interna sul tetto massimo alla durata della prescrizione. Il giudice costituzionale, come si vedrà, si è concentrato sulle questioni di diritto interno, senza addentrarsi in quelle di diritto europeo.

Cercherò dunque di dare una lettura di entrambi questi profili dell'ordinanza, soffermandomi dapprima sul significato del *messaggio* che la Corte costituzionale ha inviato a Lussemburgo, per passare poi agli aspetti più giuridici, in particolare quelli su cui la Corte ha, assai rumorosamente, taciuto¹².

2. *Il contenuto del messaggio inviato alla Corte di Giustizia*

Sotto il profilo del «dialogo tra Corti», mi pare che la soluzione del rinvio pregiudiziale, con cui la Corte costituzionale ha inteso passare nuovamente la palla alla Corte di Giustizia, rappresenti la soluzione migliore che la Corte – come bene ha detto Bignami – ha tirato fuori dal cilindro. Come detto, rigettare la questione avrebbe lasciato scoperto un *vulnus* costituzionale insopportabile, rispondere con la guerra al primo accenno di dissidio avrebbe avuto conseguenze politiche notevolissime, oltre che un «colpevole manifesto».

Proprio questo ultimo aspetto rappresenta il primo vantaggio strategico che si è assicurato il giudice delle leggi: se guerra sarà, il responsabile non sarà un giudice supremo nazionale, autarchico e geloso delle proprie prerogative, disposto a sacrificare il bene comune per capricci nazionalistici, bensì il giudice europeo, un giudice con cui tutte le altre Corti hanno a che fare e che non è disposto a dialogare e venire incontro

¹² Primi commenti all'ordinanza: C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Eurojus.it*, 29 gennaio 2017; M.L. FERRANTE, *L'ordinanza della Corte costituzionale sull'affaire Taricco: una decisione «diplomatica» ma ferma*, in *Dirittofondamentali.it*, 2017, fasc. 1; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2017; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco»*, *ivi*, 13 febbraio 2017; M. CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, *ivi*, 24 febbraio 2017.

ai singoli Stati. Il richiamo ai principi di unità e leale collaborazione ed il rinnovato impegno a rispettarli sembrano proprio indirizzati a mettere in risalto una disponibilità (almeno di facciata) della Corte costituzionale, a fronte della quale un'eventuale risposta negativa da parte della Corte di Giustizia apparirebbe frutto di ostinazione e prepotenza.

Sotto questo punto di vista, la Corte costituzionale gioca probabilmente anche sul difficile momento storico che sta vivendo l'Unione: in tempi di crisi e forte scontento popolare non conviene fare la parte del cattivo.

È opinione assai diffusa che i contro-limiti funzionino bene minacciati, meno se azionati; potremmo dunque oggi aggiungere che se proprio si vuole azionarli, bisogna *fare in modo di esservi costretti*.

Secondo punto di pregio strategico è la rinuncia della Corte costituzionale a sindacare il diritto europeo così come concretizzato dalla Corte di Giustizia, scelta lucida diretta a non prestare il fianco a prevedibili «*eccezioni di incompetenza*»: non si contesta la validità *in sé* del diritto europeo, solo la sua compatibilità con quello nazionale. In effetti, come è stato detto, il *giudice ultimo dell'effetto diretto*¹³ è proprio la Corte lussemburghese, e porre in discussione la primazia del diritto europeo avrebbe depotenziato il sottile e ampiamente oggi dibattuto *distinguishing* dal caso Melloni. Tornerò su questo punto, ma è bene dire sin d'ora che qui credo stia la chiave per capire quale sia il contenuto del messaggio inviato a Lussemburgo: non si tratta di una mano tesa, non si tratta di una richiesta di chiarimento, non si tratta di dialogo. È innanzitutto, per quello che riguarda il caso di specie, un *ultimatum*, una promessa messa nero su bianco che se il *dictum Taricco* non sarà ritirato, i contro-limiti non saranno più solo una minaccia.

Ma è anche un abbandono (probabilmente simbolico e momentaneo) del tavolo delle trattative per ciò che riguarda i rapporti tra diritto nazionale ed europeo, le regole d'ingaggio ed i meccanismi di ingresso dell'uno nell'altro. Fino dalla sentenza n. 14 del 1964, quando alle norme europee la Corte costituzionale impose il criterio cronologico, si sono susseguiti tentativi di conciliare primazia e diritto interno, norme europee ad effetto diretto e norme nazionali contrastanti. Con questa ordinanza la Corte costituzionale sembra escludersi da un processo condiviso, assestandosi su una posizione di controllo esterno e indiretto: lasciando cioè la Corte di Giustizia libera di determinare i presupposti della disapplicazione, ma riservandosi poi l'ultima parola circa la compatibilità con il nostro ordinamento.

¹³ Così VIGANÒ, *Il caso Taricco*, cit., 14 ss.

Questo aspetto si percepisce chiaramente nell'ultimo punto di forza dell'ordinanza, la tecnica con cui è formulato il rinvio pregiudiziale: la struttura dei quesiti pone indubabilmente i giudici di Lussemburgo di fronte ad un fatto compiuto, il diritto nazionale già interpretato, senza chiedere un vaglio di compatibilità *con* il diritto europeo, ma *del* diritto europeo. Si tratta di un aspetto di fondamentale importanza, se si considera come si è storicamente sviluppato ed espanso l'ambito di estensione della primazia, cioè attraverso rinvii pregiudiziali effettuati da giudici che, invece di richiedere la corretta interpretazione della norma europea rilevante, finivano col sottoporre indirettamente alla Corte di Giustizia questioni sulla validità del diritto interno, spesso mirando proprio ad ottenere uno strumento per aggirarlo. Il giudice europeo, dal canto suo, si è sempre mostrato più che disponibile, quasi vorace, a concedere risposte indirizzate a favorire l'applicazione del diritto europeo in luogo di quello nazionale: entrambe queste tendenze sono perfettamente visibili proprio nel rinvio del Tribunale di Cuneo e nella successiva sentenza *Taricco*.

Qualche esempio di sentenze fondamentali per lo sviluppo della *primauté* chiarirà l'importanza della formulazione del quesito.

i) Nel caso *Internationale Handelsgesellschaft*¹⁴ un giudice tedesco chiedeva se una norma contenuta in un regolamento comunitario fosse illegittima perché in contrasto con la Costituzione Tedesca: la Corte di Giustizia rispose di no, cogliendo l'occasione per affermare il primato del diritto europeo anche sulle norme costituzionali.

ii) Nel caso *Simmenthal*¹⁵, un giudice italiano chiedeva se in caso di norme direttamente applicabili fosse davvero necessario passare dalla Corte costituzionale (ed in questo caso, se l'efficacia della norma europea potesse retroagire, una volta ottenuta la pronuncia di incostituzionalità della norma interna in contrasto!): la Corte di Giustizia rispose di no, sostenendo l'obbligo per tutti i giudici comuni di disapplicare le norme interne contrastanti e tagliando dunque fuori la Corte costituzionale dalla soluzione dei contrasti.

iii) Nel caso *Melloni*¹⁶, il giudice costituzionale spagnolo chiedeva al giudice europeo se uno *standard* di tutela di un diritto fondamentale più elevato rispetto a quello accordato dalla Carta di Nizza potesse bloccare l'esecuzione di un MAE: la Corte di Giustizia rispose di no, affermando che il diritto europeo prevale sui principi costituzionali fondamentali anche se ciò determina una diminuzione delle garanzie, perché il primato del diritto europeo deve essere assicurato a tutti i costi.

¹⁴ Sent. CGCE, 17 dicembre 1970, causa C-11/70.

¹⁵ Sent. CGCE, 9 marzo 1978, causa C-106/77.

¹⁶ Sent. CGUE (Grande sezione), 26 febbraio 2013, causa C399/11.

Sono tutti rinvii pregiudiziali in cui è il quesito stesso ad aprire le porte ad una risposta affermativa. Con queste tre sentenze la Corte di Giustizia è riuscita ad imporre la primazia su tutte le norme interne, a renderla azionabile da tutti i giudici comuni e ad annullare virtualmente i contro-limiti.

Con ciò non si vogliono ovviamente svalutare i risultati così raggiunti dalla Corte di Giustizia, tutt'altro. È però evidente che la tecnica di formulazione del quesito può risultare fondamentale per il *segno* della risposta. Proprio in *Melloni*, ad esempio, la formulazione del quesito da parte del *Tribunal* ha permesso alla Corte di Giustizia di chiuderlo in un angolo: garantire l'applicazione del diritto europeo con un *dietrofront*, oppure sollevare, con esclusiva responsabilità del gesto, i contro-limiti. La tecnica utilizzata dalla Corte costituzionale è evidentemente indirizzata ad evitare un esito simile.

3. I «promessi contro-limiti» ed i «rumorosi silenzi» dell'ordinanza

Per quanto attiene agli aspetti giuridici, la Corte costituzionale re-spinge al mittente i *dicta* contenuti nella sentenza *Taricco*, mettendo in campo due solidi argomenti costituzionali, derivati del principio di legalità: irretroattività e determinatezza. Con il primo essa ha inteso ribadire il carattere sostanziale della prescrizione, con conseguente divieto di disapplicazione retroattiva *in malam partem* di tutte le modifiche imprevedibili¹⁷. Con il secondo ha rilevato l'indeterminatezza dei criteri forniti dalla Corte di Giustizia, giudicati incompatibili sia con la riserva di legge che, più in generale, con la separazione dei poteri. Sono entrambi aspetti che sono stati autorevolmente evidenziati e approfonditi sia dalla voluminosa produzione letteraria sul caso *Taricco*, che durante questo Seminario. Meno si è detto invece sulla diretta efficacia riconosciuta all'art. 325 TFUE, che la stessa Corte costituzionale non ha inteso contestare. Non credo si tratti, come ritiene Recchia, di silenzio-assenso, di tacita adesione, addirittura di sconfitta incondizionata. Come dicevo poco fa,

¹⁷ La necessaria prevedibilità di tali modifiche è affermata tanto dalla stessa Corte costituzionale (che infatti cita la sent. n. 5 del 2004) quanto dalla Corte EDU; ma, come sottolinea MANES, *La Corte muove*, cit., 7, mentre quest'ultima adotta una base impersonale e oggettiva nel giudicare la *foreseeability*, l'impostazione della Corte costituzionale è decisamente *soggettivizzante*, ancorata cioè alla effettiva percepibilità per il reo nel caso concreto. Ulteriore conferma dell'impostazione «*impersonale*» nella giurisprudenza di Strasburgo in M. DONINI, *Il caso «Contrada» e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, 2016, 346 ss.

ritengo che rappresenti invece un momento fondamentale della strategia messa in atto dalla Corte costituzionale, nonché un chiaro messaggio alla Corte di Giustizia.

Certo, senza contestare l'efficacia diretta dell'art. 325 TFUE si è lasciata aperta la possibilità di utilizzare ancora tale meccanismo. La CGUE potrebbe insomma, in questo caso o in futuro, ricorrere ancora all'art. 325 TFUE per ridisegnare le discipline penali nazionali, se in rispetto dei limiti costituzionali opposti (scenario ipotizzato anche da Bignami e Recchia).

Il divieto di retroattività, infatti, se da un lato sta e cade con la natura *sostanziale* dell'istituto di volta in volta in gioco – uno *standard* di tutela più elevato rispetto a quello europeo, che la CGUE dovrebbe rispettare in virtù dell'art. 53 CDFUE, e che ha invece dimostrato (nel caso *Melloni*) di saper *bilanciare* con (*rectius*, subordinare a) la primazia del diritto europeo – non varrebbe dall'altro qualora la disapplicazione fosse imposta *pro futuro*. I problemi di determinatezza, invece, potrebbero essere superati con la formulazione precisa di criteri che rendano la disapplicazione della norma interna pressoché automatica – l'esempio: «*disapplicare in tutti i casi*» ne è dimostrazione.

Attraverso lo *stargate* dell'art. 325 TFUE, dunque, ci si potrebbero ragionevolmente attendere nuovi divieti di applicazione delle discipline nazionali più orientate al garantismo. Il problema è amplificato dal fatto che la Corte di Giustizia è riuscita a trovare nei giudici comuni un interlocutore spesso tentato dalle scorciatoie europee per non frustrare anni di indagini ed udienze – e già la diversa predisposizione dei giudici all'*europesismo giudiziario*¹⁸ rischia di creare falle inaccettabili nell'uniforme applicazione del diritto (lo abbiamo visto anche con *Taricco*). Potrebbero allora essere via via eliminate le soglie di punibilità, la particolare tenuità del fatto, le attenuanti¹⁹: tutto ciò che impedisce sanzioni più dissuasive possibili, nell'ottica della giurisprudenza *di lotta*.

Si tratta di uno scenario nuovo, perché è nuovo questo sentiero – o meglio, questa ripida scorciatoia – della primazia.

4. *Le vie della primazia sono infinite...*

Come noto, primazia, applicabilità ed efficacia diretta trovano in dottrina definizioni ed utilizzi assai variegati, che oscillano dalla ricondu-

¹⁸ Su cui v. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011.

¹⁹ Così anche MANES, *La svolta Taricco*, cit., 12.

zione *ad unum* alla loro netta diversificazione²⁰. Il sistema normativo europeo, già di per sé, è diventato un labirinto, che raggiunge livelli di complessità elevatissimi una volta che intersechi il circuito di un ordinamento nazionale²¹. La progressiva stratificazione degli atti capaci di produrre norme direttamente applicabili, vista nel suo momento finale, cioè la disapplicazione, non permette di cogliere le diversità genetiche delle norme e degli atti che la producono. Dal punto di vista del *risultato* si tratta sempre dello stesso fenomeno, della stessa richiesta da parte della Corte di Giustizia: applicare il diritto europeo in luogo di quello nazionale. Proprio nella giurisprudenza della Corte di Giustizia questi termini si trovano invariabilmente utilizzati per identificare il generale fenomeno della prevalenza del diritto europeo.

Ma la disapplicazione non è il risultato di ogni interazione tra norme europee e nazionali. Capirne meccanismo e condizioni è possibile solo analizzandone la genesi.

Le origini della prevalenza del diritto europeo affondano in due *seminal case*, *Van Gend en Loos* e *Costa/Enel*: dal primo nascono gli effetti diretti, dal secondo germoglia la primazia come fenomeno generale. Nello svilupparsi della giurisprudenza europea, questi due aspetti rimangono legati a doppio filo, l'uno come effetto, l'altra come causa.

Gli effetti diretti «classici», nati con *Van Gend*, avevano però uno scopo preciso: impedire che uno Stato membro potesse negare ad un proprio cittadino il godimento di un diritto ad esso attribuito dai Trattati, che dunque lo Stato stesso è obbligato a garantirgli; impedire cioè che lo Stato riversasse sul privato gli effetti negativi del proprio inadempimento. Gli effetti diretti trovano dunque la propria legittimazione nei diritti dei privati, e si risolvono nel divieto di pregiudicarli. L'operazione consiste, nella stragrande maggioranza dei casi, in una *azione* sulla norma interna che impedisce il godimento del diritto, la quale diviene inapplicabile (effetto di esclusione). Dalla norma europea che attribuisce quel

²⁰ La disomogeneità delle definizioni è invero piuttosto diffusa: a titolo esemplificativo, mentre per G. TESAURO, *Diritto comunitario*, 3^a ed., Padova, 2008, 173 ss., l'uno e l'altro elemento sono formanti del medesimo concetto, per R. BIN, P. CARETTI, G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell'Unione Europea*, Bologna, 2015, 109 ss., l'applicabilità diretta è qualità di un atto – non di una norma – che solo eventualmente può esplicare effetti diretti. Per R. SCHÜTZE, *European Union Law*, Cambridge, 2015, 77 ss., la qualità di *self-executing* riguarda un atto che non deve essere trasposto (che non pone cioè obblighi al legislatore), mentre la diretta applicabilità, intesa come capacità di una norma di essere applicata in giudizio, è precondizione dell'effetto diretto, necessaria ma non sufficiente. Per A. RUGGERI, *Effetti diretti delle norme euorunitarie e Costituzione*, in *Rivista AIC*, 2015, fasc. 2, efficacia diretta sarebbe qualità di qualsiasi atto e qualsiasi norma dell'Unione, salvo i Trattati, mentre direttamente applicabili sarebbero solo alcune norme, quelle *self-executing*.

diritto, in sostanza, si ricava una *meta-norma*, che impone al giudice di non applicare la norma interna. Ad esempio, la norma del Trattato che vieta agli Stati di imporre misure equivalenti ai dazi doganali crea un diritto in capo al singolo a non essere sottoposto a tali misure; se lo Stato impone comunque tali misure, il privato può chiedere che il giudice, in virtù dell'obbligo di assicurare la fruizione del diritto riconosciuto dall'Unione, disapplichì la norma che ne prevede l'imposizione.

Per le norme espresse dai Regolamenti invece, le cose sono diverse, poiché essi sono obbligatori in tutte le parti e direttamente applicabili, il che significa che le norme da essi ricavabili possono essere utilizzate direttamente dal giudice. Lo schema non è più solo quello di una norma che attribuisce un diritto e che si risolve in un divieto di applicazione: qui i diritti soggettivi non sono necessari, se la norma europea è perfettamente sovrapponibile a quella interna – è cioè in grado di regolare quella stessa fattispecie regolata dalla norma interna – e però ha contenuto diverso, essa si applica in luogo di quella interna (effetto di sostituzione). Si tratta, in definitiva, di una vera e propria antinomia tra due norme geneticamente simili, che il giudice è chiamato a risolvere, assicurando la prevalenza di quella europea.

Con lo scorrere dei rinvii pregiudiziali e delle sentenze, la possibilità di produrre norme con effetto diretto è stata riconosciuta a quasi tutti gli atti normativi europei, comprese le Direttive, se scadute o mal trasposte²². Per queste, tuttavia, l'effetto diretto opera in modo diverso. Innanzitutto, il diritto del privato non è attribuito direttamente dalla Direttiva, ma consiste di solito proprio nel diritto alla corretta trasposizione della Direttiva stessa. Inoltre, l'effetto diretto riveste qui una funzione sanzionatoria nei confronti dello Stato inadempiente – non basta cioè solo l'idoneità a regolare la fattispecie, è necessario che il pregiudizio del privato derivi dall'inadempimento dello Stato – ed è di tipo sempre sostitutivo²³; infine, esso vale nei soli rapporti verticali, ed in direzione unilaterale. Si tratta perciò di un fenomeno diverso dal modello *Van Gend*.

Non solo diritti soggettivi, dunque, le vie della primazia sono molteplici e l'effetto diretto «à la *Van Gend*» non è l'unico modo in cui essa si estrinseca. Perché tuttavia essa possa risolversi nella disapplicazione della

²¹ L'immagine del labirinto è efficacemente tratteggiata da V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012.

²² Cfr., per una analisi di questa estensione, D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, 2a ed., Cambridge, 2010, 271 ss.

²³ In questo senso E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, 2015, 122 s.

norma interna²⁴, secondo la stessa Corte di Giustizia, il minimo comune denominatore è che la norma europea sia non solo chiara e precisa, ma soprattutto incondizionata. Ora, nel caso in cui la norma europea miri a neutralizzare la norma interna che pregiudica il diritto di un privato, è piuttosto semplice concludere che la norma sia incondizionata, poiché essa si risolve in un mero divieto di applicazione della norma interna, immediatamente eseguibile dal giudice. Negli altri sentieri percorsi dalla primazia, invece, l'accertamento risulta assai più complesso, poiché la «non condizionalità» può dipendere da diverse variabili²⁵: prima fra tutte, l'assenza della necessità che siano adottate norme di attuazione.

Faccio riferimento a questo tipo di condizione proprio perché l'art. 325 TFUE ne risulta soggetto; esso esprime, cioè, una norma – quella che obbliga gli Stati a predisporre una tutela adeguata – che è decisamente condizionata dall'adozione di una disciplina apposita: una disciplina penale adeguata²⁶.

Questo è il nuovo sentiero della primazia cui accennavo poco fa: una norma europea condizionata dall'adozione di ulteriori atti che comporta la disapplicazione di una norma interna contrastante non con un diritto soggettivo, ma con il risultato cui mira la norma stessa (effetto di esclusione).

Un sentiero che in effetti, come rilevato, permetterebbe alla Corte di Giustizia di ridisegnare il diritto penale nazionale in chiave repressiva.

5. ...ma tutte le strade portano a Roma

Non mi pare che sia tuttavia (ancora) il caso di allarmarsi. Se anche, come si diceva, gli ostacoli costituzionali «più penalistici» potrebbero essere aggirati, rimane ancora un baluardo capace di sbarrare questa strada della primazia: non tanto la riserva di legge, come acutamente sostenuto da Viganò, quanto, più in generale, la separazione dei poteri. È vero che la Corte costituzionale non ha sviluppato questo argomento, lo ha solo

²⁴ La primazia come fenomeno generale contiene una serie di aspetti che vanno al di là della capacità di una norma di produrre l'obbligo di disapplicazione. Si pensi, ad esempio, al divieto di trasposizione dei regolamenti, all'obbligo di trasporre le Direttive, all'obbligo di interpretazione conforme: sono tutti aspetti ricollegabili alla prevalenza del diritto europeo su quelli nazionali.

²⁵ Esaustiva illustrazione delle possibili condizioni in J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione Europea*, Bologna, 2013, 229 ss.

²⁶ Anche un apprezzabile margine di discrezionalità residuo in capo allo Stato può determinare la «condizionalità» della norma: cfr., ad es., L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, 5ª ed., Milano, 2014, 253 ss.

accennato, ma non credo che questo «silenzio» sia sintomo di un mutismo irreversibile: dopotutto, per utilizzare le parole della stessa Corte nei confronti della giurisprudenza CEDU, non siamo qui di fronte alla «*espressione di un'interpretazione consolidata nell'ambito della giurisprudenza europea*»⁷. Ma procediamo con ordine.

Un obbligo di fonte sovranazionale, come quello di tutela adeguata, si rivolge, nella prospettiva europea, in generale allo Stato membro, senza distinguere tra le articolazioni interne ed i tipi di atti adottabili. Tuttavia, una volta penetrato in un ordinamento informato alla separazione dei poteri come il nostro, tale obbligo deve essere necessariamente scomposto come se attraversasse un prisma, non potendo che essere adempiuto da soggetti diversi a seconda del compito richiesto: cioè dal legislatore nella fase di posizione della disciplina, e dal giudice nella fase di interpretazione e applicazione²⁸. Qualora ovviamente il primo non ottemperasse alla propria porzione di quell'obbligo, il secondo non potrà *commissariarlo*, poiché neanche la necessità di adempiere agli obblighi europei può permettere lo *sconfinamento dei poteri*.

Ritornando al caso *Taricco*, dunque, la norma dedotta dall'art. 325 TFUE si pone come un divieto di applicazione della norma interna, perché in contrasto con l'obiettivo di assicurare la migliore tutela degli interessi finanziari dell'Unione. Eliminare la norma interna senza sostituirla, tuttavia, è operazione concessa allorché si tratti di non pregiudicare diritti soggettivi, di tutelare i privati dagli inadempimenti dello Stato, compito *tipico* della funzione giurisdizionale. Tutelare gli interessi finanziari dell'Unione è compito invece che i giudici possono compiere, nel nostro ordinamento, solo fino al limite cui si può spingere l'interpretazione degli atti legislativi, non oltre²⁹. Ed in effetti lo stesso art. 325

²⁷ C. cost., 14 gennaio 2015, n. 49, punto 7.

²⁸ Beninteso, non si intende che il giudice debba intervenire sull'*an* dell'applicazione, cioè applicando solo le norme compatibili con l'obbligo, ma sul *quomodo*, cioè interpretando tutte le norme positive del caso *in modo conforme* a quell'obbligo, finché le norme stesse glielo permettono.

²⁹ Se con l'interpretazione non si riesce a soddisfare l'obbligo, neanche una questione di legittimità costituzionale potrebbe rimediare, per irrilevanza della questione; salvo forse casi di c.d. *inadempimento sopravvenuto*, che si realizza quando lo Stato-Legislatore pone in essere una disciplina incompatibile con l'obbligo in un momento successivo all'adempimento. Non sembra tuttavia questo il caso: neanche derivando dall'obbligo di adeguatezza questi *divieti di scopo* – divieti cioè di porre norme in contrasto con quell'obbligo che sarebbero quindi disapplicabili – si potrebbe chiedere al giudice di disapplicare la disciplina sulla prescrizione, perché essa preesisteva alla nascita dell'obbligo (interessante poi, qualora si ritenesse che tale obbligo sussistesse continuativamente da prima della riforma c.d. *ex Cirielli* il distinguo tra norme successive di adempimento diretto e indiretto proposta da C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 139 ss.). Senza

TFUE, come detto, una volta filtrato dalla separazione dei poteri, richiede che sia il legislatore a *creare* le norme adeguate. È un obbligo di risultato proprio perché il legislatore europeo non fornisce le norme di tutela adeguata, ma «*delega*» il legislatore nazionale. Certo, se esse fossero fornite dal diritto europeo, magari a mezzo di un Regolamento, il giudice potrebbe, anzi dovrebbe utilizzarle (ma questo esigerebbe ovviamente che il Trattato attribuisca tale competenza all'Unione). Diverso sarebbe stato insomma il caso di una norma che impone un tetto più alto («...*non può comportare l'aumento di più della metà del tempo necessario a prescrivere...*»), un termine prescrizione minimo più lungo ecc. Si tratterebbe di norme perfettamente sovrapponibili a quelle interne, il che eliminerebbe ogni attività *creativa* del giudice: se entrambe le norme sono idonee a regolare la fattispecie (*altezza* del tetto massimo / durata minima della prescrizione), il giudice applica quella europea. Ma così non è, dall'art. 325 TFUE non è geneticamente possibile ricavare norme capaci di sostituirsi a quelle interne, idonee a regolare il caso; e se non c'è una norma sovrapponibile (né un diritto soggettivo da tutelare), il giudice deve arrendersi all'applicazione della norma interna³⁰.

Che altrimenti ne derivi un inaccettabile sacrificio della separazione dei poteri, risulta evidente se si considera che riconoscere l'ostacolo all'adeguatezza nella disciplina sul tetto massimo costituisce, a ben vedere, una *scelta* del giudice rimettente, discrezionale e arbitraria, e non un logico derivato dell'art. 325 TFUE. Perché non è il termine normale della prescrizione a impedire la tutela adeguata? Se esso fosse più lungo, anche

contare che laddove la Corte costituzionale ha ammesso tale ipotesi (sent. n. 32 del 2014), si parlava di successive depenalizzazioni (che hanno tutto un altro impatto sull'adeguatezza!) a fronte di obblighi europei di criminalizzazione, che erano invero utilizzati *strumentalmente*, per argomentare la reviviscenza della disciplina previgente ed evitare lacune di tutela. Cfr. V. MANES, L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. «Fini-Giovanardi»: gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2014, 10 ss.; MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 112; C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, fasc. 1, 201 ss.; ID., *Il diritto senza codice*, cit., 135 ss., 312 ss.

³⁰ Non che questo lasci l'Unione priva di uno strumento idoneo ad ottenere comunque la modifica della invero censurabile disciplina sulla prescrizione. Per tali evenienze tuttavia è prevista l'apposita procedura di infrazione *ex art.* 258 TFUE. In effetti, come rileva SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., 136 ss., il rinvio pregiudiziale non potrebbe mai avere ad oggetto la compatibilità di una norma nazionale con lo *standard* di adeguatezza, esame riservato proprio alla procedura d'infrazione. Autorevole dottrina sottolineava tuttavia già ai tempi della sentenza *Berlusconi e a.* una tendenza della Corte di giustizia ad espandere l'ambito operativo del rinvio pregiudiziale fino ad «invadere» quello della procedura d'infrazione; cfr. G. INSOLERA, V. MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul «falso in bilancio»: un epilogo deludente?*, in *Cass. pen.*, 2005, fasc. 9, 2774 ss.; più recentemente MANES, *La «svolta» Taricco*, cit., 6.

il tetto aumenterebbe proporzionalmente, e la frustrazione dei processi sarebbe ugualmente evitata; se esso non esistesse, la punizione sarebbe addirittura sempre possibile. Certo, si chiederebbe di rendere le frodi IVA imprescrittibili, ma è più o meno ciò che si ottiene anche con l'eliminazione del tetto massimo, poiché dopo ogni atto interruttivo essa ricomincia a decorrere da capo, garantendo *de facto* ad ogni fase del procedimento una durata massima pari all'intero termine prescrizione (che per la fattispecie più grave ammonta a 7 anni). E ancora, perché non si incolpa il collo troppo stretto del sistema di ingresso nella magistratura, posto che la lentezza della macchina giudiziaria è dovuta soprattutto al sovraccarico di lavoro di coloro che ricoprono i pochi posti disponibili?

Non c'è una norma che si sostituisca, ed allora si tratta di una scelta discrezionale relativa alla disciplina da applicare: ciò che è in palese contrasto col menzionato principio di separazione dei poteri³¹.

Il riconoscimento dell'efficacia diretta all'art. 325 TFUE presenta dunque almeno un altro profilo di incostituzionalità, che la Corte non ha tuttavia approfondito. Forse si tratta di un'arma segreta, forse è stato accantonato perché meno lampante e più complesso, forse esiste davvero la speranza di un ripensamento da parte della Corte di Giustizia. Più probabilmente, esiste una fiducia nella propria autorevolezza, capace di determinare un ricorso al rinvio pregiudiziale, da parte dei giudici comuni, d'ora in poi più oculato; d'altronde, chi può attivare lo *stargate* del 325 TFUE non è altro che il giudice comune. Sul piano dei rapporti con la Corte di Giustizia, infine, l'ordinanza segna indubitabilmente un momento di rottura, che tuttavia non pare insanabile: in questo senso, il non aver sviscerato subito l'incompatibilità intrinseca dei nuovi effetti diretti *ex* 325 TFUE con uno dei principi basilici del nostro ordinamento può leggersi come un'apertura, una possibilità di pace.

Altrimenti, le vie della primazia potranno anche essere infinite, ma una volta fatto ingresso nel nostro ordinamento, prima o poi, dovranno passare da Roma. E allora sarà la Corte costituzionale a decidere quali possano restare tracciate e quali no.

³¹ Nonché, come già rilevato alla nt. 26, una delle ragioni che rendono una norma europea incondizionata.

MICHELE CAIANIELLO

L'ORDINANZA DI RINVIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE
NEL CASO *TARICCO*: DIALOGO TRA SISTEMI
O CONFLITTO IDENTITARIO?

SOMMARIO: 1. L'incertezza sulle radici. – 2. Le critiche provenienti alla normativa italiana sulla prescrizione dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 3. L'attacco alla prescrizione operato dalla Corte di giustizia nel caso *Taricco*. – 4. Le critiche rivolte alla sentenza *Taricco* e le eccezioni di illegittimità costituzionale. – 5. Tentativi di armonizzazione per via ermeneutica. – 6. La nuova questione pregiudiziale sollevata dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 24 del 2017. – 7. Un *ultimatum* azzardato? – 8. Aggrappati all'identità nazionale.

1. *L'incertezza sulle radici*

Precarietà e incertezza sembrano affliggere, nei tempi recenti, la prescrizione del reato, in specie se la si osservi da una prospettiva sovranazionale o comparata¹: quelli che, sino a qualche anno fa, sarebbero stati considerati punti stabili, paiono oggi in forte discussione. L'incertezza colpisce innanzi tutto la natura dell'istituto, che fonti di diversa provenienza e livello collocano ora nell'ambito del diritto penale sostanziale, ora in quello processuale. Gli stessi studiosi, in alcuni lavori, ne tendono a ripensare la costruzione dogmatica, arrivando a proporre una divisione teorica della materia².

La mancanza di riferimenti saldi permea anche le fonti, e dunque aggredisce le fondamenta del principio di legalità, considerato come alcune recenti decisioni delle Corti di vertice, europee e italiane, abbiano aperto il varco a una manipolabilità dell'istituto per via casistica.

¹ Sul tema, per una analisi comparata, vale la pena segnalare lo studio di S. SILVANI, *Il giudizio del tempo. Uno studio della prescrizione del reato*, Bologna, 2009.

² Tra i contributi più recenti in tal senso, con riferimento al sistema italiano, P. FARAGUNA, P. PERINI, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, 204 s.; M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro di paradigmi*, in *Dir. pen. cont.*, 2 novembre 2016, 17-18. Ben prima, in generale, sulla natura processuale della prescrizione, cfr. G.P. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, New York, 1998, 12-13.

Sullo sfondo, si pone il problema, riconosciuto del resto dalla stessa Corte costituzionale con la recente ordinanza n. 24 del 2017, della tenuta del nostro sistema: forse, ancor prima, della sua identità, come l'abbiamo concepita e tramandata di generazione in generazione. Non v'è dubbio che, sul nodo della prescrizione, sia finito per incentrarsi il problema, a lungo andare ben più complesso, del rapporto tra diritto italiano e europeo: quest'ultimo, una sorta di *common law sui generis*³, mette in tensione, sino a condurli al punto di rottura, alcuni capisaldi ideologici e teorici del nostro ordinamento.

2. *Le critiche provenienti alla normativa italiana sulla prescrizione dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*

Il problema della “sostenibilità” della disciplina sulla prescrizione è emerso in tutta la sua evidenza a seguito delle pronunce delle Corti europee, che ripetutamente hanno posto in discussione alla radice la compatibilità delle nostre disposizioni normative rispetto agli obblighi assunti in ambito sovranazionale.

Se la più nota è quella del caso *Taricco*, deciso dalla Corte di giustizia UE, non bisogna dimenticare che le prime critiche mosse alla regolamentazione italiana della prescrizione siano provenute dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Il caso più risalente, *Alikaj c. Italia*⁴ (n. 47357/08), deciso dalla Seconda Sezione della Corte di Strasburgo nel 2011, vedeva l'Italia condannata per violazione dell'art. 2 CEDU (diritto alla vita). La previsione, come noto, è interpretata dalla Corte, del pari con altre disposizioni quali l'art. 3, come implicante un obbligo di tutela effettiva, cioè a dire un dovere in capo allo Stato contraente di criminalizzare adeguatamente e di punire in concreto le lesioni arrecate al diritto fondamentale coinvolto: la vicenda, nel caso di specie, concerneva l'omicidio di un ragazzo, Julian

³ A. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, 3rd ed., Antwerp, 2016, 10: «This brings us to the characterisation of European criminal law as a kind of *common law*, which is in its development similar to Anglo-Saxon common law» (corsivo nel testo). Vicino alle considerazioni riportate anche R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, 2^a ed. riveduta e ampliata, Milano, 2015, 69, che osserva: «Un ruolo centrale e strategico è giocato, infatti, dal formante giurisprudenziale» (corsivo nel testo).

⁴ Corte EDU, *Alikaj c. Italia*, 15 settembre 2011, n. 47357/08. V. tra i commenti A. BALSAMO, L. TRIZZINO, *La prescrizione del reato nel sistema italiano e le indicazioni della Corte europea: fine di un equivoco?*, in *Cass. pen.*, 2011, 2804-2812; A. MIGLIO, *L'Italia condannata per violazione del diritto alla vita a causa di indagini incomplete su una morte sospetta*, in *Leg. pen.*, 2011, 433-434.

Alikaj, colpito da colpi di arma da fuoco sparati da un agente di polizia mentre cercava di fuggire per sottrarsi all'ordine di fermarsi.

Il procedimento che ne seguiva si era concluso con il proscioglimento dell'imputato per prescrizione del reato, (ri)qualificato dalla corte d'assise come omicidio colposo. La Corte di Strasburgo, nel ritenere violato l'art. 2 CEDU per non aver apprestato l'ordinamento italiano una effettiva tutela penale, osservò (par. 99) che: «quando un agente dello Stato è accusato di atti contrari agli articoli 2 o 3, la procedura o la condanna non può essere resa caduca da una prescrizione e non può essere autorizzata l'applicazione di misure quali l'amnistia o la grazia» (corsivo nostro).

Successivamente, l'Italia venne condannata, in ragione del suo sistema in materia di prescrizione del reato, nel più noto caso *Cestaro* nel 2015⁵, questa volta in rapporto alla violazione dell'art. 3 CEDU. La Corte, applicò il medesimo presupposto già espresso in *Alikaj*, secondo il quale la tutela contro la tortura e i trattamenti inumani e degradanti impone a un ordinamento nazionale di assicurare, *con tutti i mezzi di cui dispone, una reazione adeguata* avverso i fatti che ledano quei diritti fondamentali, tanto sul piano normativo quanto su quello giudiziario. Nuovamente la censura tornò a incentrarsi sulle previsioni in materia di prescrizione (par. 208): «*Au demeurant, l'application de la prescription devrait être compatible avec les exigences de la Convention. Il est dès lors difficile d'accepter des délais de prescriptions inflexibles ne souffrant aucune exception* (Mocanu et autres c. Roumanie [GC] n. 10865/09, 45886/07 et 32431/08, § 326 CEDH 2014)».

Il passaggio citato appare indubbiamente suggestivo, dal momento che, attraverso le parole espresse dai giudici di Strasburgo, sembra trapelare l'idea di eccezioni *ad hoc*, stabilite dal magistrato giudicante volta per volta nei casi limite: meglio insomma previsioni normative “flessibili” piuttosto che disposizioni rigide (*inflexibles*).

3. *L'attacco alla prescrizione operato dalla Corte di giustizia nel caso Taricco*

Nel contesto delineato, interviene, pochi mesi dopo il caso *Cestaro*, la sentenza *Taricco* della Corte di giustizia dell'Unione europea. Vista in

⁵ V. Corte EDU, sez. IV, sent. 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia* (n. 6884/11). Si vedano i commenti di F. VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2015; F. CASSIBBA, *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola 'Diaz-Pertini'*, *ivi*, 27 aprile 2015.

sequenza, rispetto alle decisioni adottate dalla Corte di Strasburgo, la sua portata appare, quanto al ragionamento che vi è condotto, meno dirimpente, o se non altro non poi così innovativa⁶. Sebbene le parole usate siano lievemente diverse, il nucleo della questione è il medesimo. Alcuni interessi essenziali – nel caso della UE, gli interessi che concernono le finanze dell’Unione – devono essere protetti attraverso sanzioni «efficaci, proporzionate e dissuasive» (punto di partenza ripreso costantemente, fin dalla decisione sul c.d. “mais greco”⁷). Simile locuzione implica una triplice conseguenza: un sistema normativo formale adeguato, cioè a dire, disposizioni sostanziali anche di tipo penale⁸, idonee a esercitare un effetto deterrente e retributivo; una organizzazione istituzionale, nel suo complesso, all’altezza del compito (che non risulti, in altre parole, già sul piano strutturale impossibilitata a far fronte alla domanda di giustizia concernente gli illeciti che possano intaccare gli interessi dell’Unione); da ultimo, una azione giudiziaria in concreto, vale a dire esplicita nel caso singolo, capace di tutelare efficacemente, anche sul piano penale, quegli interessi che si postulano vitali per la sussistenza dell’ordinamento sovranazionale. A ben vedere, il concetto è molto vicino a quello espresso dalla Corte EDU nell’elaborare la teoria degli obblighi di tutela: anche i giudici di Strasburgo, infatti, pretendono, in nome degli artt. 2 e 3 CEDU, una reazione proporzionata e dissuasiva – tanto sul piano normativo che su quello del *law enforcement* – al fine di proteggere in concreto diritti fondamentali quali la vita o la dignità umana.

⁶ Occorre tuttavia rimarcare come l’attacco alle regole sulla prescrizione segni un punto di svolta all’interno della stessa giurisprudenza della Corte di giustizia, che in passato era parsa adottare in materia un approccio diverso: il riferimento è al caso *Gasparini* (Cfr. Corte giust., 28 settembre 2006, causa C-467/04), in cui la Corte di giustizia aveva recepito la specificità della disciplina portoghese rilevante nel caso coinvolto, che attribuiva natura sostanziale al regime della prescrizione, finendo per riconoscere l’efficacia preclusiva di giudicato ad una sentenza di “assoluzione definitiva per prescrizione”.

⁷ Per riferimenti alla nota vicenda (Corte giust., 21 settembre 1989, *Commissione c. Repubblica ellenica*, causa n. 68/1988), cfr. A. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, cit., 72-75. Non a caso l’Autore esamina la pronuncia sul caso *Taricco* in continuità con il precedente sul mais greco.

⁸ È questa la vera novità dovuta al Trattato di Lisbona rispetto all’assetto previgente. Come noto, la possibilità di pretendere dagli Stati membri l’adozione di norme penali a tutela del budget dell’Unione costituisce una novità, rispetto all’omologo testo previgente, introdotta con l’art. 325 TFUE. Sul punto cfr., senza pretesa di completezza, A. KLIP, *European Criminal Law*, cit., 185-195; A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell’Unione europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 27 ottobre 2011, 1 s. (in particolare 26); C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 326-346.

Il postulato iniziale di *Taricco*, in sintesi, non è originale né quanto alla giurisprudenza della Corte di giustizia, dal momento che la pretesa di interventi sanzionatori sia strutturali che specifici è risalente di ormai tre decenni, né se ci si confronti con il contesto sovranazionale, trovando riscontri tanto nel *case law* della Corte EDU quanto nelle previsioni dello Statuto della Corte penale internazionale. Il dato non deve stupire, giacché è del tutto ovvio che le istituzioni sovranazionali si pongano primariamente l'obiettivo della effettività, pretendendo uno sforzo concreto e costante da parte degli Stati parte. L'effettività è, da un lato, elemento giustificativo imprescindibile per l'esistenza dell'ordinamento sovraordinato (altrimenti, che ragione vi sarebbe di mantenerlo in vita?). Dall'altro, implica il costante impegno degli Stati, gli unici che dispongano degli strumenti di *law enforcement* e che possano assicurare risultati sul piano concreto.

L'originalità della pronuncia della Corte di giustizia è dunque da ricercare altrove: in primo luogo, nell'ambito prescelto – la materia penale⁹; in secondo, nella soluzione adottata, dal momento che i giudici di Lussemburgo, quasi facendo propri gli stimoli provenienti dalle pronunce sui casi *Alikaj* e *Cestaro* a escogitare rimedi flessibili, in un caso legittimano e nell'altro impongono al giudice nazionale di non tener conto dei limiti temporali posti al termine prorogato di prescrizione. Il potere di superare il termine finale previsto dalla legge opererebbe di fronte a frodi gravi che ledano gli interessi finanziari dell'Unione in un numero considerevole di casi; il dovere, invece, di applicare un termine prescrizione di fatto non soggetto a perenzione, una volta intervenuto l'atto interruttivo, opererebbe poi in particolare nei casi in cui la regiudicanda coinvolga una associazione finalizzata alla frode fiscale: in ipotesi di questo genere, il giudice nazionale sarebbe sottoposto all'obbligo di estendere ad esse il regime temporale previsto dall'ordinamento italiano per le associazioni finalizzate al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-*quater* d. P. R. 23 gennaio 1973, n. 43). A giustificazione di questo obbligo, in capo al giudice nazionale si pone il dovere di tutela equivalente, prescritto dal par. 2 dell'art. 325 TFUE, ove siano in gioco lesioni assimilabili, quanto a gravità e modalità di perpetuazione, a beni nazionali ed europei.

⁹ Stigmatizza la scelta, con osservazioni fortemente critiche, D. NEGRI, *Il dito della irretrattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale*, in C. PAONESSA, L. ZILLETTI (a cura di), *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, 72-73.

4. *Le critiche rivolte alla sentenza Taricco e le eccezioni di illegittimità costituzionale*

Le reazioni del nostro ordinamento a seguito della pronuncia sul caso *Taricco* sono state, prevalentemente, di disapprovazione (sebbene si riscontrino alcune decisioni che hanno dato corso, talora con soluzioni inquietanti¹⁰, al nuovo potere del giudice di non applicare la disciplina dei termini di prescrizione prevista dal codice penale¹¹). Certamente critica, in modo preponderante, è stata la dottrina, che ha visto nella sentenza della Corte di Lussemburgo una aggressione al principio di legalità penale sostanziale, sotto quasi tutti i profili che lo connotano¹². In primo luogo, la legalità ne uscirebbe vulnerata ribaltando il rapporto tra il giudice e la legge, dal momento che i parametri così vaghi espressi nel *dictum* della Corte si presterebbero a una attuazione, in sede nazionale, che di fatto sostituirebbe le previsioni legali: sarà il giudice, *ex post*, di volta in volta, a dover stabilire se ci si trovi di fronte a un caso grave, rappresentativo di un insieme di violazioni di numero considerevole, capace di ledere gli interessi finanziari dell'Unione¹³. Nel silenzio della sentenza, e nel vuoto normativo creato all'interno dell'ordinamento italiano, criteri talmente generici troveranno oltretutto applicazioni disomogenee, così finendosi per ledere altresì il principio di uguaglianza di trattamento tra i cittadini. Inoltre, la diretta applicabilità del metodo *Taricco* ai processi in corso si pone in contrasto con il divieto di retroattività *in peius* della legge penale, dal momento che fatti per i quali la legge avrebbe previsto un lasso temporale limitato, al fine del maturare della prescrizione, si troveranno a essere sottoposti a un regime di prescrizione *sine die* – ove ci sia stato un atto interruttivo¹⁴. Infine, la legalità finisce per essere intolle-

¹⁰ Il riferimento è alla sentenza Cassazione, sez. II, sent. 11 febbraio 2016, n. 15107, in *Dir. pen. cont.*, 5 luglio 2016, con nota di S. BERNARDI, *Prescrizione e strage alla luce del diritto europeo: una nuova problematica sentenza della Cassazione*.

¹¹ Quanto alle pronunce della Cassazione, diversa da quella richiamata alla nota precedente, che hanno, in un modo o nell'altro dato corso alla sentenza *Taricco* della Corte di Giustizia, si vedano Cass., sez. III, sent. 15 settembre 2015, n. 2210; Cass., sez. IV, sent. 25 gennaio 2016, n. 7914; Cass., sez. IV, sent. 7 giugno 2016.

¹² Sui diversi commenti alla sentenza della Corte di giustizia, si rinvia ai riferimenti contenuti in M. CAIANIELLO, *Dum Romae (et Brucsellae) consulitur... Some considerations on the Taricco Judgement and Its Consequences at National and European Level*, 1 s.; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2017 (in particolare gli autori citati alla nt. 2).

¹³ Così, giustamente, A. CAMON, *La torsione d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, 7.

¹⁴ Su questi riferimenti si rinvia, ampiamente, a V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016, 1 s.

tabilmente compromessa sotto l'aspetto della riserva di legge, dal momento che il trattamento peggiorativo, quand'anche lo si applicasse *pro futuro*, ai soli fatti commessi successivamente alla sentenza europea, sarebbe dovuto a una decisione giudiziale, e non a una legge.

Senza contare, si è anche osservato, che la questione sulla natura della prescrizione – sostanziale o processuale – non sarebbe dirimente, quanto al problema della recepimento della sentenza della Corte europea, dal momento che, da un lato, l'istituto ha trovato da plurimi decenni inquadramento teorico e giurisprudenziale nell'alveo del diritto sostantivo, nella tradizione giuridica italiana, e che, ad ogni modo, il principio di legalità, secondo l'art. 111 Cost., permea anche il diritto processuale penale¹⁵: ciò proprio al fine di evitare che, attraverso una procedura connotata da soluzioni flessibili e *à la carte* si possa eludere la stretta legalità, che sempre deve porsi a tutela contro il potere di punire.

In un contesto del genere, era inevitabile che il mondo penalistico italiano giungesse a invocare la teoria dei controlimiti, individuando nel caso *Taricco* un attacco alle fondamenta del sistema¹⁶: da qui le eccezioni di illegittimità costituzionale, sollevate in relazione alla ratifica del Trattato di Lisbona, nella misura in cui esso consentirebbe di dare attuazione alle sentenze della Corte di giustizia, anche in materia penale, così compromettendo irrimediabilmente il principio di legalità sotto diversi profili¹⁷.

5. Tentativi di armonizzazione per via ermeneutica

Non sono mancate voci dissenzienti tra gli studiosi, volte a ricondurre a ragionevolezza per via interpretativa la pronuncia della Corte di giustizia. In particolare, si è provato “salvare” la sentenza *Taricco* ragionando sulla natura processuale della prescrizione prorogata¹⁸ in seguito

¹⁵ S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 2016, 362 s.

¹⁶ Così, tra gli altri, D. PULITANO, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, 233.

¹⁷ La Corte di Appello di Milano, come noto, ha sollevato questione solo in relazione al principio di riserva di legge *ex art. 25 comma 2 Cost.* (Corte d'Appello di Milano, sez. II, 18 settembre 2015, De Bortoli e al., in *Dir. pen. cont.*, 21 settembre 2015, con nota di F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, 1 s.); la Sezione III della Cassazione ha sollevato questione in relazione agli artt. 3, 11, 25 comma 2, 27 comma 3 e 101 comma 2 della Costituzione (Cass., sez. III, 30 marzo 2016, n. 28346, *ivi*, 31 marzo 2016).

¹⁸ P. FARAGUNA, P. PERINI, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza “Taricco” alla prova dei controlimiti*, cit., 212-213.

all'atto interruttivo. In questo approccio, non privo di efficacia, si dovrebbe separare il termine originario di prescrizione, certamente appartenente al diritto sostantivo, da quello cagionato dall'interruzione, che invece avrebbe identità processuale, trovando ragione ideale e causa giuridica in un atto del procedimento. Ne conseguirebbe che il principio di legalità penale consacrato dall'art. 25 comma 2 Cost. non potrebbe dirsi posto in tensione dalla decisione della Corte di Lussemburgo: questo infatti interferirebbe soltanto con la proroga della prescrizione successiva alla interruzione, senza alterare il termine di estinzione originario.

Si tratta di una tesi certamente di rilievo, ma forse non decisiva per trovare una via d'uscita ai numerosi problemi posti dalla pronuncia proveniente da Lussemburgo.

Di essa è da apprezzare lo sforzo di separare il *coté* processuale della prescrizione da quello sostanziale. Che l'istituto abbia una natura anfibia e controversa, al confine tra diritto e processo, è riconosciuto da più parti¹⁹ (per tacere del fatto che, nel panorama comparato, l'ordinamento italiano è uno dei pochissimi a non attribuire alla materia natura processuale²⁰). Ipotizzare che la tutela tipica del diritto sostantivo si limiti alla individuazione e al decorso del periodo di tempo originario, e che quello supplementare, cagionato dalla interruzione, vada ricondotto al diritto processuale è proposta meritevole di considerazione (e forse anche di accoglimento). Del resto, le obiezioni principali che si muovono contro di essa è che l'art. 25 comma 2 Cost. abbraccerebbe uno spazio più ampio del solo diritto sostanziale, se con esso ci limitiamo alle previsioni con le quali si definisce il reato e si determina la pena, allargando la propria sfera di protezione a tutti gli ambiti attraverso i quali si espliciti il potere di punire: in parole semplici, ove sia in gioco la punibilità – in senso ampio – là opererebbe la tutela della legalità prevista dalla disposizione costituzionale²¹.

¹⁹ Si veda, tra gli altri, D. NEGRI, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale*, cit., 70; B. ROMANO, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, 84-85; D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, 21; F. VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3/2013, 26.

²⁰ Sotto questo profilo si rinvia alla analisi comparata condotta da S. SILVANI, *Il giudizio del tempo. Uno studio della prescrizione del reato*, cit., 294 s.

²¹ Tesi da lungo tempo applicata anche all'istituto della prescrizione, e confermata in modo costante dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Sul punto sia consentito il rinvio alle considerazioni sviluppate in M. CAIANIELLO, *Dum Romae (et Brucsellae) consulitur*, cit., 12-13 e alle decisioni giurisprudenziali ivi riportate. Si rinvia inoltre ai provvedimenti menzionati dalla stessa Corte costituzionale nella ordinanza n. 24 del 2017, di cui si dà conto nel successivo paragrafo.

Non è questa la sede per prendere posizione su un tema così vasto. Basti osservare, quanto alla critica mossa alla tesi esposta, che essa in sé non smentisce la natura di confine della prescrizione, a cavallo tra diritto e procedura. Tuttavia, anche prendendo per buona la proposta avanzata – separare i principi regolanti il tempo trascorso dalla commissione del fatto da quelli relativi al tempo decorrente dall'atto interruttivo – non si risolvono gli altri problemi sollevati dalla *Taricco*: in particolare, rimane lo scoglio del rapporto tra il giudice e la legge e del rispetto del principio di uguaglianza, compromessi dal parametro di estrema vaghezza costituito dalla verifica sulla gravità della frode e dal rischio di impunità in un numero considerevole di casi.

La soluzione più convincente, tra quelle elaborate per conciliare i principi vigenti nel nostro ordinamento con le indicazioni estrapolabili dalla controversa decisione della Corte di Lussemburgo, appariva quella di scindere la sentenza europea in due componenti: così facendo, una parte del provvedimento sarebbe risultata direttamente applicabile senza operazioni creative da parte dell'organo giudicante nazionale; l'altra, al contrario, sarebbe rimasta non recepitibile dall'ordinamento²². Quanto al primo ordine contenuto nella sentenza, passibile di applicazione senza sollevare difficoltà, esso avrebbe riguardato il termine prescrizione da calcolare, ove vi fosse stata interruzione, per i reati associativi finalizzati alla commissione di frodi IVA. Per essi, dovendosi attuare il principio della tutela equivalente, avrebbe dovuto, d'ora innanzi, valere il regime temporale previsto dall'art. 51 comma 3-ter c.p.p. per l'associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi. Sarebbe rimasto sì il problema di non vulnerare la posizione dell'imputato, attraverso una applicazione diretta della modifica *in peius* ai processi pendenti: ma tale obiettivo avrebbe potuto essere raggiunto, come detto, dando corso al nuovo assetto per i fatti commessi successivamente alla adozione della sentenza da parte della Corte di giustizia (cioè a partire dal 9 settembre 2015). Una soluzione del genere avrebbe ricondotto a certezza e chiarezza l'assetto normativo *a priori*, rispetto alla commissione del fatto penale, in armonia con il principio di legalità *ex art. 25* comma 2 Cost. Sarebbe forse rimasto il problema della riserva di legge, dal momento che la modifica alle regole nazionali avrebbe trovato causa in una decisione giudiziale: tuttavia, si sarebbe potuto obiettare, la sentenza europea non avrebbe introdotto di per sé una previsione normativa nuova; piuttosto avrebbe consentito al giudice nazionale di estendere a certi tipi di frode

²² E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, 223-226.

IVA – quelle commesse attraverso la struttura del reato associativo – una disposizione legislativa già operante per reati che ledano interessi nazionali comparabili con quelli cari alla UE.

La parte della decisione da considerare inattuabile sarebbe invece stata costituita dal dovere di disapplicare la normativa interna «nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea». Del resto, la sentenza europea stessa sarebbe parsa aprire a questa possibilità, nella parte in cui riconosce che spetti al giudice nazionale «assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati» di modo da evitare che gli imputati possano «vedersi infliggere sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggiti in caso di applicazione delle suddette disposizioni di diritto nazionale».

In effetti, va messo bene in evidenza, questa parte della sentenza *Taricco* appare criticabile anche quanto al presupposto di base, al contrario del passaggio fondato sull'art. 325 par. 2 TFUE. Infatti, l'obbligo di punire in maniera effettiva le violazioni all'IVA, in quanto imposta "europea", non può dirsi, con tutti gli sforzi di immaginazione possibili, un precetto individuabile *a priori* dalla lettura dell'art. 325 par. 1 TFUE, che, nella sua genericità e indeterminatezza, esprime un principio generalissimo, dal quale possono estrapolarsi un numero aperto di doveri analoghi: come in questa occasione il discorso della Corte di giustizia si è incentrato sull'IVA, in futuro potrebbe riproporsi per altri ambiti, tutti riconducibili alla previsione generale dell'art. 325.

Senza contare che la sentenza della Corte di Lussemburgo sconta il sospetto, più che fondato, di aver voluto trarre spunto da un ricorso privo di solide fondamenta – quello presentato dal g.i.p. presso il Tribunale di Cuneo – per pungolare il legislatore UE, da diversi mesi incapace di trovare la forza politica per includere i reati in materia di IVA tra quelli oggetto di uniforme disciplina nella nuova direttiva in materia di protezione degli interessi finanziari dell'Unione²³.

6. *La nuova questione pregiudiziale sollevata dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 24 del 2017*

Nel contesto di tensione sin qui delineato è intervenuta la decisione della Corte costituzionale, alla fine del gennaio 2017²⁴. Con l'ordinanza

²³ M. CAIANIELLO, *Dum Romae (et Brucsellae) consulitur*, cit., 6 e 9-10.

²⁴ Se ne vedano i primi commenti: C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Eurojus.it*, 29 gennaio 2017;

n. 24 il giudice delle leggi ha adottato una soluzione intermedia, tra le opzioni estreme ipotizzabili (accogliere le questioni sollevate, applicando la dottrina dei controllimiti, o rigettarle in via interpretativa). La via intrapresa è dunque quella della nuova questione pregiudiziale promossa, ex art. 267 TFUE, per instaurare un dialogo proficuo con i giudici del Kirchberg. Le motivazioni espresse, tuttavia, e il tenore dei quesiti sottoposti alla Corte di giustizia, non appaiono tali da far presumere una intesa agevole, tra le posizioni in campo.

In estrema sintesi, partendo dalla constatazione che nel sistema italiano la prescrizione è ricondotta sotto la protezione del principio di legalità penale sostanziale ex art. 25 comma 2 Cost., i giudici costituzionali dubitano della compatibilità tra quanto disposto con la sentenza *Taricco* dalla Corte UE e i limiti fondamentali che caratterizzano l'ordinamento nazionale. In particolare, tre sono i punti che richiederebbero chiarimento: se l'art. 325 TFUE, par. 1 e 2, come interpretato nella sentenza *Taricco*, possa imporre al giudice nazionale l'applicazione di criteri privi di sufficiente determinazione (in particolare, di non dar corso al termine finale della prescrizione prorogata a fronte di violazioni gravi degli interessi finanziari dell'Unione ricorrenti in un numero considerevole di casi); se poi simile dovere di dar prevalenza al diritto UE permanga anche ove la prescrizione del reato sia, per lunga e consolidata tradizione, parte del diritto penale sostanziale e soggetta ai suoi tipici principi; infine, se il dovere di cedere di fronte al diritto sovranazionale permanga, a parere della Corte di giustizia, anche nel caso in cui così facendo si finiscano per travolgere i principi supremi dell'ordine costituzionale o i diritti inalienabili da esso riconosciuti.

Nella parte motiva dell'ordinanza, oltre a porre in luce la natura sostanziale della prescrizione e la portata dell'art. 25 comma 2 Cost., la Corte costituzionale evidenzia alcuni elementi che potrebbero risolvere un contrasto così profondo: da un lato, come del resto non si era mancato di far notare già prima, che i giudici europei sembrano lasciare un margine di apprezzamento ai giudizi nazionali quanto al rispetto dei diritti fondamentali dell'interessato. In altre parole, il dovere di non applicare le previsioni interne e di dar corso direttamente all'art. 325 TFUE

C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2017; O. POLLICINO, M. BASSINI, *When cooperation means request for clarification, or better for "revisitation". The Italian Constitutional Court request for a preliminary ruling in the Taricco case (C. cost., decision No. 24 of 26 January 2017)*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2017; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco". Note minime all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017.

come interpretato dalla sua Corte non opererebbe ove ciò possa comportare una violazione dei diritti primari dell'imputato: giudizio, quest'ultimo, che spetterebbe al magistrato giudicante dello Stato membro. In tal caso, osservano i remittenti, non vi sarebbe motivo di contrasto²⁵. Dall'altro, la Corte italiana chiede di verificare se le modifiche apportate dal legislatore ai termini di durata della prescrizione con la legge n. 148 del 2011 (attuativa del d.l. 138 del 2011, art. 2, comma 36-*vicies semel* lett. l) siano tali da porre fine al conflitto con le fonti UE: i nuovi termini, allungati in maniera non indifferente, non farebbero più ipotizzare un rischio strutturale di impunità delle frodi gravi in un numero consistente di casi.

Allargando il campo, si potrebbe rilevare che altre novità normative, avvicinandosi nel tempo, siano tali da far ritenere superato il problema: si pensi all'art. 13 del d.lgs. n. 74 del 2000, riformulato recentemente con la riforma del diritto penale tributario (d.lgs. n. 150 del 2015) in modo da accelerare e semplificare i procedimenti instaurati per le violazioni meno gravi all'IVA (e alle imposte sui redditi). L'effetto estintivo del reato provocato dal pagamento del debito prima dell'avvio del dibattimento infatti consentirebbe, da un lato, un risparmio di risorse per l'organizzazione giudiziaria (consentendo di chiudere velocemente il caso); dall'altro, di concentrare gli sforzi sulle violazioni gravi legate ai comportamenti fraudolenti (così assicurando un contrasto più efficace avverso queste forme di criminalità). Forse poi la Corte UE potrebbe valorizzare, ove ritenesse di non protrarre la situazione di conflitto, l'allungamento dei termini per l'accertamento tributario (e l'irrogazione della relativa sanzione) stabilito sin dal 2006 con il c.d. "decreto Bersani". Grazie ad esso, infatti, il tempo necessario per accertare la violazione tributaria e punirla è raddoppiato ove dall'illecito emerga una notizia di reato, a prescindere da come si concluda il procedimento penale che ne sia originato: in parole semplici, l'amministrazione finanziaria gode di un tempo doppio rispetto all'ordinario per reprimere gli illeciti tributari ove sia stata riscontrata una *notitia criminis*, senza che rilevi se poi in sede penale il caso sia stato archiviato (o si sia concluso con una sentenza di proscioglimento)²⁶. Anche questo elemento, se ben chiarito, potrebbe forse indurre i giudici europei a ritenere sufficiente la reazione sanzionatoria predisposta dal-

²⁵ In concreto, ne discenderebbe, con riferimento al nostro ordinamento, la "dottrina Taricco" non potrebbe trovare attuazione, per contrasto non risolvibile per via interpretativa con l'art. 25 comma 2 Cost.

²⁶ Sul tema cfr. M. CAIANIELLO, *Tempi dell'accertamento tributario in presenza di una notizia di reato. Un commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 247 del 2011*, in *Giur. delle imposte*, 2012, vol. 4, 1-17.

l'ordinamento italiano per le violazioni all'IVA – nella prospettiva dell'art. 325 TFUE – in specie se consideriamo la “colorazione penale” tradizionalmente attribuita dalle Corti europee alle sanzioni tributarie²⁷.

7. *Un ultimatum azzardato?*

Se dunque la Corte costituzionale mostra, con la scelta di sollevare una nuova questione pregiudiziale, l'intento di non consumare una rottura del dialogo con l'ordinamento UE, limitandosi a paventare il rischio di ricorrere ai controlimiti, senza effettivamente porli in essere, non può farsi a meno di rimarcare come le argomentazioni usate nel provvedimento di rinvio aprano la strada a qualche critica, così come i quesiti specificamente rivolti ai giudici di Lussemburgo. Infine, a non convincere del tutto è anche la scelta di carattere politico che con la decisione intervenuta sembra trasparire.

Quanto ai quesiti, non persuade innanzi tutto l'aver rimesso alla Corte di giustizia in maniera così aperta il nodo dei controlimiti, lasciando sul punto – in apparenza – l'ultima parola ai giudici europei. Come è stato osservato, mai prima d'ora era stato richiesto alla Corte UE di esprimersi in maniera così netta su una dottrina che è stata tutta concepita in ambito nazionale. Ma al di là della novità, non convince l'effetto che si produce, consistente nel porre la Corte europea davanti alla alternativa secca tra il recedere dalle proprie posizioni, facendo “un passo indietro” o confermarle (così innescando una crisi strutturale, posto che a quel punto sarebbe impossibile per la Corte costituzionale riconoscere un qualche effetto al diritto UE nell'ambito trattato). Più che coraggiosa, la mossa appare azzardata: in pratica, si rimette all'interlocutore la scelta se andare allo scontro. Opzione, quest'ultima, che finirebbe per danneggiare gravemente entrambe le istituzioni (nonché i rispettivi ordinamenti di riferimento). Meglio sarebbe stato, proprio volendo mantenere viva la teoria dei controlimiti, darla per scontata, affermando come ovvio che il diritto UE non possa spingersi a valicare quei confini (che solo il giudice nazionale può individuare, senza doverli negoziare o rimettere ad altri).

²⁷ La questione è di certo aperta, dopo la sentenza sul caso *A e B v. Norvegia* dell'ottobre 2016 adottata dalla Corte EDU. Di certo, pur con tutti i dubbi del caso, ne rimane confermato il dovere, per i legislatori nazionali, di adottare sistemi punitivi integrati, pur non potendosi automaticamente dire in violazione del *ne bis in idem* la doppia punizione, tributaria e penale. Sulla sentenza (Corte EDU, Grande Camera, sent. 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, ric. n. 24130/11 e 29758/11) cfr. F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016.

Che del resto la individuazione dei limiti invalicabili per le fonti normative extranazionali spetti solo alle corti statuali è considerazione scontata, dal momento che solo da chi incarna l'ordinamento nazionale può essere tracciata l'esatta linea di confine oltre la quale non può spingersi l'alterazione dei connotati nel sistema giuridico dello Stato.

Quanto agli argomenti, lascia perplessi l'aver, da un lato, accomunato le due violazioni riscontrate dalla Corte di giustizia con la sentenza *Taricco* del 2015 (il contrasto cioè con il par. 1 e il par. 2 dell'art. 325 TFUE); dall'altro, l'aver circoscritto il principio di legalità alla sola tassatività (la «base legale sufficientemente determinata»)²⁸. Se così è, sarebbe stato più coerente recepire la tesi di chi aveva suggerito di scindere il problema della durata della prescrizione per i reati associativi finalizzati alle frodi IVA dalle altre ipotesi di frodi gravi lesive degli interessi economici UE in un numero considerevole di casi²⁹. Per i primi, come visto, avrebbe già operato il termine disposto dal legislatore per le associazioni finalizzate al contrabbando: soluzione che certo non manca di chiarezza e precisione, e che – applicata per i soli fatti commessi posteriormente alla sentenza della Corte di Lussemburgo – non avrebbe cagionato conseguenze retroattive sfavorevoli per gli imputati³⁰. Ciò fatto, sarebbe rimasta eventualmente da chiarire la portata delle definizioni più generiche (i più volte evocati casi gravi e ricorrenti in numero considerevole). Anche se, a ben vedere, in merito a queste ultime avrebbe forse avuto più senso rigettare la questione in via interpretativa, osservando come definizioni di tale indeterminatezza si pongano in contrasto irrimediabile con il principio di legalità e con i diritti fondamentali «degli interessati» garantiti dalla Costituzione (sui quali, come visto, la sentenza lasciava un margine di apprezzamento all'interprete). In alternativa, ci si sarebbe potuti spingere ad affermare che le modifiche normative intervenute nel frattempo ad opera del legislatore nazionale in campo penale tributario abbiano reso non più attuale il contrasto.

Posta invece di fronte a questioni che mettono alla radice in discussione ogni osservazione svolta nella sua precedente sentenza, la Corte di giustizia dovrà scegliere se andare allo scontro o umilmente ritrattare le considerazioni espresse a suo tempo: magari affermando che la natura processuale della prescrizione è conclusione valida ai soli sensi dell'art. 49 della Carta dei diritti UE, non intaccando la natura dell'istituto se-

²⁸ Così facendo, rimane irrisolto sullo sfondo il tema della riserva di legge. Sul tema, si veda il recente contributo di G. PANEBIANCO, *La variabile consistenza delle garanzie penali nella politica criminale europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1724 s.

²⁹ Così E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale*, cit.

³⁰ Così anche A. CAMON, *La torsione d'un sistema*, cit., 4.

condo l'ordinamento italiano (ma non lo stava, per l'appunto, giudicando incompatibile con il sistema europeo?); oppure, accedendo al principio della tutela superiore predicato dall'art. 53 della Carta, secondo il quale nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione dalle costituzioni degli Stati membri: sul punto va riconosciuto lo sforzo argomentativo profuso dalla Corte costituzionale, volto conciliare la soluzione caldeggiata con il potenziale contrasto che potrebbe apparire rispetto alle scelte operate nel noto caso *Melloni*. Tuttavia, anche quest'ultimo distinguo proposto dal giudice delle leggi non è tale da superare qualsiasi ostacolo, posto che, come è stato osservato, secondo il consolidato orientamento della Corte di Lussemburgo, anche quando il legislatore nazionale operi nell'esercizio di una sua esclusiva competenza è comunque tenuto a rispettare il diritto dell'Unione³¹.

Senza contare che il raffronto con la sentenza *Melloni* rischia di aprire la porta ad un pericoloso ragionamento *a fortiori*: se il limite della maggiore tutela apprestata dall'ordinamento statale *ex art. 53 CDFUE* non opera nel settore del mutuo riconoscimento e della cooperazione giudiziaria – perché potrebbe comprometterne l'efficacia – a maggior ragione ciò dovrebbe valere per il settore della tutela degli interessi finanziari UE. Infatti, l'area coperta dall'art. 325 TFUE può essere considerata di interesse almeno equivalente, ma più probabilmente superiore, rispetto a quella relativa alla cooperazione giudiziaria, disciplinata dall'art. 82 TFUE. In questa, in fondo, il diritto dell'Unione si limita a predisporre una rete di previsioni normative a supporto degli ordinamenti nazionali, titolari principali dei beni giuridici per i quali viene promossa la pretesa (o la potestà) punitiva. Viceversa, gli interessi finanziari dell'Unione ne costituiscono il cuore vitale, la cui aggressione colpisce in via primaria l'istituzione sovranazionale. Qui, sembra dirci implicitamente la sentenza *Taricco*, si ribalta l'ordine descritto in precedenza: sono gli Stati ad agire in nome della tutela degli interessi propri dell'Unione. Una conferma in tal senso potrebbe trarsi dalle fonti normative che, ai sensi del Trattato, l'UE può adottare per proteggere il proprio budget: l'art. 325 TFUE, infatti, consente di fare ricorso al regolamento, quando invece nel settore della cooperazione giudiziaria *ex art. 82* sono consentite soltanto le direttive; ancora, la tesi qui paventata pare avvalorata dalla disciplina del c.d. "freno di emergenza", con il quale gli Stati, qualora siano coin-

³¹ In tal senso C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Eurojus.it*, 29 gennaio 2017.

volti aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale, possono sospendere la procedura legislativa in corso e investire il Consiglio della questione: simile opzione risulta praticabile solo per le materie coinvolte dall'art. 82, mai invece per quelle rientranti negli interessi protetti dall'art. 325 TFUE, a conferma che in questo settore lo spazio politico e giuridico riconosciuto agli Stati è considerevolmente ridotto.

8. *Aggrappati all'identità nazionale*

In definitiva, l'ordinanza n. 24 del 2017, pur apprezzabile nella misura in cui si sforza di aprire un dialogo con la Corte di giustizia, appare criticabile per alcuni argomenti utilizzati, e per la posizione da ultimo assunta, con la quale sembra lasciare poco spazio per specificazioni e aggiustamenti al proprio interlocutore.

La sensazione è che il caso *Taricco* abbia scosso nel profondo le sensibilità nazionali, tanto sul piano pratico, quanto su quello ideale. In riferimento al primo aspetto, l'aver messo in discussione in maniera così radicale l'assetto della prescrizione fa emergere in tutta la sua evidenza l'inefficienza dell'ordinamento penale italiano. Al suo interno, infatti, l'istituto di cui si discute è ormai rimasto l'unico strumento in grado di rendere, a modo suo, sostenibile il sistema, posta l'abdicazione evidente a qualunque serio programma di depenalizzazione e l'impossibilità politica di ricorrere a leggi di amnistia, a seguito della riforma dell'art. 79 Cost. Sulla ristrutturazione della materia, anche in riferimento alla sua collocazione ideale (separando, da un lato, il tempo dell'oblio e, dall'altro, quello del tempo ragionevole per celebrare il processo) pendono da almeno quattro lustri proposte meritevoli di essere coltivate, senza che si riesca a trovare una sintesi adeguata. In un quadro simile, l'estinzione del reato per prescrizione rimane, per come è regolato, uno strumento del quale parlar male ma far uso costante: utile alla magistratura, per giustificare di volta in volta scelte prioritarie (continuando a lamentare carenze di organico e di risorse); utile alla difesa, per la quale rappresenta pur sempre uno legittimo obiettivo da perseguire.

Quanto poi alla strada italiana al diritto penale, idealmente intesa, la vicenda in esame ne pone in discussione la conciliabilità con le pulsioni sovranazionali. A un approccio fortemente formalistico e ancorato prevalentemente al dato testuale della legge fa da contraltare, in sede europea, un approccio empirico³², fondato su valori da proteggere e attuare

³² Si vedano sul tema le considerazioni su questo tema di R.E. KOSTORIS, *Equità, processo penale, diritto europeo. riflessioni di un giurista di civil law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1653 s.

in concreto (la tutela effettiva di diritti sostanziali e processuali), se necessario, nell'inerzia del legislatore, anche per via giudiziaria (carta giocata, va ribadito, in modo spregiudicato in questa storia³³): per di più, con una concezione diversa, talora proprio contrapposta, quanto a metodo e merito, di ciò che costituisca diritto penale (per separarlo da ciò che non ne faccia parte), e di come distinguere, all'interno di esso, ciò che è sostanza dalla procedura.

La nuova questione sollevata dalla Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 24 del 2017, nell'aprire formalmente al dialogo con la Corte di giustizia, tende a proporre in realtà una divisione tra mondi opposti e inconciliabili: di qua il diritto italiano, con la sua tradizione irrinunciabile; di là quello europeo, al quale formalmente si mostra deferenza (purché non si ingerisca in questioni vitali). Sembra il piano per una sorta di convivenza da separati, il cui pregio principale è quello di guadagnare tempo. Tuttavia, non si intravede, nel ragionamento condotto, alcuna strada per raggiungere, o almeno per intraprendere il cammino verso una integrazione reale degli ordinamenti: è questo, in realtà, il nodo che, se non affrontato adesso, tenderà a riproporsi in successive occasioni. A nulla vale sperare, sotto questo aspetto, che il rinvio di per sé consenta di porsi alle spalle questo problema di fondo, quasi come se, anche per esso, si potesse sperare nell'oblio favorito dal decorso del tempo.

³³ Il riferimento è alla forzatura operata per indurre il legislatore a includere l'IVA tra i reati ricompresi nella proposta di direttiva PIF, il cui stallo è legato anche al conflitto in relazione all'imposta sul valore aggiunto.

CRISTIANO CUPELLI

LA POSTA È IN GIOCO
IL CASO TARICCO NEL DIALOGO TRA LE CORTI

SOMMARIO: 1. L'ordinanza n. 24 del 2017. – 2. I punti fermi (anzi fermissimi) e le 'riven-
dicazioni'. – 3. La natura della prescrizione e la vera posta in gioco. – 4. I due piani
di verifica e la scelta del rinvio pregiudiziale. – 5. Gli scenari. – 6. Un vero dialogo?

1. *L'ordinanza n. 24 del 2017*

L'ordinanza costituzionale n. 24 del 2017¹ arricchisce il caso *Taricco* di un ulteriore tassello che non chiude la partita, ma anzi segna l'inizio di

¹ Tra i primi commenti a Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cfr. C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Eurojus.it*, 29 gennaio 2017; M. ARANCI, *Ritorno a Lussemburgo: la Corte di Giustizia nuovamente chiamata a pronunciarsi sul caso Taricco*, *ivi*, 1 febbraio 2017; A. BERNARDI, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, in *Quad. cost.*, 2017, 109 ss.; ID., *L'ordinanza Taricco della Corte costituzionale alla prova della pareidòlia*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017 (dal dattiloscritto); R. CALVANO, *Una questione pregiudiziale al quadrato... o forse al cubo. Commento all'ordinanza n. 24 del 2017*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, 301 ss.; G. CIVELLO, *La Consulta, adita sul caso «Taricco», adisce la Corte di Giustizia: orientamenti e disorientamenti nel c.d. «dialogo fra le corti»*, in *Arch. pen.*, 1/2017; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2017; F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla «Taricco»: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 285 ss.; I. PELLIZZONE, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: principio di determinatezza, separazione dei poteri e ruolo del giudice penale*, in *Quad. cost.*, 2017, 112 ss.; D. PULITANÒ, *Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. n. 24/2017*, in *Dir. pen. cont.*, 19 aprile 2017.

Un'articolata disamina del contenuto, degli effetti e delle prospettive dell'ordinanza emerge dagli Atti del Convegno tenutosi all'Università degli studi di Ferrara il 24 febbraio 2017, taluni già apparsi in riviste telematiche (e a quella sede si farà riferimento nelle citazioni) e tutti in corso di pubblicazione in questo *Volume*; tra questi, in particolare, C. AMALFITANO, *Primato del diritto dell'Unione vs identità costituzionale o primato del diritto dell'Unione e identità costituzionale?*; A. BERNARDI, *Note critiche sull'ordinanza Taricco della Corte costituzionale*; M. BIGNAMI, *Note minime a margine dell'ordinanza Taricco*; L. BIN, *Taricco bis: significati, espressi e impliciti, dei promessi controlimiti*; M. CAIANIELLO, *L'ordinanza di rinvio della Corte costituzionale nel caso Taricco: dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*; L. DA-

un *secondo tempo* nei rapporti tra diritto dell'UE e diritto penale. La partita, proseguendo nella metafora, si gioca, fra Corte costituzionale e Corte di Giustizia, sul terreno interpretativo della sentenza *Taricco* dell'8 settembre 2015² e assume le sembianze di un 'dialogo', che tuttavia,

NIELE, *La sentenza «Taricco» torna davanti alla Corte di Giustizia UE: come decideranno i giudici europei?* (in *Eurojus.it*, 10 aprile 2017); P. FARAGUNA, *La Corte costituzionale insegue (e supera) Gauweiler: l'ordinanza Taricco disegna un quadro perfetto per il soggetto sbagliato*; M. D'AMICO, *Principio di legalità penale e «dialogo» tra le Corti. Osservazioni a margine del «caso Taricco»*; G. DE AMICIS, *Il «caso Taricco» e le Corti nel prisma dei controlimiti: dialogo o supremazia?*; M. GAMBARDILLA, *Prevedibilità e sufficiente determinatezza della regola Taricco nel nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia* (in corso di pubblicazione anche in *Cass. pen.*, 2017); R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei «controlimiti» e scontro tra paradigmi* (anche in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2017); M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo* (anche in *Osservatorio AIC*, 21 aprile 2017 e in corso di pubblicazione in *Giur. cost.*, 2017); V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco». Note minime all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017* (anche in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017); S. MARCOLINI, E. MILITELLO, F. RUGGERI, *Il «caso Taricco» e l'affermazione del principio di legalità processuale*; G. MARTINICO, *Il potenziale eversivo dell'identità nazionale alla luce dell'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*; A. MARTUFI, *La minaccia dei controlimiti e la promessa del dialogo: brevi note all'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale*; R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di Giustizia in tema di «controlimiti» costituzionali: è un vero dialogo?* (anche in *Federalismi.it*, 5 aprile 2017); F. PALAZZO, *Poche parole sparse per una lettura «europeista» dell'ordinanza della Corte costituzionale 24/2017*; I. PELLIZZONE, *Il ruolo del giudice penale nella tutela degli interessi finanziari dell'Unione (e nazionali): battaglia di retroguardia o principio ineludibile da esporre a controlimite del diritto dell'Unione europea? Considerazioni a margine dell'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale*; G. PICCIRILLI, *Discontinuità nel segno del «dialogo» nel rinvio pregiudiziale sul caso Taricco*; N. RECCHIA, *L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale nel caso Taricco e il nodo della legittimità di interventi in malam partem della Corte di Giustizia in materia penale*; G. RICCARDI, *«Patti chiari, amicizia lunga». La Corte costituzionale tenta il «dialogo» nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti* (anche in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2017); F. ROSSI, *L'incidenza del diritto europeo sulla parte generale del diritto penale alla luce della saga Taricco*; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti* (anche in *Consulta on line*, 27 febbraio 2017); R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L'actio finium regundorum della Consulta nell'ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli* (anche in *Dir. pen. cont.*, 19 aprile 2017); C. SOTIS, *«Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia». Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017* (anche in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2017); D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue* (anche in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 marzo 2017); F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco* (anche in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2017).

² Sulla sentenza della Corte di Giustizia si è in breve tempo formata una vastissima bibliografia; per tutti e senza alcuna pretesa di esaustività, si vedano in particolare gli Atti dei Convegni: *«Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo»*, svoltosi a Roma, il 4 ottobre 2016 (in *Rivista AIC*, n. 4/2016); *«I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali»*, tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara il 7-8 aprile 2016 (ora confluiti nel vo-

come si avrà modo di argomentare, manca del suo requisito costitutivo: la *propensione all'ascolto reciproco*.

La vicenda, come è noto, muove dai dubbi di legittimità costituzionale avanzati, con distinte ordinanze, dalla Terza Sezione penale della Corte di Cassazione e dalla Corte d'appello di Milano: al cospetto dell'affermato obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la disciplina interna in materia di atti interruttivi della prescrizione emergente dagli artt. 160 e 161 c.p. – allorché ritenga che essa, fissando un limite massimo al corso della prescrizione, impedisca allo Stato italiano di adempiere agli obblighi di effettiva tutela degli interessi finanziari dell'Unione, imposti dall'art. 325 del TFUE³, nei casi di frodi tributarie di rilevante entità altrimenti non punite in un numero considerevole di casi – si è ritenuto vulnerato il principio di legalità in materia penale di cui all'art. 25, co. 2 Cost. sotto un duplice punto di vista: *a*) per l'aggravamento del regime della punibilità di natura retroattiva derivante dalla disapplicazione delle norme relative agli atti interruttivi della prescrizione, concernendo anche le condotte anteriori alla data di pubblicazione della sentenza *Taricco*; *b*) per la carenza di una normativa adeguatamente determinata, non essendo chiaro né quando le frodi debbano ritenersi gravi, né quando ricorra un numero considerevole di casi di impunità da imporre la disapplicazione, essendo la relativa determinazione rimessa all'apprezzamento discrezionale del giudice.

Nonostante il carattere interlocutorio della decisione e lo spirito diplomatico e all'apparenza conciliante della soluzione del rinvio pregiudiziale⁴, la Corte costituzionale, nel corpo della densa motivazione, offre

lume, curato da A. BERNARDI, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, con ampia presentazione del Curatore, dal titolo *I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*); «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*», svoltosi a Firenze il 30 ottobre 2015 e ora raccolti nel volume, curato da C. PAONESSA e L. ZILLETTI, dal medesimo titolo, Pisa, 2016.

³ Due le ravvisate ipotesi di incompatibilità degli artt. 160 e 161 c.p. con il diritto UE: la *prima*, con riferimento all'art. 325, par. 1 TFUE, allorché il giudice nazionale ritenga che dall'applicazione delle norme in materia di (interruzione della) prescrizione derivi, «in un numero considerevole di casi, l'impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave» in materia di IVA o di interessi finanziari dell'Unione europea, di talché la normativa interna impedisca l'infrazione di sanzioni effettive e dissuasive per tali condotte; la *seconda*, con riferimento all'art. 325, par. 2 TFUE, nel caso in cui il giudice interno verifichi che la disciplina nazionale contempra per i casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari interni termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode (di natura e gravità comparabili) lesivi di interessi finanziari dell'UE.

⁴ Si tratta del secondo rinvio pregiudiziale compiuto dalla Corte costituzionale italiana in via incidentale (dopo il precedente dell'ordinanza 18 luglio 2013, n. 207 in materia di per-

puntualizzazioni di grande rilievo, idonee a rinfocolare – nella prospettiva non solo penalistica – il già acceso dibattito sui tormentati rapporti tra principi costituzionali, fonti sovranazionali e (pronunce delle) Corti in materia penale; il tutto, nell’attesa della «reazione» della Corte di Giustizia, dinanzi alla quale si terrà, a fine maggio e con procedimento accelerato, l’udienza.

2. *I punti fermi (anzi fermissimi) e le ‘rivendicazioni’*

L’approccio dei giudici rimettenti non ha convinto la Corte costituzionale, che, una volta riuniti i giudizi, chiarisce subito, anticipando le conclusioni, come il nucleo della questione ruoti attorno a un dubbio di interpretazione del diritto dell’Unione: e cioè se quella proposta sia davvero l’unica possibile declinazione applicativa dell’art. 325 TFUE ovvero si possano enucleare «interpretazioni anche in parte differenti, tali da escludere ogni conflitto con il principio di legalità in materia penale» (§ 3).

Prima di svolgere qualche riflessione in merito alla soluzione accolta, occorre ricostruire il percorso argomentativo seguito dalla Corte costituzionale, mettendo in risalto – al cospetto dei raffinati tentativi di far parlare *i silenzi*⁵, di dare peso alle *omissioni*⁶ e sottolineare le *ambiguità*⁷ – i punti fermi, anzi fermissimi scolpiti nell’ordinanza⁸, taluni a mo’ di premessa metodologica, altri come *rivendicazioni di principio*, particolarmente rilevanti nella dimensione penalistica.

Anzitutto, viene riaffermato il «primato del diritto dell’Unione» quale dato acquisito nella giurisprudenza costituzionale, ai sensi dell’art. 11 Cost.⁹, condizionato però all’osservanza dei «principi supremi dell’ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona» (§ 2); al contempo, è avallato il metodo seguito, nel far valere l’asserito contrasto con tali principi, dai giudici *a quibus*, sia con riferimento all’individuazione dell’organo deputato a risolvere tali conflitti, ossia la Corte co-

sonale scolastico) e del primo in cui viene evocato un possibile conflitto con i principi supremi dell’ordine costituzionale.

⁵ F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., 9.

⁶ R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di Giustizia in tema di «controlimiti» costituzionali: è un vero dialogo?*, cit., 3.

⁷ R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione*, cit., 3.

⁸ Prendendo in prestito il titolo del citato lavoro di F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla «Taricco»: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*.

⁹ Riconoscimento valutato positivamente da R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di Giustizia in tema di «controlimiti» costituzionali: è un vero dialogo?*, cit., 4.

stituzionale (§ 6)¹⁰, sia per quanto riguarda il percorso processuale, e cioè la scelta di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'atto interno di ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona nella parte in cui autorizza alla ratifica e rende esecutivo l'art. 325, §§ 1 e 2 TFUE, come poi interpretato nella sentenza *Taricco* (§ 2)¹¹.

Viene quindi ribadito come la legalità in materia penale, di cui all'art. 25, co. 2 Cost., rappresenti un «principio supremo dell'ordinamento», posto a presidio «dei diritti inviolabili dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata retroattiva» (§ 2), ma anche quale suggello del principio-cardine della riserva di legge e della separazione dei poteri, «di cui l'art. 25 co. 2 Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale» (§ 5), in stretto collegamento con i limiti dei poteri del giudice, «al quale non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale» (§ 5).

Sul punto, s'impone subito qualche breve considerazione. In primo luogo, la scelta di privilegiare e insistere sul profilo della legalità/determinatezza, declinato in termini di prevedibilità¹², più vicino alla concezione sovranazionale e convenzionale di legalità penale e quindi più 'digeribile' rispetto alla riserva di legge statale (da sempre guardata con circospezione dalle Corti europee quale 'baluardo' delle rivendicazioni di sovranità nazionale in materia penale e nell'ordinanza volutamente tenuta «sotto traccia»¹³), ha tutta l'aria di una mossa 'tattica' attentamente calibrata, nell'attesa di tirare fuori, in un secondo momento, qualora ap-

¹⁰ Sul punto, V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco»*, cit., 3 e G. RICCARDI, «Patti chiari, amicizia lunga», cit., 11.

¹¹ Solleva perplessità sulla correttezza della soluzione adottata dai giudici rimettenti, con argomentati riferimenti a significativi precedenti difformi, R. CALVANO, *Una questione pregiudiziale al quadrato...o forse al cubo*, cit., 303 ss.

¹² Con riferimento all'insistenza sul principio di determinatezza, si è messo in evidenza, segnalando una contraddittorietà intrinseca nella scelta dei giudici costituzionali, il poco vigore mostrato invece dalla Corte nella stigmatizzazione dei *deficit* di legalità interna (in particolare da F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., 7 ss.); se ciò è indubbiamente vero, e trova una qualche giustificazione anche «nell'*horror vacui* che prende la nostra Corte dinanzi ai possibili vuoti di tutela penale» (F. PALAZZO, *Poche parole sparse per una lettura «europeista» dell'ordinanza della Corte costituzionale 24/2017*, cit., 5), nondimeno – sulla base dell'assunto che «che *adducere inconueniens* non è certo *solvere argumentum*, specie quando l'*inconueniens* si riferisce a una patologia pregressa e non certo alla soluzione che si prospetta» (M. LUCIANI, *Intelligenti pauca*, cit., 8) – la presa di posizione 'forte' sul punto da parte della Corte costituzionale potrebbe essere interpretata quale positivo segnale di discontinuità e segnare il passaggio a un atteggiamento più rigoroso anche sul versante del rispetto del principio di determinatezza – e più in generale di legalità penale – tra le mura domestiche.

¹³ A. BERNARDI, *L'ordinanza Taricco della Corte costituzionale alla prova della pareidolia*, cit., par. 4.4.

paia insoddisfacente la risposta della Corte di Giustizia, l'argomento formale della riserva di legge quale controlimite¹⁴.

I giudici costituzionali 'recuperano' tuttavia le prerogative formali di garanzia interna qualificando la prevedibilità della decisione giudiziaria quale «principio irrinunciabile del diritto penale costituzionale», che impone «che la disposizione scritta con cui si decide quali fatti punire, con quale pena, e, nel caso qui a giudizio, entro quale limite temporale, permetta una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo» (§ 5). Un raffinato *escamotage*, questo, anche nel riferimento al diritto costituzionale scritto, per ribadire le *rationes* garantiste dell'art. 25 Cost. senza urtare la suscettibilità della Corte di Giustizia. Come si è esattamente colto, infatti, pur al cospetto degli sforzi di annoverare la produzione giurisprudenziale (e segnatamente quella sovranazionale) nell'ambito del *diritto scritto*¹⁵, «a dover essere sufficientemente determinata è la *disposizione scritta*»¹⁶, giacché è sul piano normativo – e non giurisprudenziale – che va scolpita la definizione della fattispecie penale e delle sue componenti¹⁷; e «la prevedibilità dell'esito di una condotta costituirà anche una garanzia aggiuntiva, legata alla *performance* stabilizzatrice della giurisprudenza, alla luce dell'art. 7 Cedu», ma «essa opera in addizione rispetto alle tutele costituzionali, e non per sottrazione» e «quand'anche le pronunce giudiziali la assicurino, in quanto consolidate, ugualmente sarà necessario che esse siano compatibili con un giudizio prognostico basato sul testo della disposizione *normativa scritta* perché, in caso contrario, la legalità continuerà a mancare»¹⁸.

È questa la prospettiva nella quale va letta l'enfaticizzazione del principio della separazione dei poteri, in collegamento diretto sia con la riserva di legge¹⁹, sia, ancora una volta, con il principio di determinatezza²⁰. Si tratta di un passaggio importante non solo per le ricordate esi-

¹⁴ Su questo scenario, anche nei suoi risvolti problematici, v. *infra*, par. 8; sulla riserva di legge in materia penale quale controlimite, cfr., M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in A. BERNARDI, *I controlimiti*, cit., 63 ss. nonché, volendo, C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, *ivi*, 342 ss.

¹⁵ F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., 10 ss.

¹⁶ M. BIGNAMI, *Note minime a margine dell'ordinanza Taricco*, cit., par. 3; in senso (parzialmente) difforme, M. GAMBARDILLA, *Prevedibilità e sufficiente determinatezza della regola Taricco nel nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, cit., par. 5.

¹⁷ M. LUCIANI, *Intelligenti pauca*, cit., 8.

¹⁸ M. BIGNAMI, *Note minime a margine dell'ordinanza Taricco*, cit., par. 3.

¹⁹ Collegamento messo in risalto da F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla «Taricco»: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, cit., 286.

²⁰ Insistono su tale principio, anche in rapporto al ruolo del giudice, I. PELLIZZONE, *Il ruolo del giudice penale nella tutela degli interessi finanziari dell'Unione (e nazionali)*, cit., par. 3 e G. RICCARDI, «Patti chiari, amicizia lunga», cit., 6 ss.

genze ‘tattiche’ volte a sfumare, almeno formalmente, il profilo della riserva di legge nazionale, ma anche per il messaggio lanciato, in continuità con la sentenza n. 230 del 2012²¹, ai fautori di una risemantizzazione dell’art. 101 Cost. in chiave di soggezione del giudice al *diritto* (anche giurisprudenziale), ossia del riconoscimento della giurisprudenza, sia essa interna ovvero sovranazionale, quale fonte del diritto, anche penale, con la surrettizia trasfigurazione della riserva di legge in *riserva di diritto*. Argine ideologico a tali spinte è allora proprio la separazione dei poteri, declamata quale «tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law*», che «non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento», e ripudiano «l’idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire» (§ 9).

Non meno significativa, nella medesima linea, la precisazione che «la Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, non limitato alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma inclusivo di ogni profilo sostanziale concernente la punibilità», in grado di offrire agli imputati un livello di protezione più elevato rispetto a quello riconosciuto dall’art. 49 della Carta di Nizza e dall’art. 7 della Convenzione EDU, tanto da dover essere salvaguardato dallo stesso diritto dell’Unione, ai sensi dell’art. 53 della Carta, giacché, in caso contrario, «il processo di integrazione europea avrebbe l’effetto di degradare le conquiste nazionali in tema di libertà fondamentali e si allontanerebbe dal suo percorso di unificazione nel segno del rispetto dei diritti umani» (§ 8)²².

3. *La natura della prescrizione e la vera posta in gioco*

Altro punto fermo è la consacrazione della natura sostanziale della prescrizione; ne consegue la piena soggezione al principio di legalità, non solo con riferimento al divieto di retroattività ma anche alla sufficiente determinatezza della norma relativa al regime di punibilità, dovendo pertanto essere analiticamente descritta, al pari del reato e della pena, da

²¹ C. cost., sent. 12 ottobre 2012, n. 230, in *Giur. cost.*, 2012, 3440 ss.

²² R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei ‘controlimiti’ e scontro tra paradigmi*, cit., 9; con varietà di accenti, v. anche C. SOTIS, «Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia». *Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017*, cit., 5 e M. D’AMICO, *Principio di legalità penale e «dialogo» tra le Corti*, cit., par. 2.

una norma vigente al tempo di commissione del fatto (§ 4)²³. Con tale affermazione, peraltro, si va incontro a una lettura sostanzialistica, ancorata a «ragioni relative al punire o non punire», al «problema della rilevanza del tempo trascorso rispetto alle esigenze di risposta al reato»²⁴, agli indissolubili legami con le istanze di prevenzione generale positiva e alla strumentalità al perseguimento della funzione rieducativa della pena²⁵, largamente condivisa tanto in dottrina²⁶, quanto nella stessa giurisprudenza costituzionale, costante nel riaffermarne, in coerenza con fondamento storico e *ratio*, la natura sostanziale²⁷.

Viene poi chiarito che possono coesistere nell'ambito giuridico europeo Stati membri che adottino differenti concezioni della prescrizione, non sussistendo sul punto – «che non riguarda direttamente né le competenze dell'Unione, né norme dell'Unione» – alcuna esigenza di uniformità: ciascuno Stato infatti è «libero di attribuire alla prescrizione dei reati natura di istituto sostanziale o processuale, in conformità alla sua tradizione costituzionale» (§ 4). Ad ogni buon conto, si stabilisce un'ulteriore «clausola di salvaguardia»²⁸: anche se si dovesse accedere a una lettura della prescrizione – o del solo peculiare regime degli atti interruttivi – di natura processuale, o ritenere che comunque possa essere regolata da una normativa posteriore alla commissione del reato, «ugualmente resterebbe il principio che l'attività del giudice chiamato ad applicarla deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate» (§ 9).

Si staglia così la reale portata della questione, che non riguarda la prescrizione, il suo regime giuridico o la disciplina dei relativi atti interruttivi, quanto piuttosto, da un lato e al di là dell'impopolarità dell'isti-

²³ Sulla natura sostanziale della prescrizione e sulle correlate esigenze di determinatezza si spende M. BIGNAMI, *Note minime a margine dell'ordinanza Taricco*, cit., par. 2, rilevando altresì come, con la precisazione contenuta nell'ordinanza n. 24 del 2017, si chiuda anche lo spazio per un possibile futuro ripensamento sulla natura della prescrizione anche a fronte dell'eventuale mutare della sua conformazione normativa, avendo proprio l'ordinanza in commento sancito la logica costituzionale dell'istituto, ormai radicata definitivamente nella legalità penale sostanziale, sottratta quindi alla 'disponibilità' di una mutevole opzione legislativa. Fortemente critico, sul punto, A. BERNARDI, *L'ordinanza Taricco della Corte costituzionale alla prova della pareidolia*, cit., par. 3.

²⁴ D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 1/2015, 21.

²⁵ In termini generali, per tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 830 ss.

²⁶ Un accurato inquadramento del dibattito relativo alla natura giuridica della prescrizione, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, 63 ss.

²⁷ Particolarmente istruttivo, tra le varie, il richiamo alla sentenza n. 143 del 2014 (Corte cost., sent. 28 maggio 2014, n. 143, in *Giur. cost.*, 2014, 2369 ss.).

²⁸ G. RICCARDI, «Patti chiari, amicizia lunga», cit., 6.

tuto²⁹ e della scarsa condivisibilità dell'attuale ordito normativo, il diritto sotteso, primario e fondamentale, a non essere sottoposti per un tempo indeterminato o sproporzionatamente lungo a procedimento penale, con tutte le conseguenze che ciò comporta o può comportare sul bene della vita per ciascun individuo³⁰; dall'altro, e soprattutto, la salvaguardia del ruolo fondante della legge scritta nelle scelte in materia penale e nell'individuazione dei mezzi (e dei conseguenti limiti) del potere giudiziario nel raggiungimento degli scopi predefiniti normativamente, da contrapporre all'idea, piuttosto inquietante, di un 'giudice di scopo'. È in gioco lo stesso rapporto tra potere legislativo e giudiziario³¹, se è vero, come scolpito nell'ordinanza, che «non si può permettere al potere giudiziario di disfarsi, in linea potenziale, di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato», perché altrimenti si eccederebbe «il limite proprio della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto quanto meno nella tradizione continentale» (§ 9)³².

È questa la chiave in cui va letta l'esigenza, ancora una volta riaffermata, di parametrare la compatibilità della soluzione offerta nella sentenza *Taricco* non solo all'art. 49 della Carta di Nizza e al divieto di retroattività, ma anche alla sufficiente determinatezza della norma relativa al regime di punibilità (§ 9), accompagnata dalla sottolineatura che l'art. 325 TFUE, «pur formulando un obbligo di risultato chiaro e incondizionato (...), omette di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo», finendo per legittimare il riconoscimento del ruolo di giudice sciolto dal rispetto di qualsivoglia elemento normativo, se di ostacolo alla finalità repressiva del reato (§ 9).

²⁹ In particolare, F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., 3.

³⁰ M. LUCIANI, *Chi ha paura dei controlimiti?*, in Atti del Convegno «Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo», cit., 76, il quale, da ultimo, chiarisce ulteriormente che «la nostra Corte non assegna alla concezione della prescrizione come istituto del diritto (non processuale, ma) sostanziale la qualifica di principio fondamentale, ma qualifica come principi fondamentali la determinatezza della fattispecie penale e la prevedibilità del relativo precetto. Che nel nostro ordinamento la prescrizione appartenga al diritto sostanziale è solo un dato di fatto (del tutto estraneo, si badi, alle competenze dell'Unione), ma è per questo che essa «soggiace [...] al principio di legalità in materia penale» (par. 8, *ad finem*). E che questo principio appartenga all'identità costituzionale italiana è evidente» (ID., *Intelligenti pauca*, cit., 5, nt. 21).

³¹ In questo senso, particolarmente efficace M. LUCIANI, *Intelligenti pauca*, cit., 8; analogamente, D. PULITANÒ, *Ragioni della legalità*, cit., 8; M. D'AMICO, *Principio di legalità penale e dialogo* tra le Corti, cit. par. 2.

³² Per una convincente critica all'assegnazione alla giurisprudenza di un ruolo creativo e del suo riconoscimento quale fonte del diritto, v. M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IX, Milano, 2016, 391 ss.

4. *I due piani di verifica e la scelta del rinvio pregiudiziale*

Delineati il perimetro assiologico e i confini oltre i quali il diritto europeo non può primeggiare, la Corte pone sul tappeto l'interrogativo di fondo: può il *dictum* della sentenza *Taricco* ritenersi conforme al requisito della determinatezza delle norme di diritto penale sostanziale (principio che «appartiene alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri quale corollario del principio di certezza del diritto») e quindi coerente con lo scopo «di consentire alle persone di comprendere quali possono essere le conseguenze della propria condotta sul piano penale» e «di impedire l'arbitrio applicativo del giudice» (§ 5)?

La verifica si articola su due piani:

– da un lato, in nome di un'esigenza che affonda le radici non solo nei principi del diritto penale costituzionale interno, ma anche nell'art. 7 CEDU e nella relativa elaborazione della Corte EDU, su quello della *ragionevole prevedibilità*, in base al quadro normativo vigente al tempo del fatto, che il diritto dell'Unione, e in particolare l'art. 325 TFUE come interpretato nella sentenza *Taricco*, avrebbe imposto al giudice, in presenza delle condizioni ivi enunciate, la disapplicazione della normativa interna in materia di atti interruttivi della prescrizione³³;

– dall'altro, sul rispetto della riserva di legge e del grado di determinatezza assunto dall'ordinamento penale in base all'art. 325 TFUE, con riguardo al potere del giudice, «al quale non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale», pena la compromissione del principio della «separazione dei poteri».

In entrambi i casi la prognosi, preceduta da opportuni chiarimenti in merito ai limiti dell'attività interpretativa e ai riflessi del *deficit* di determinatezza anche sui rapporti tra normativa interna e sovranazionale, è negativa.

Dal primo punto di vista, per la convinzione che nessuno avrebbe potuto ragionevolmente pensare, prima della sentenza, «che l'art. 325 del TFUE prescrivesse al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, c.p., 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» (§ 5). Dal secondo, in quanto la regola enunciata appare inidonea a delimitare la discrezionalità giudiziaria, giacché «non vi è modo di definire in via interpretativa con la necessaria determinatezza il requisito del numero consi-

³³ Sulla funzione di garanzia del principio di determinatezza, cfr. S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, *passim*.

derevole dei casi, cui è subordinato l'effetto indicato dalla Corte di Giustizia»; pur non dubitandosi che «esso si riferisca alla sistematica impunità che il regime legale dell'interruzione della prescrizione comporterebbe per le frodi fiscali, tuttavia il concetto rimane per sua natura ambiguo, e comunque non riempibile di contenuto attraverso l'esercizio della funzione interpretativa» (§ 5)³⁴.

Ravvisata l'incompatibilità tra i principi fondamentali sanciti dalla Costituzione e quanto riconosciuto dalla sentenza *Taricco*, la Corte, anziché trarne l'esito più immediato e contrapporsi frontalmente, azionando i controlimiti³⁵, opta – in nome del principio di leale collaborazione che definisce i rapporti tra Unione e Stati membri (§ 6) – per un (ulteriore) rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia³⁶: per una soluzione, quindi, almeno all'apparenza dialogante e conciliativa³⁷, che si fonda tuttavia sull'intimo convincimento che la Corte di Giustizia *non volesse dire quello che ha detto*, imponendo al giudice nazionale di dare applicazione alla regola tratta dall'art. 325 TFUE «anche quando essa confligge con un principio cardine dell'ordinamento italiano» (§ 6), ma affermarne l'applicabilità solo se compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro, demandandone il vaglio agli organi nazionali competenti. In questa lettura, sono colti nei paragrafi 53 e 55 della sentenza *Taricco* possibili margini di consonanza tra i due punti di vista e comunque ravvisati minimi spazi di manovra per una (non disonorevole) marcia indietro (§ 7).

Per tale via, verrebbe meno qualsiasi profilo di contrasto costituzionale; non però l'eventuale responsabilità dello Stato italiano «per avere omissso di approntare un efficace rimedio contro le gravi frodi fiscali in danno degli interessi finanziari dell'Unione o in violazione del principio di assimilazione, e in particolare per avere compresso temporalmente l'effetto degli atti interruttivi della prescrizione», che la Corte paventa,

³⁴ Non del tutto persuaso della soluzione accolta dalla Corte, C. SOTIS, «*Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*», cit., 11 ss.

³⁵ Come messo in luce da F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla «Taricco»: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, cit., 288.

³⁶ La scelta era stata in qualche modo preconizzata da L. DANIELE, *La sentenza «Taricco» di fronte alla Corte costituzionale: come deciderà la Consulta?*, in Atti del Convegno «Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo», cit., 44 ss.; G. DELLA CANANEA, *L'Italia e l'Europa nel caso Taricco: dai «controlimiti» al «deficit sistemico» dell'amministrazione e della giurisdizione*, in *Aperta Contrada*, 7 novembre 2016; R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e «controlimiti» costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2016.

³⁷ Sostanzialmente concordi sul tono conciliante e dialogante dell'ordinanza, seppure con varietà di sfumature, C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, cit., 4 ss. e L. DANIELE, *La sentenza «Taricco» torna davanti alla Corte di giustizia UE: come decideranno i giudici europei?*, cit., par. 2.

accompagnandola a un monito rivolto al legislatore ad intervenire sui termini prescrizionali, per assicurare un efficace repressione delle frodi in questione³⁸, fatta salva la verifica sull'efficacia delle recenti modifiche apportate nel settore penale tributario nel 2011, con l'aumento di un terzo dei termini di prescrizione dei reati puniti dagli articoli da 2 a 10 del d.lgs. n. 74 del 2000 (§ 7).

Nel rinviare, invocando l'esigenza di salvaguardare il «tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE)», la Corte costituzionale sottolinea come, attraverso una siffatta interpretazione, che realizza un'opera di raffinata mediazione tra esigenze apparentemente contrapposte³⁹, verrebbe appunto preservata l'identità costituzionale interna, senza compromettere le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione. Ad essere messo in discussione, infatti, non è il significato che la Corte di Giustizia ha rinvenuto nell'art. 325 TFUE: l'impedimento del giudice nazionale ad applicare direttamente la regola *Taricco* non deriverebbe «da una interpretazione alternativa del diritto dell'Unione, ma esclusivamente dalla circostanza, in sé estranea all'ambito materiale di applicazione di quest'ultimo, che l'ordinamento italiano attribuisce alla normativa sulla prescrizione il carattere di norma del diritto penale sostanziale e la assoggetta al principio di legalità espresso dall'art. 25, co. 2, Cost.», rappresentando questa «una qualificazione esterna rispetto al significato proprio dell'art. 325 TFUE, che non dipende dal diritto europeo ma esclusivamente da quello nazionale» (§ 8).

Proprio sul carattere 'esterno' dell'impedimento all'applicazione diretta della regola *Taricco* si fonda la distinzione – che assume una valenza 'tranquillizzante' verso la Corte di Giustizia⁴⁰ – rispetto al caso *Melloni*, nel quale, come è noto, la stessa Corte di Giustizia (sentenza 26 febbraio 2013) aveva escluso la possibilità, invocata in nome dei principi costituzionali di uno Stato membro (la Spagna), di aggiungere condizioni all'esecuzione di un mandato di arresto europeo, ulteriori rispetto a quelle pattuite nella Decisione quadro 26 febbraio 2009, n. 2009/299/GAI. Ebbene, mentre in *Melloni* una differente soluzione avrebbe comportato «la rottura dell'unità del diritto dell'Unione in una materia basata sulla reciproca fiducia in un assetto normativo uniforme», in *Taricco* non è conte-

³⁸ R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controlimiti' e scontro tra paradigmi*, cit., 10.

³⁹ In argomento, cfr. i rilievi di A. BERNARDI, *L'ordinanza Taricco della Corte costituzionale alla prova della pareidolia*, cit., par. 4.

⁴⁰ R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controlimiti' e scontro tra paradigmi*, cit., 9.

stato il primato del diritto dell'Unione, quanto piuttosto – ed esclusivamente – l'esistenza di «un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice», che «non dipende dalla contrapposizione di una norma nazionale alle regole dell'Unione ma solo dalla circostanza, esterna all'ordinamento europeo, che la prescrizione in Italia appartiene al diritto penale sostanziale, e soggiace perciò al principio di legalità in materia penale» (§ 8)⁴¹.

Supportata da questa sottile distinzione arriva, nelle conclusioni, un'indiretta – ma chiara – richiesta alla Corte di Giustizia di interpretazione «correttiva»: la sollecitazione a chiarire se l'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE (nei primi due quesiti) e la sentenza *Taricco* (nel terzo) debbano davvero essere interpretati «nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato (*i*) anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata; (*ii*) anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità; (*iii*) anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro.

5. *Gli scenari*

Non può tacersi la sensazione che, a fronte della chiarezza dell'obbligo di disapplicazione sancito a Lussemburgo, il percorso delineato a Palazzo della Consulta – nel quale non si mette in discussione la primazia del diritto europeo, ma solo l'operatività dell'obbligo di disapplicazione che trova fondamento nell'interpretazione *contestata* – rappresenti un brillante «espedito argomentativo»⁴², funzionale al rinvio pregiudiziale, che tuttavia apre scenari potenzialmente dirompenti.

⁴¹ Concorda con le argomentazioni della Corte costituzionale, L. DANIELE, *La sentenza «Taricco» torna davanti alla Corte di Giustizia UE: come decideranno i giudici europei?*, cit., par. 7; in senso critico, in particolare R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controlimiti' e scontro di paradigmi*, cit., 9 ss.; R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di «controlimiti» costituzionali: è un vero dialogo?*, cit., 10 ss.; R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione*, cit., 16 e A. BERNARDI, *L'ordinanza Taricco della Corte costituzionale alla prova della pareidolia*, cit., par. 5.1.

⁴² F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla «Taricco»: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, cit., 288.

Seppure a prima vista l'alternativa appaia secca, le sfumature sono molteplici. Si può anzitutto ipotizzare, in una prospettiva per così dire 'remissiva', che la Corte di Giustizia:

– faccia tesoro delle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale e, sfruttando il *commodus discessus* offerto dal richiamo ai §§ 53 e 55 della sentenza *Taricco*⁴³, decida di compiere un netto *passo indietro*, sposando, con i dovuti adattamenti 'eteroindotti', l'interpretazione correttiva 'costituzionalmente conforme' della sentenza *Taricco*, dando corpo a una vera e propria «disapplicazione della disapplicazione»⁴⁴;

– accolga solo in parte i suggerimenti e, se necessario previa riformulazione dei quesiti, si concentri su *alcuni aspetti critici*, reputati meno problematici, quali l'indeterminatezza del regime prescrizionale che deriverebbe da un'applicazione pedissequa del suo *dictum* e gli effetti retroattivi: la strada sarebbe quella di tassativizzare i requisiti per la disapplicazione⁴⁵ ed eliminare ogni correlato effetto retroattivo, rimettendo ai giudici nazionali la soluzione dei profili intertemporali ovvero intervenendo direttamente, limitando nel tempo gli effetti della propria pronuncia, affermando ad esempio che la disapplicazione della normativa nazionale nei termini indicati nella sentenza *Taricco* (come meglio specificati nella nuova pronuncia) possa scattare soltanto rispetto ai reati commessi dopo l'8 settembre 2015⁴⁶ o, addirittura, «dopo la pronuncia della nuova sentenza pregiudiziale»⁴⁷;

– si agganci al passaggio dell'ordinanza in cui si esortano i giudici europei a considerare l'impatto, anche sui tempi di prescrizione, della riforma apportata alla normativa penale tributaria con le modifiche del 2011, e ritenga *superato*, alla luce degli aumenti dei termini prescrizionali già introdotti nel nostro ordinamento, *il problema* dell'inadeguatezza repressiva delle frodi all'IVA⁴⁸;

⁴³ Come lo definisce A. BERNARDI, *L'ordinanza Taricco della Corte costituzionale alla prova della pareidolia*, cit., par. 6.

⁴⁴ G. CIVELLO, *La Consulta, adita sul caso «Taricco», adisce la Corte di Giustizia: orientamenti e disorientamenti nel c.d. «dialogo fra le corti»*, cit., 12.

⁴⁵ Ipotizzano questo scenario, fra gli altri, A. BERNARDI, *L'ordinanza Taricco della Corte costituzionale alla prova della pareidolia*, cit., par. 4.3; L. DANIELE, *La sentenza «Taricco» torna davanti alla Corte di Giustizia UE: come decideranno i giudici europei?*, cit., par. 6; F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., 8 ss.

⁴⁶ F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., 9; una versione 'restrittiva' è proposta da R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di Giustizia in tema di «controlimiti» costituzionali: è un vero dialogo?*, cit., 15.

⁴⁷ C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, cit., 4; scettico su questa prospettiva M. LUCIANI, *Intelligenti pauca*, cit., 6 (nt. 25).

⁴⁸ V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco»*, cit., 12.

– riconoscendo «la rilevanza dell'identità costituzionale italiana per il tramite dell'art. 4, par. 2, TUE», giunga a «configurare il principio di legalità, nell'estensione riconosciutagli dall'ordinamento italiano, quale principio generale di diritto dell'Unione e quindi a dare un'interpretazione dell'art. 49 della Carta tale da ritenere coperto dal principio di irretroattività della norma penale sfavorevole anche l'istituto della prescrizione, come accade sulla base dell'art. 25, co. 2, Cost.»⁴⁹; in questo modo, «i valori sottesi al controlimito verrebbero in un certo senso *acquisiti* dal sistema giuridico dell'Unione come principio generale di diritto e valorizzati quale fattore di integrazione dell'ordinamento sovranazionale, nei suoi rapporti con quelli degli Stati membri»⁵⁰.

Quest'ultima soluzione premierebbe, almeno parzialmente, la scelta compiuta dai giudici costituzionali: il dialogo come *mezzo* per tornare protagonisti di un processo di costruzione di un diritto costituzionale penale comune, nell'ambito del quale «un congruo utilizzo del rinvio pregiudiziale può contribuire all'armonizzazione tra diritto europeo e identità nazionali»⁵¹ e la leale cooperazione invocata nell'ordinanza divenire «canale di esportazione di principi costituzionali, attraverso cui portare le identità nazionali in sede europea, così valorizzando le peculiarità proprie di ciascuna tradizione statale nel processo di armonizzazione dei diritti»⁵².

La Corte di Giustizia, tuttavia, potrebbe scegliere la diversa e meno accomodante strada della *coerenza* e ribadire con fermezza il *dictum* del settembre 2015, accettando consapevolmente il rischio che – una volta tornata la questione in Italia – la Corte costituzionale, concretizzando le condivisibili *rivendicazioni* sul ruolo del principio di legalità in materia penale, azioni l'arma dei controlimiti⁵³.

⁴⁹ C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, cit., 4; ID., *Primato del diritto dell'Unione vs identità costituzionale o primato del diritto dell'Unione e identità costituzionale?*, cit., par. 4; tale prospettiva è stata ripresa da V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco»*, cit., 13 e, seppure con sfumature differenti, da R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controlimiti' e scontro di paradigmi*, cit., 15.

⁵⁰ Ancora C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, cit., 4.

⁵¹ V. CAPUOZZO, *Il rinvio pregiudiziale nel binomio omogeneità europea e identità nazionali: recenti tendenze nella giurisprudenza e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. e soc.*, 2016, 93.

⁵² V. CAPUOZZO, *Il rinvio pregiudiziale nel binomio omogeneità europea e identità nazionali*, cit., 93.

⁵³ Secondo L. DANIELE, *La sentenza «Taricco» torna davanti alla Corte di Giustizia UE: come decideranno i giudici europei?*, cit., par. 2, nell'uno e nell'altro caso, mentre sul piano teorico le differenze sarebbero «rilevantissime», il risultato non cambierebbe sul piano pratico.

Una scelta obbligata, in base alle premesse, quella dei controlimiti, che tuttavia, a ben vedere, potrebbe trovare spazio anche laddove la Corte di Giustizia accedesse a una delle alternative poc'anzi prospettate in termini, per così dire, 'compromissori', quella cioè di tassativizzare le condizioni della disapplicazione e di circoscrivere gli obblighi sanciti nella sentenza *Taricco* ai soli fatti commessi dopo il suo deposito⁵⁴. Tale opzione, infatti, lascerebbe intatta la matrice giurisprudenziale (sovranazionale) dell'obbligo di disapplicazione e dunque del tutto insoddisfatta la duplice esigenza di salvaguardare il corollario della *riserva di legge*, momento fondante la democraticità delle scelte in materia penale⁵⁵, e il principio della *separazione dei poteri*, portato del paradigma della legalità normativa statale⁵⁶ ed argine essenziale all'erosione della soggezione del giudice alla legge.

6. *Un vero dialogo?*

Nello svolgere qualche considerazione finale, l'impressione complessiva che si ricava dalle premesse su ruolo, pregnanza e attualità del canone di legalità in materia penale è che la Corte costituzionale abbia riconosciuto al principio – strategicamente declinato sul versante sostanziale della determinatezza/prevedibilità – i crismi di un vero e proprio *controlimite*, pur senza mai direttamente invocarlo come tale. Eloquente, in tal senso, il passo in cui, in termini monitori, afferma che «se l'applicazione dell'art. 325 del TFUE comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale, come ipotizzano i rimettenti, questa Corte avrebbe il dovere di impedirlo» (§ 2). L'impressione è corroborata dal convincimento, ben saldo tra le pieghe dell'ordinanza, che la regola *Taricco* sia applicabile solo ove compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro⁵⁷ e dal tono apertamente retorico dei quesiti⁵⁸, che consente una loro *traduzione* in termini affermativi, se non addirittura assertivi⁵⁹.

⁵⁴ Fortemente critico, rispetto a tale evenienza, F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., 15.

⁵⁵ M. LUCIANI, *Intelligenti pauca*, cit., 8.

⁵⁶ Sul potenziale «scontro tra paradigmi», R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controlimiti' e scontro di paradigmi*, cit., 13.

⁵⁷ G. CIVELLO, *La Consulta, adita sul caso «Taricco», adisce la Corte di Giustizia: orientamenti e disorientamenti nel c.d. «dialogo fra le corti»*, cit., 7.

⁵⁸ G. RICCARDI, «Patti chiari, amicizia lunga», cit., 3; R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controlimiti' e scontro tra paradigmi*, cit., 8; M. D'AMICO, *Principio di legalità penale e «dialogo» tra le Corti*, cit., par. 3.

⁵⁹ Traduzione che potrebbe suonare in questi termini: *la Corte di Giustizia dovrà convenire sul fatto che quanto sostenuto nel proprio precedente, ossia il potere-dovere del giudice*

Tutto ciò alimenta alcune perplessità. Anzitutto, non è chiaro quando e se, alla luce del percorso disegnato nella motivazione dell'ordinanza, possa davvero ravvisarsi una consonanza tra il *dictum* della Corte di Giustizia e i principi costituzionali, tra una disapplicazione del regime prescrizionale priva di base legale sufficientemente determinata e i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato e i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla sua Costituzione. Ciò in quanto, al di là dei toni più o meno accomodanti, la pretesa della Corte costituzionale è quella di rendere *inutiliter data* la sentenza *Taricco*, sterilizzandone ogni effetto pratico; ancora una volta esplicitate, in questa direzione, le parole dell'ordinanza: «se la Corte di giustizia dovesse concordare con questa Corte sul significato dell'art. 325 del TFUE e della sentenza resa in causa *Taricco*, sarebbero superate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici rimettenti» (§ 10); se così non fosse, evidentemente, sarebbero *fondate* le questioni sollevate dai giudici *a quibus*.

V'è da chiedersi allora se sia, quello prescelto dai nostri giudici costituzionali, un percorso realmente più conciliante rispetto a quello, all'apparenza più drastico, ma probabilmente più coerente e lineare, di azionare, *da subito e direttamente*, vincendo ogni remora, i controlimiti. Rinviano alla Corte di Giustizia, con un «atto di formale deferenza ma di sostanziale opposizione»⁶⁰, che «nella forma è una richiesta di chiarimento, ma, nella sostanza, (...) una richiesta di mutare opinione»⁶¹ – non dissimile da un vero e proprio *ultimatum*⁶² – si finisce in fondo per demandare a quest'ultima un'interpretazione autentica non solo della sentenza *Taricco*, ma anche dello spazio applicativo del controlimito del principio di legalità in materia penale e, più in generale, della stessa ammissibilità e invocabilità dagli Stati membri della 'teoria dei controlimiti'⁶³, con

interno di disapplicare, al ricorrere degli evanescenti requisiti enucleati, la normativa interna relativa agli atti interruttivi della prescrizione, non possa trovare spazio allorquando siffatta disapplicazione sia priva di base legale sufficientemente determinata (e quindi in contrasto con il principio di legalità/determinatezza); abbia ad oggetto un istituto (la prescrizione) che è parte del diritto penale sostanziale e soggetto al principio di legalità; sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione.

⁶⁰ M. D'AMICO, *Principio di legalità penale e «dialogo» tra le Corti*, cit., par. 3.

⁶¹ R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controlimiti' e scontro tra paradigmi*, cit., 6.

⁶² In questo senso, fra gli altri, A. BERNARDI, *L'ordinanza Taricco della Corte costituzionale alla prova della pareidolia*, cit., par. 1; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco*, cit., *passim*; R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione*, cit., 2; F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., 2.

⁶³ L. DANIELE, *La sentenza «Taricco» torna davanti alla Corte di Giustizia UE: come decideranno i giudici europei?*, cit., par. 5.

l'effetto di «affidare il controllo sulle limitazioni poste ad un ordinamento – quello dell'UE – al garante principe di quell'ordinamento, ossia la Corte di Giustizia»⁶⁴. Appare quantomeno eccentrico «che sia la Corte di Giustizia a dire quale sia l'identità costituzionale dei singoli Stati membri, perché è secondo le regole ordinamentali di quei Paesi che l'identità costituzionale va (...) accertata»⁶⁵; così come delegare la decisione ultima sull'applicazione dei controlimiti, «concepiti come rimedi alle possibili violazioni del perimetro costituzionale identitario da parte del primato del diritto dell'Unione (...), a chi di quel primato intende esserne il garante»⁶⁶, risulta paradossale, oltre che contraddittorio, anche rispetto a quanto affermato dalla stessa Corte costituzionale laddove, al § 2, ribadisce in maniera convinta la propria competenza al cospetto di possibili conflitti tra diritto europeo e principi costituzionali interni.

Non sfuggono di certo, in termini generali, i pregi e le potenzialità virtuose di un approccio dialogico tra le Corti. Ma permane il dubbio se possano ravvisarsi i presupposti di un *vero dialogo* allorquando a parlare tra loro siano, da un parte, una Corte di Giustizia che, prima, nel settembre 2015, pronunciando la sentenza *Taricco*, non ha minimamente tenuto conto del granitico orientamento della giurisprudenza costituzionale domestica in materia di natura giuridica della prescrizione⁶⁷, oltre che della caratura e dell'estensione del principio di legalità in materia penale nella tradizione costituzionale interna; e, dall'altra, una Corte costituzionale che, oggi, in nome della 'leale collaborazione', stringe i giudici europei in un angolo, nell'alternativa secca (pur variamente modulabile) tra sconfessare il proprio precedente e andare allo scontro frontale.

La risposta l'avremo, a breve, da Lussemburgo. È facile immaginare, però, che ancora una volta non sarà definitiva.

⁶⁴ V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco»*, cit., 9.

⁶⁵ M. LUCIANI, *Chi ha paura dei controlimiti?*, cit., 76.

⁶⁶ M. LUCIANI, *Intelligenti pauca*, cit., 10.

⁶⁷ M. LUCIANI, *Chi ha paura dei controlimiti?*, cit., 76.

MARILISA D'AMICO

PRINCIPIO DI LEGALITÀ PENALE
E 'DIALOGO' TRA LE CORTI.
OSSERVAZIONI A MARGINE DEL CASO *TARICCO*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il principio di legalità penale nell'interpretazione della Corte costituzionale. – 3. La scelta del rinvio pregiudiziale come vera ricerca di dialogo? – 4. La collocazione della prescrizione nell'alveo del nucleo incompressibile del principio di legalità penale. – 5. Considerazioni conclusive sul rapporto tra le 'zone franche' e le 'furbizie' del legislatore storico.

1. *Considerazioni introduttive*

Nell'ordinanza n. 24 del 2017, la Corte costituzionale – chiamata ad attivare i 'controlimiti' nei confronti dell'interpretazione della Corte di Giustizia rispetto al principio di legalità penale – pur ribadendo in modo netto i confini e il significato di tale principio e la sua natura 'suprema', decide tuttavia di chiedere pregiudizialmente alla Corte di Giustizia stessa l'interpretazione della propria pronuncia. In tal modo, evitando uno scontro frontale, cerca di instaurare con il Giudice europeo un dialogo virtuoso su un profilo essenziale, quale è certamente quello relativo alla quotazione costituzionale del principio di legalità penale¹.

Evidente la circostanza che i due profili della decisione – quello della valutazione da parte del Giudice costituzionale del principio di legalità penale e quello del modo in cui reagire all'interpretazione della Corte di Giustizia di fatto lesiva del principio di cui all'art. 25, comma 2,

¹ Si segnalano le preziose riflessioni di G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001 e, con particolare attenzione ai fattori di crisi del principio di legalità, i lavori di F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in AA.VV., *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quad. fior.*, XXXVI, 2007, 1281 ss.; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 79 ss.; N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2011, 315 ss. Sia qui consentito anche il rinvio a M. D'AMICO, *Art. 25*, in R. BIFULCO A. CELOTTO, M. OLIVETTI, (a cura di), *Commentario alla costituzione* Torino, 2006, 563 ss.

Cost.² – sono strettamente legati e non possono essere scissi nell'analisi della pronuncia.

Con le brevi riflessioni che qui si offrono, si cercherà comunque di ragionare distintamente su ciascuno dei due profili appena delineati, svolgendo, infine, alcune considerazioni critiche in ordine alle ragioni e alle implicazioni della scelta della Corte costituzionale di qualificare la prescrizione come istituto di diritto penale sostanziale.

2. *Il principio di legalità penale nell'interpretazione della Corte costituzionale*

Il primo profilo su cui si intende riflettere concerne, per l'appunto, il valore della decisione nell'interpretazione del principio di legalità penale, della sua natura 'suprema' e, soprattutto, del suo significato in ordine al ruolo del giudice.

Sotto questo aspetto, la Corte sembra accogliere pienamente le numerose censure prospettate dai giudici *a quibus* che ritenevano incompatibile con i principi supremi dell'ordine costituzionale italiano la decisione con la quale la Corte di Giustizia ha imposto, ai sensi dell'art. 325 del TFUE, al giudice nazionale di non-applicare gli artt. 160, comma 3, e 161, comma 2, c.p. – che, come ben noto, prevedono un limite massimo nell'aumento del termine prescrizione in presenza di atti processuali interruttivi – tutte le volte in cui si dovesse accertare che dall'eventuale applicazione della medesima disciplina derivi la sostanziale impunità per un '*numero considerevole di casi*' di frodi '*gravi*' poste in essere in pregiudizio degli interessi finanziari dell'Unione europea³.

Delegare al giudice, in nome della tutela di interessi garantiti dalla norme penale, il compito di 'non applicare' la normativa domestica in materia di prescrizione, in relazione agli effetti che quest'ultima determina sull'effettiva punizione di talune condotte penalmente rilevanti, costituisce una violazione profonda – ad avviso della Corte costituzionale – di quel nucleo rigidissimo del principio di legalità penale che lascia per

² Su questo profilo, si vedano, *ex multis*, D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016, e V. MANES, *La 'svolta' Taricco e la potenziale 'sovversione di sistema': le ragioni dei controlimiti*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017.

³ Allo stesso modo, come è noto, dovrebbe procedere il Giudice nazionale – secondo quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella stessa sentenza *Taricco* – se la legge nazionale prevede per corrispondenti figure di reato in danno degli interessi finanziari dello Stato termini di prescrizione più lunghi di quelli stabiliti per le frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione.

intero al legislatore la scelta sull'*an*, sul *quid* e sul *quomodo* della punibilità, limitando la discrezionalità del giudice, il quale non potrebbe mai modificare il confine fra ciò che è punibile e ciò che non lo è in base a valutazioni che non siano contenute nella legge.

In questa prospettiva, gli argomenti spesi dal Giudice costituzionale risultano chiarissimi ed assolutamente condivisibili.

Preliminarmente, preme rimarcare il passaggio in cui la Corte puntualizza inequivocabilmente che il principio di legalità penale rappresenta un principio supremo dell'ordinamento posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate (e non abbiano in nessun caso portata retroattiva)⁴.

L'inclusione della legalità penale, e, in particolare, del corollario della determinatezza all'interno di quei principi che qualificano l'identità costituzionale del nostro ordinamento⁵ – soluzione forse non del tutto imprevedibile⁶ – appare particolarmente interessante per le argomentazioni offerte sul punto dalla Corte costituzionale.

La Corte ricorda, anzitutto, come le norme penali debbano essere formulate in termini chiari, precisi e stringenti, in modo da consentire a ciascun individuo di comprendere quali possano essere le conseguenze penali della propria condotta, e, allo stesso tempo, evitare gli arbitri applicativi dei giudici⁷.

Delle molteplici articolazioni del principio di legalità penale, viene, infatti, valorizzato in particolare il canone della determinatezza, inteso nella sua dimensione ordinamentale.

In questo senso, l'art. 25, comma 2, Cost. esclude categoricamente che il giudice possa operare valutazioni di politica criminale, essendo queste ultime assegnate in via esclusiva al solo legislatore (democraticamente eletto)⁸.

⁴ Cfr. in particolare Corte cost., ord. n. 24 del 2017, *Ritenuto in fatto e considerato in diritto punto n. 2*.

⁵ Sul tema, si vedano i commenti di M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale* (relazione al Relazione al Convegno 'Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali', Ferrara, 7-8 aprile 2011), in *Rivista AIC*, 15 aprile 2016; A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i 'controlimiti')*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 aprile 2016.

⁶ Evidenzia questo profilo, in particolare, I. PELLIZZONE, *Principio di determinatezza, separazione dei poteri e ruolo del giudice penale: le sollecitazioni del caso Taricco*, in *Forum di Quad. cost.*, 112 ss.

⁷ Cfr. in particolare Corte cost., ord. n. 24 del 2017, *Ritenuto in fatto e considerato in diritto punto n. 5*.

⁸ Sia consentito, in tema, il rinvio a M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 2016.

L'attività giurisdizionale, in altri termini, deve limitarsi all'interpretazione e all'applicazione di norme già poste, non potendo in alcun modo il giudice «*creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento*».

Diversamente argomentando, il contenuto di queste regole sarebbe deciso dai tribunali penali caso per caso, ipotesi che è senza dubbio vietata proprio dal principio di separazione dei poteri che si ricava (anche) dall'art. 25, comma 2, Cost.

Ed, invero, precisa condivisibilmente la Corte, l'attività del giudice è soggetta al governo della legge penale, la quale, «viceversa non può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo al [singolo] giudice».

Tale profilo – vale la pena ribadirlo – intercetta un tratto qualificante degli ordinamenti costituzionali di *civil law*, nel cui ambito l'intervento del giudice deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate, e non può mai sconfinare in valutazioni discrezionali (come pacificamente sono quelle relative '*al numero considerevole*' di casi di '*gravi frodi*' poste in essere in danno degli interessi finanziari dell'unione, la cui sussistenza, come visto, configurerebbe, in capo al giudice interno, l'obbligo di non-applicare il limite massimo del termine di prescrizione).

Ed allora, se questa è la premessa, l'art. 325 TFUE, che pure formula un obbligo di risultato chiaro e incondizionato, secondo quanto precisato dalla Corte di Giustizia, non può che ritenersi incompatibile con il nucleo di garanzie scolpito dall'art. 25, comma 2, Cost. in ragione della vaghezza delle condizioni di operatività dell'obbligo di non-applicazione imposto al giudice interno.

La citata norma europea, infatti, «omettendo di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo, potrebbe permettere al potere giudiziario di disfarsi, in linea potenziale, di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato»⁹, con ciò eccedendo il limite proprio della funzione giurisdizionale dello Stato di diritto, per come intesa nella tradizione continentale.

Questa, in estrema sintesi, la trama motivazionale della decisione della Corte.

Sullo sfondo si staglia il controverso tema del rapporto tra la legalità penale nazionale e la legalità penale europea¹⁰.

⁹ Cfr. in particolare Corte cost., ord. n. 24 del 2017, *Ritenuto in fatto e considerato in diritto punto n. 9*.

¹⁰ Sul tema si veda, per tutti, A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004.

Al riguardo, si ritiene opportuno richiamare un interessante *obiter* contenuto nell'ordinanza in commento, in cui la Corte – in qualche misura riprendendo quanto già a suo tempo affermato nella decisione n. 230 del 2012 in relazione al sistema convenzionale¹¹ – precisa che l'oggetto conferito dalla Costituzione italiana al principio di legalità penale è più ampio di quello riconosciuto dalle 'fonti europee', poiché, oltre alla descrizione del fatto di reato e della pena, esso include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità.

Sia consentito rilevare, in prima battuta, che il riferimento alle c.d. 'fonti europee' pare problematico almeno con riguardo alla discutibile sovrapposizione tra diritto dell'Unione Europea e sistema della Convenzione europea.

Tuttavia, e lasciando impregiudicata la valutazione rispetto al principio di legalità penale di derivazione comunitaria, occorre riconoscere che, sotto il versante del rapporto norme penali sostanziali / norme penali processuali, l'affermazione della Corte costituzionale pare confermata dalla giurisprudenza della Corte europea sul principio di legalità penale.

E, inverosimilmente – premesso che l'ambito applicativo del principio convenzionale di legalità penale di cui all'art. 7 CEDU costituisce il prodotto del significato autonomo che la Corte di Strasburgo assegna alle nozioni rispettivamente di reato e di pena, sulla base dei criteri enucleati a partire dal celebre caso *Engels e altri c. Paesi Bassi* – il tema della copertura o meno *ex art. 7 CEDU* di istituti latamente riconducibili alla punibilità è stato affrontato in alcune pronunce in cui il Giudice di Strasburgo ha qualificato come istituto di diritto processuale e non sostanziale la prescrizione.

Sebbene qualche perplessità sulla copertura *ex art. 7 CEDU* di norme procedurali fosse stata avanzata all'esito di *Scoppola c. Italia (n. 2)*, in materia di diminuenti di pena previste in relazione al procedimento

¹¹ Si veda, in particolare, il punto n. 7 del *Cons. in Dir.*, ove la Corte affermava che: «il principio convenzionale di legalità penale risult[a] meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali). Ad esso resta, infatti, estraneo il principio – di centrale rilevanza, per converso, nell'assetto interno – della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25, secondo comma, Cost.; principio che, secondo quanto reiteratamente puntualizzato da questa Corte, demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale [...], il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all'esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione».

speciale del rito abbreviato, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo non ha, però, lasciato ulteriori dubbi sul tema più specifico della discussa natura penale ai sensi dell'art. 7 CEDU dell'istituto della prescrizione.

Nella pronuncia resa sul caso *Coeme e altri c. Belgio*, richiamata dal Giudice costituzionale nella sentenza in commento, la Corte europea ha, infatti, escluso la violazione dell'art. 7 CEDU in relazione ad un'ipotesi di allungamento dei termini di prescrizione con effetto retroattivo. In quell'occasione, la Corte motivava la propria conclusione richiamando, tra gli altri, la pacifica qualificazione processuale dell'istituto della prescrizione nell'ordinamento belga e una giurisprudenza interna che, altrettanto pacificamente, si è sempre espressa nel senso dell'applicazione immediata delle norme di procedura ai procedimenti pendenti.

Quanto avesse giocato la qualificazione interna, quale norma di procedura, dell'istituto della prescrizione ai fini dell'omessa violazione dell'art. 7 CEDU è aspetto problematico su cui la Corte europea è, tuttavia, tornata, temperando in parte gli interrogativi lasciati aperti da quella sua prima sentenza.

La Corte europea si è, infatti, espressa nuovamente sulla questione nel caso *Previti c. Italia*, decisione di irricevibilità, qualificando come procedurali le norme in materia di prescrizione. Sostiene la Corte che non vi sia, anche con riferimento all'ordinamento italiano, ragione di allontanarsi dal sentiero tracciato in *Coeme e altri c. Belgio*, dal momento che le norme in materia di prescrizione non definiscono né i reati né le pene, atteggiandosi a semplici condizioni preliminari alla disamina del caso¹².

Al di là del profilo più circoscritto affrontato nell'ordinanza in commento, restano sullo sfondo alcune questioni che discendono dal raffronto tra legalità costituzionale e convenzionale.

Prima di tutto, e come noto, l'affermazione della Corte costituzionale può forse trovare conferma nell'assenza, a norma dell'art. 7 CEDU, di un istituto analogo alla riserva di legge costituzionale ex art. 25, comma 2, Cost, che riflette l'impostazione del sistema convenzionale più vicino al modello di *common law*, e che potrebbe rendere recessive le esigenze garantiste sottostanti alla riserva.

Sotto altra angolazione, l'autonomia delle nozioni di pena e di sanzione di cui all'art. 7 CEDU, solleva questioni di tipo diverso, non venendo tanto in considerazione il tema della maggiore ovvero minore protettività del principio, quanto piuttosto la non sempre sovrapponibile latitudine del suo oggetto.

¹² Cfr., in particolare, Corte EDU, *Previti c. Italia*, 12 febbraio 2013, § 80; nello stesso senso, si veda, anche, Corte EDU, *Borcea c. Romania*, decisione di irricevibilità, 22.9.2015.

Questa eterogeneità è stata, infatti, alla base di casi decisi a Strasburgo in cui le garanzie del *nullum crimen* sono state estese a istituti che non rientravano nell'ambito coperto dal principio di legalità penale interno. Emblematico di tale tendenza è il caso *Varvara c. Italia*, in cui la confisca urbanistica è stata assoggettata all'ambito applicativo dell'art. 7 CEDU, allontanandosi dalla dimensione interna che ne disconosceva, viceversa, la natura penale¹³.

Aspetti, quelli evocati, che dovranno essere unitariamente considerati in una prospettiva rivolta a verificare la differente pregnanza del principio di legalità nazionale rispetto alla dimensione sovranazionale e convenzionale in particolare.

3. *La scelta del rinvio pregiudiziale come vera richiesta di dialogo?*

Il secondo profilo su cui si intende riflettere in questa sede riguarda, come anticipato, la soluzione scelta dal Giudice costituzionale: quella del rinvio e della ricerca di 'dialogo', anziché quella della dichiarazione di illegittimità costituzionale.

A parere di chi scrive, sono venute qui in gioco considerazioni di natura completamente diversa, tutte centrate sulla necessità di cooperazione con le Corti europee, soprattutto dopo le tensioni non ancora sopite con l'altro Giudice europeo, la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Appare evidente, infatti, come la presa di posizione della Corte costituzionale nella decisione n. 49 del 2015, nella quale si afferma il principio per cui i giudici comuni devono conformarsi alla giurisprudenza della Corte europea soltanto quando essa appaia 'consolidata' oppure espressa in una 'sentenza-pilota', abbia inaugurato una fase problematica nelle relazioni tra il Giudice costituzionale italiano e la Corte europea¹⁴.

Ciò è ampiamente confermato dalla sentenza *Parrillo*, con cui la Corte europea sottolinea come, in forza dell'orientamento fatto proprio dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49 del 2015, sarebbe reso mutevole e non garantito il diritto del cittadino a una tutela effettiva dei propri diritti alla luce dei principi convenzionali¹⁵.

¹³ In senso analogo, limitandosi alle sentenze contro l'Italia, v. anche *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*, 20 gennaio 2009.

¹⁴ A commento della decisione, si vedano in particolare i contributi di A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2015; V. ZAGREBLESKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Rivista AIC*, 2015.

¹⁵ Sia consentito il rinvio a M. D'AMICO, *La Corte europea come giudice 'unico' dei di-*

Certamente consapevole di questo importante precedente, la Corte, preoccupata di non creare un altro caso conflittuale, piuttosto che azionare direttamente i controlimiti, preferisce interrogare la Corte di Giustizia con domande però che, da una parte, risultano del tutto retoriche e, dall'altra, rischiano di creare una situazione molto pericolosa.

I quesiti posti appaiono retorici, in particolare, perché formulati all'esito di un ragionamento nel quale il Giudice costituzionale ha già sostanzialmente risposto ad essi, puntualizzando, nei termini sopra descritti, che demandare al giudice la scelta fra ciò che è punibile e ciò che non lo è costituisce una violazione profonda del nucleo duro del principio di legalità penale.

A ben vedere, quindi, quello che vorrebbe essere un tentativo di dialogo si rivela invece esattamente l'opposto, e cioè il tentativo di forzare la Corte di Giustizia a tornare sui suoi passi, riconoscendo i propri errori¹⁶.

A questo punto, però, si aprono interrogativi di grande spessore: cosa succederebbe se la Corte di Giustizia non si adeguasse e ribadisse invece la propria interpretazione? È soluzione prudente quella che affida la natura del principio supremo di legalità a questo 'palleggio' fra le due Corti?

Al riguardo, non va dimenticato – e, del resto, i primi sviluppi della complessa vicenda *Taricco* lo dimostrano¹⁷ – che la Corte di Giustizia, adita ai sensi dell'art. 267 TFUE, potrebbe ritagliarsi considerevoli spazi nel riformulare i quesiti pregiudiziali posti dalla Corte italiana.

In ogni caso, appare assai difficile, ad oggi, prevedere gli esiti della prossima decisione della Corte di Giustizia. In termini generali, può dirsi certamente condivisibile la tesi di chi auspica una soluzione di 'compromesso' capace – in omaggio al principio di leale collaborazione (invocato dalla stessa Corte costituzionale¹⁸) – di preservare, ad un tempo, il principio di primazia del diritto dell'Unione e l'identità costituzionale italiana¹⁹.

ritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia, in Forum di Quaderni costituzionali, 2015.

¹⁶ Condivide questa interpretazione A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *Consultaonline*, fasc. 1/2017.

¹⁷ Vale la pena qui ricordare che la Corte di Giustizia, investita del primo rinvio pregiudiziale del G.U.P. presso il Tribunale di Cuneo (nel gennaio 2014), aveva ampiamente riformulato i quesiti, fondando poi la propria decisione sull'art. 325 TFUE (parametro neppure considerato dall'originario rimettente).

¹⁸ Cfr. in particolare Corte cost., ord. n. 24 del 2017, *Ritenuto in fatto e considerato in diritto punto n. 9.*

¹⁹ Cfr. C. AMALFITANO, *Primato del diritto dell'Unione vs identità costituzionale o primato del diritto dell'Unione e identità nazionale?*, in questo volume.

Tuttavia, la giurisprudenza europea induce a guardare con scetticismo verso questa soluzione (pur auspicabile, come si è detto). Ci si riferisce, in particolare, al recente caso *OMT/Gauweiler* con cui il Giudice costituzionale tedesco ha (peraltro, per la prima volta nella sua storia) utilizzato lo strumento del rinvio pregiudiziale²⁰, ponendo una serie di quesiti alla Corte di Giustizia sull'esatta applicazione del programma *OMT* ('*Outright Monetary Transactions*') della Banca Centrale europea.

La vicenda appare particolarmente interessante perché, in quell'occasione, il *Bundesverfassungsgericht* ha formulato i quesiti lasciando intendere che qualora la Corte di Giustizia avesse ignorato il suo punto di vista, i giudici tedeschi sarebbero stati pronti ad attivarsi essi stessi per impedire che la decisione *OMT* vincolasse tutti i poteri pubblici tedeschi.

Insomma, un atto di formale deferenza ma di sostanziale opposizione, non dissimile, *in parte qua*, dalla recente ordinanza della Corte costituzionale²¹.

E, però, occorre rimarcare che, in quell'occasione, di fronte ad una presa di posizione piuttosto netta della Corte di Giustizia, il Giudice costituzionale tedesco ha infine deciso di adeguarsi al *dictum* europeo.

Tale scenario appare difficilmente prospettabile nel caso di specie, dal momento che – come si è visto – in gioco ci sono valori fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, che la Corte confermerebbe anche di fronte ad una risposta del Giudice europeo che ribadisse le statuizioni della sentenza *Taricco*.

Il precedente *OMT/Gauweiler* pertanto vale, in questo senso, per segnalare la possibilità che la Corte di Giustizia – qualora dovesse intendere il recente pronunciamento del Giudice costituzionale alla stregua di un atto di sfida (eventualità che, peraltro, appare meno remota in un settore, come quello degli interessi finanziari dell'Unione europea, particolarmente delicato) – possa decidere di 'battere i pugni' sul tavolo, ribadendo quanto già sostenuto, al fine di dare piena attuazione al principio della *primauté*.

È pur vero che la Corte italiana, in diversi passaggi dell'ordinanza, mette avanti le mani, precisando che, nel caso a giudizio, non è posto in discussione il primato del diritto dell'Unione europea (rimarcando, a tal proposito, le differenze con l'altro scomodo precedente *Melloni*²²); ciò

²⁰ Cfr. 2 BvR 2728/13, 14 gennaio 2014.

²¹ Per P. FARAGUNA, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler*, in *Diritti comparati*, 2016, infatti, «più che un gesto di deferenza, nella sostanza il rinvio pregiudiziale sembrava un minaccioso ultimatum posto alla CGUE, che veniva posta di fronte a un dilemma non facile da risolvere».

²² Cfr. Corte di Giustizia, sent. 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*.

nondimeno tale conclusione non può dirsi del tutto pacifica e, comunque, la Corte di Giustizia da essa potrebbe discostarsi agevolmente, riconoscendo che l'impedimento di ordine costituzionale che intende valorizzare la Corte italiana potrebbe comportare – al pari dell'interpretazione fatta propria dal tribunale costituzionale spagnolo nel caso *Melloni* – (l'inammissibile) «rottura dell'unità del diritto dell'Unione»²³.

Tante questioni sul tappeto e poche certezze.

4. *La collocazione della prescrizione nell'alveo del nucleo incompressibile del principio di legalità penale*

A questo punto, vorrei ragionare sull'ultimo elemento di criticità che, per taluni aspetti, appare il più problematico.

La Corte costituzionale, in ossequio a una giurisprudenza monolitica²⁴, ma molto discutibile, inserisce a tutti gli effetti anche la prescrizione nel nucleo forte del principio di legalità penale²⁵.

Si legge, infatti, all'interno dell'ordinanza che «nell'ordinamento giuridico nazionale il regime legale della prescrizione è soggetto al principio di legalità in materia penale, espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost.»²⁶. Ed ancora, che «l'ordinamento italiano attribuisce alla normativa sulla prescrizione il carattere di norma del diritto penale sostanziale e la assoggetta al principio di legalità espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost.»²⁷.

Queste considerazioni – svolte dalla Corte in modo forse assertivo, sicuramente senza un'ampia motivazione giustificativa – non sembrano rivestire un ruolo centrale nell'economia complessiva della decisione.

Infatti, l'elevazione della legalità penale a principio supremo – pur originando nel caso di specie da una questione relativa alla (non)applicazione delle norme codicistiche in materia di prescrizione – deve essere valutata in termini assoluti e generali, a prescindere cioè dal contesto normativo di riferimento e, in particolare, senza che rilevi, in questo

²³ Cfr. in particolare Corte cost., ord. n. 24 del 2017, *Ritenuto in fatto e considerato in diritto punto n. 9*.

²⁴ Cfr. da ultimo Corte cost., sent. n. 143 del 2014.

²⁵ La dottrina appare invece divisa. Si v., in questo senso, i rilievi critici di F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, 262 ss.

²⁶ Cfr. in particolare Corte cost., ord. n. 24 del 2017, *Ritenuto in fatto e considerato in diritto punto n. 4*.

²⁷ Cfr. in particolare Corte cost., ord. n. 24 del 2017, *Ritenuto in fatto e considerato in diritto punto n. 8*.

senso, la natura giuridica dell'istituto oggetto delle censure avanzate dalle autorità rimettenti.

In altre parole – e su questo punto conviene *apertis verbis* lo stesso Giudice costituzionale – quand'anche si dovesse ritenere che la prescrizione abbia natura processuale, o che comunque possa essere regolata anche da una normativa posteriore alla commissione del reato, «*ugualmente resterebbe il principio che l'attività del giudice chiamato ad applicarla deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate*»⁸.

Ciò precisato, a parere di chi scrive, la Corte ha comunque perso una grande occasione per rispondere ad alcune domande la cui risposta non è affatto scontata.

Siamo davvero sicuri che la scelta legislativa sulla prescrizione sia da inserire nel confine dell'art. 25, comma 2, Cost.? E siamo davvero sicuri che proprio l'inerzia o la furbizia del legislatore, sordo ai richiami di allineamento sulla natura e sulla lunghezza della prescrizione rispetto ad altri ordinamenti non determini – come invero ha notato la Corte di Giustizia nel caso oggetto del suo giudizio – una pericolosa perdita di efficacia generale della norma penale e degli interessi che questa tutela?

In ordine al primo profilo, vale la pena ricordare che la Corte costituzionale ha sempre dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale tese ad ampliare, *in malam partem*, i termini di prescrizione, sul presupposto che il loro eventuale accoglimento avrebbe determinato un aggravamento della responsabilità penale dell'imputato e, conseguentemente, un'ingerenza della stessa Corte nella sfera di discrezionalità riservata al legislatore²⁹.

In questa prospettiva, l'art. 25, comma 2, Cost. è stato infatti costantemente interpretato nel senso di impedire al Giudice costituzionale sia di creare nuove fattispecie criminose o di estendere quelle già esistenti a casi non previsti; sia – per quanto qui maggiormente interessa – di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerenti alla punibilità (come, per l'appunto, la disciplina della prescrizione e dei relativi atti interruttivi o sospensivi)³⁰.

E così – in forza di questo granitico orientamento che ne ha, per così dire, blindato la quotazione costituzionale³¹ – la disciplina della pre-

²⁸ Cfr. in particolare Corte cost., ord. n. 24 del 2017, *Ritenuto in fatto e considerato in diritto punto n. 9*.

²⁹ Sia consentito ancora una volta il rinvio a M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit.

³⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 394 del 2006, *Considerato in diritto n. 6.1*. Cfr. anche Corte cost., ord. n. 317 del 2000 e n. 337 del 1999.

³¹ Cfr. F. VIGANO, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit.

scrizione potrebbe essere rivista soltanto per via legislativa, non potendo la Corte su di essa intervenire per le ragioni anzidette.

A ben vedere, però, in tanto un simile ostacolo può venire in rilievo in quanto l'istituto della prescrizione sia considerato come avente natura sostanziale (e, quindi, come tale, protetto dal fascio di garanzie di cui all'art. 25, comma 2, Cost.).

Un *revirement* del Giudice costituzionale in ordine alla qualificazione formale della prescrizione avrebbe pertanto il merito di aprire le porte del sindacato costituzionale anche alle questioni aventi ad oggetto norme relative al regime prescrizionale, consentendo così alla Corte di censurare le scelte del legislatore nella materia *de qua*.

Si pensi, per fare un esempio, alle differenze con la c.d. 'questione del falso in bilancio', che aveva visto il Giudice costituzionale giungere ad una pronuncia di inammissibilità perché i vizi di costituzionalità si appuntavano direttamente su elementi attinenti alla fattispecie penale, che si chiedeva di annullare con effetto *in peius*, in quanto, tra l'altro, rendevano ineffettive alcune direttive comunitarie poste a presidio degli interessi dei soci e dei terzi³². Il caso è particolarmente significativo ai nostri fini, perché la Corte costituzionale si era trovata a scrutinare i dubbi di legittimità costituzionale delle norme della riforma del diritto societario (d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61) che avevano inciso direttamente sulla formulazione della fattispecie criminosa (ed in particolare sull'abbassamento delle cornici edittali e sulla trasformazione del reato da delitto a contravvenzione), inducendo ad una drastica riduzione dei termini di prescrizione³³, ma, trattandosi di aspetti essenziali della fattispecie di reato, non aveva potuto fare altro che arrestarsi sulla soglia dell'inammissibilità.

Peraltro, non va dimenticato che con un successivo intervento, nel 2006³⁴, la Corte – chiamata a valutare eventuali profili di incostituzionalità delle norme transitorie introdotte dalla legge n. 251 del 2005 (la c.d. 'Ex Cirielli), che limitavano l'applicazione di norme *in mitior* sulla prescrizione soltanto ai processi pendenti in primo grado in cui non fosse stato dichiarato aperto il dibattito – è entrata nel merito delle que-

³² Cfr. Corte cost., sent. n. 161 del 2004. Per una analisi tutto tondo della vicenda sia consentito rinviare a M. D'AMICO, *Relazione introduttiva*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionali e di Giustizia*, Torino, 2005, 1 ss.

³³ Ciò accadeva per effetto dell'abbassamento del massimo della pena, nel caso dell'art. 2621 c.c., e della trasformazione del reato da delitto a contravvenzione, nel caso dell'art. 2622 c.c.

³⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 393 del 2006.

stioni poste e ha dichiarato incostituzionali le norme impugnate in quanto il legislatore aveva esercitato la sua libertà di scelta in modo irragionevole, non bilanciando nel modo corretto i vari interessi costituzionali in gioco. La zona franca della discrezionalità legislativa in materia penale, almeno sul versante della retroattività *in bonam partem* delle norme sulla prescrizione, è così venuta meno.

Nella stessa prospettiva, appare evidente come – se la Corte costituzionale abbandonasse la sua rigida posizione sulla natura sostanziale della prescrizione – le cose, almeno nel caso *Taricco*, in cui ad essere poste sotto accusa sono direttamente le norme proprio in tema di prescrizione, potrebbero andare in una diversa direzione, e il Giudice costituzionale potrebbe ridurre ulteriormente la zona franca dal sindacato di costituzionalità.

Si potrebbe forse obiettare che una diversa collocazione sistematica dell'istituto della prescrizione, che passasse attraverso il riconoscimento della sua natura processuale (e non sostanziale), determinerebbe un grave *vulnus* alle garanzie individuali connesse al *tempo dell'oblio*³⁵.

Non può essere questa la sede per affrontare distesamente un tema così ampio (e controverso); si vuole, però, qui evidenziare che è proprio l'attuale quadro normativo in materia di prescrizione – e, in particolare, l'esistenza di limitazioni all'aumento del termine massimo in presenza di atti processuali interruttivi (profilo censurato, come si è detto, dalla Corte europea nel caso *Taricco*) – che genera pesanti conseguenze, anche nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali.

In una recente decisione della Corte EDU³⁶ è stato infatti accertato come la brevità dei termini di prescrizione previsti dal sistema italiano (specie rispetto al loro mancato congelamento di fronte ad una pronuncia di condanna in primo grado), possa in concreto risolversi in una forma di impunità per alcuni soggetti ritenuti responsabili (ancorché non in via definitiva) di gravissime violazioni dei diritti umani.

Più in generale, comunque, può dirsi che il vigente sistema di prescrizione rappresenta una delle principali cause dell'ineffettività dello strumento repressivo penale, viepiù in settori, come quello dei reati economici, in cui i tempi di accertamento giudiziale sono assai prolungati.

³⁵ Si vedano, sul punto, i contributi di D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2015; e B. ROMANO, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2016.

³⁶ Cfr. Corte EDU, *Cestaro c. Italia*, sent. 7 aprile 2015. Per un commento a prima lettura, v. F. VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2015.

Tale circostanza ha, di riflesso, notevoli implicazioni sulla capacità dell'ordinamento nazionale di adempiere correttamente a tutta una serie di obblighi di matrice sovranazionale, in particolare, in ordine alla repressione dei fenomeni criminali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea.

A ciò si aggiunga, poi, che la scelta di riqualificare la prescrizione come istituto di natura processuale (o, quantomeno, mista³⁷) consentirebbe all'Italia di avvicinarsi alla maggioranza degli Stati europei che hanno – con soluzioni diverse ma tutte convergenti³⁸ – previsto delle regole che consentano l'accertamento definitivo della responsabilità degli imputati una volta che l'autorità giudiziaria si sia in concreto attivata.

5. *Considerazioni conclusive sul rapporto tra le 'zone franche' e le 'furbizie' del legislatore storico*

In conclusione, non è possibile esimersi da alcune considerazioni sul controverso tema del rapporto tra le 'zone franche' del sindacato della Corte costituzionale in materia penale e le 'furbizie' del legislatore.

Emblematiche, in questo senso, le vicende che hanno riguardato le norme penali di favore, la *lex mitior*, e, più di recente, per l'appunto, l'istituto della prescrizione.

Si tratta di circostanze nelle quali il *self restraint* della Corte non giova al rafforzamento del principio di legalità penale, in particolare se letto in relazione al principio di uguaglianza.

Riuscire a superare le naturali strettoie del sindacato costituzionale in materia penale appare, in casi come questi, necessario per l'effettività del sistema penale, profondamente messa alla prova dalle *performance* del legislatore storico che, troppo spesso, interpreta il principio 'garantista' in modo iniquo e contraddittorio³⁹.

Il rispetto del principio di cui all'art. 25, comma 2, Cost. e delle naturali limitazioni del sindacato costituzionale non può condurre – come nel caso preso in esame dalla Corte di Giustizia – alla vanificazione della

³⁷ Soluzione auspicata, tra i molti, da F. VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 3/2013, 34 ss.

³⁸ Per un'ampia ricognizione del tema in chiave comparatistica si v. SILVANI, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Il Mulino 2009.

³⁹ In tema si v. D. PULITANÒ, *Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1270 ss.; E. DOLCINI, *Leggi penali 'ad personam' e principio costituzionale di uguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 65 ss.

tutela penale in settori decisivi, come quelli degli interessi finanziari dell'Unione europea.

Il caso *Taricco*, però, e il dialogo solo apparente fra le Corti sono anche il sintomo evidente del fallimento della costruzione di un diritto penale europeo⁴⁰, cartina di tornasole di un'Unione europea forte e unita: un'Unione che oggi non esiste e che non sappiamo se potrà concretizzarsi in futuro.

⁴⁰ Sui primi tentativi di costruzione di un *Corpus iuris* europeo (sorto proprio in vista della tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea) v. per tutti G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Il corpus iuris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003; G. GRASSO, *Verso uno spazio giuridico europeo. Corpus iuris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione*, Milano, 1997; A. BERNARDI, *Corpus iuris e formazione di un diritto penale europeo*, in *Riv. it. pubb. com.*, 2001, 283 ss.

LUIGI DANIELE

LA SENTENZA *TARICCO* TORNA DAVANTI
ALLA CORTE DI GIUSTIZIA UE:
COME DECIDERANNO I GIUDICI EUROPEI?

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le tre questioni pregiudiziali: la «strategia» complessiva della Corte costituzionale. – 3. La prima questione: l'art. 325 TFUE e l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali. – 4. La seconda questione: l'art. 325 TFUE e il principio nazionale di legalità in materia penale. – 5. La terza questione: la sentenza *Taricco* e la teoria dei «controlimiti». – 6. Le possibili risposte della Corte: la prima questione. – 7. (*Segue*) La risposta «congiunta» alla seconda e alla terza questione. – 8. Conclusioni: e se la Corte di giustizia preferisse non rispondere?

1. *Introduzione*

In un breve intervento¹ svolto quando si era ancora in attesa della decisione della Consulta in merito alla duplice eccezione di incostituzionalità² della legge di esecuzione del Trattato di Lisbona, nella misura in cui consentiva l'immissione nell'ordinamento italiano dell'art. 325 TFUE come interpretato dalla nota sentenza *Taricco*³, auspicavo che, invece di pronunciarsi immediatamente, la Corte costituzionale operasse un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE. Mi sembrava molto opportuno che, prima di decidere, si chiedesse alla Corte di giustizia di fornire i necessari chiarimenti sulla citata sentenza e, se del caso, di correggere quei punti della sentenza che apparivano particolarmente problematici dal punto di vista dell'ordinamento costituzionale italiano⁴.

¹ La sentenza «*Taricco*» di fronte alla Corte costituzionale: come deciderà la Consulta?, in *Rivista AIC* n. 4/2016, 44 ss., consultabile on line. Ivi anche le altre relazioni presentate al Convegno «*Aspettando la Corte costituzionale - Il caso «Taricco» e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*», Istituto Luigi Sturzo, 4 ottobre 2016.

² App. Milano, II sez. pen., 18.9.2015, *De Bortoli e a.* (ord.); Cass., III sez. pen., n. 28346/16 (ord.).

³ Corte giust. UE, Grande Sezione, 8 settembre 2015 in causa C-105/14.

⁴ La possibilità di un «nuovo» rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale è stata evocata anche da E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e*

Con l'ordinanza n. 24/2017, la Corte costituzionale ha effettivamente proceduto in questo modo. La Consulta infatti ha formulato tre questioni pregiudiziali, con le quali viene chiesto alla Corte di giustizia di precisare numerosi punti della sua precedente sentenza.

Come tutti sanno, l'ordinanza n. 24 era molto attesa. Pertanto non meraviglia che molti commenti su tale decisione siano apparsi quasi immediatamente e continuino a moltiplicarsi⁵, compresi numerosi interventi in lingua straniera e su siti e pubblicazioni estere⁶. Ad essa sono stati già dedicati alcuni incontri scientifici, in cui l'ordinanza è stata «vivezionata» da tutti i possibili punti di osservazione⁷.

In queste circostanze è facile rischiare di ripetere cose già dette da altri. Per limitare il rischio, cercherò di concentrare le osservazioni che seguono sulle questioni pregiudiziali che ha posto la Corte costituzionale e sul possibile modo di rispondere ad esse da parte della Corte di giustizia.

controlimiti costituzionali, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti - Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2016, 60, e da C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia?*, in *www.forumcostituzionale.it* (5.10.2016), spec. § 6.

⁵ Tra i tanti, v. i contributi di C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia* (30.1.2017), V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco»* (13.2.2017), R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controlimiti' e scontro tra paradigmi* (23.2.2017), M. CAIANELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?* (24.2.2017), F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della corte costituzionale sul caso Taricco* (27.3.2017), G. RICCARDI, *«Patti chiari, amicizia lunga». La Corte costituzionale tenta il 'dialogo' nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti* (27.3.2017), tutti in *Diritto penale contemporaneo*; di L. GRADONI, *Il dialogo tra Corti, per finta* (8.2.2017), e D. GALLO, *La primazia del primato sull'efficacia (diretta?) del diritto UE nella vicenda Taricco* (25.2.2017), entrambi in *SIDI-Blog*, nonché di C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo* (29.1.2017), in *Eurojus.it*, tutti consultabili on-line.

⁶ V. i contributi di O. POLLICINO, M. BASSINI, *The Taricco Decision: a Last Attempt to Avoid the Clash between EU law and the Italian Constitution*, in *Verfassungsblog* (28.1.2017), consultabile anche in *Diritto penale contemporaneo*, di P. FARAGUNA, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: «Gauweiler in the Roman Campagna»*, in *Verfassungsblog* (31.1.2017), di G. REPETTO, *Pouring New Wine into New Bottles? The Preliminary Reference to the CJEU by the Italian Constitutional Court*, in *German law Journal*, vol. 16, 1449, e di D. SARMIENTO, *An Instruction Manual to stop Judicial Rebellion (before it is too late, of course!)* (2.2.2017), in *Verfassungsblog*.

⁷ Ad esempio il convegno svoltosi alla Luiss Guido Carli il 20 febbraio 2017 su *«Il lungo dialogo fra Roma e Lussemburgo sul caso Taricco»*, il seminario organizzato presso l'Università di Roma Tor Vergata, il 22 febbraio 2017, su *«Il caso Taricco: gli scenari aperti dalla Corte costituzionale»*, e la giornata di studio tenutasi all'Università degli Studi di Ferrara il 24 febbraio 2017, su *«Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti: l'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale»*.

2. *Le tre questioni pregiudiziali: la «strategia» complessiva della Corte costituzionale*

In questa prospettiva è necessario partire dalle questioni pregiudiziali, viste nel loro insieme e, poi, singolarmente.

Comincio dall'osservare che, con tutte e tre le questioni pregiudiziali, la Corte costituzionale ha seguito una precisa «strategia»: quella di suggerire⁸ alla Corte di giustizia di interpretare l'art. 325 TFUE e la sua stessa sentenza *Taricco* in modo tale da fugare il dubbio, ipotizzato dalle ordinanze di rimessione, che l'art. 325 e la citata sentenza imponessero ai giudici italiani di disapplicare, in determinate circostanze (gravità delle frodi e numero considerevole dei casi in cui tali reati risulterebbero prescritti), la disciplina interna vigente circa la prescrizione dei reati di frode in materia di IVA⁹.

Va precisato che tutte e tre le questioni sono formulate al negativo¹⁰. La Corte costituzionale chiede alla Corte di giustizia di escludere che l'art. 325 e la sentenza *Taricco* vadano interpretate come viene indicato in ciascuna delle questioni. Pertanto le risposte che vengono auspiccate sono altrettanti no rispetto alle ipotesi interpretative esposte nelle tre questioni.

Utilizzando un tono conciliante¹¹ e rispettoso della competenza esclusiva della Corte di giustizia circa l'interpretazione dell'art. 325 e (forse anche) della Carta dei diritti fondamentali, la Corte costituzionale afferma chiaramente che, respingendo la Corte di giustizia una qualsiasi delle tre ipotesi interpretative prospettate nelle questioni pregiudiziali, la Corte costituzionale non avrebbe motivo per dichiarare fondate le eccezioni di incostituzionalità¹². Infatti, che la Corte di giustizia risponda negativamente all'una o all'altra delle tre questioni pregiudiziali, la «accusa» di incompatibilità del risultato normativo che si è venuto a creare con la sentenza *Taricco* rispetto ad un principio fondamentale dell'ordi-

⁸ R.E. KOSTORIS, *op. cit.*, 6, legge, nell'ordinanza, la scelta della Corte costituzionale di preferire «di limitarsi a convincere la Corte di giustizia a fare da sola un passo indietro».

⁹ D. GALLO, *op. cit.*, spec. § 5 ss., critica che la Corte costituzionale, invece di ipotizzare una violazione dei controllimiti e di interrogare la Corte di giustizia sulla accettabilità di tale teoria dal punto di vista dell'ordinamento dell'Unione, non abbia messo in discussione l'interpretazione dell'art. 325 TFUE contenuta nella sentenza *Taricco* per quanto riguarda l'effetto disapplicazione delle norme interne incompatibili che, secondo la Corte di giustizia, disenderebbe dalla norma.

¹⁰ V. MANES, *op. cit.*, 12, parla di una formulazione «a specchio».

¹¹ Parlano invece di «ultimatum» lanciato alla Corte di giustizia, M. CAIANELLO, *op. cit.*, 19, e F. VIGANÒ, *op. cit.*, 2. G. RICCARDI, *op. cit.*, 3 ss., usa il termine «ordinanza monito». Vari autori sottolineano l'atteggiamento meno aggressivo della Corte costituzionale rispetto a quello del Bundesverfassungsgericht nel caso *Gauweiler*: v., ad esempio, P. FARAGUNA, *op. cit.*

¹² Punto 10.

namento costituzionale (il principio della legalità in materia penale) non sussisterebbe.

Per il caso che la Corte di giustizia giudicasse invece fondate tutte e tre le ipotesi contenute nelle questioni pregiudiziali, la Corte costituzionale indica, seppure in maniera molto meno esplicita, che sarebbe costretta a pronunciarsi per l'accoglimento delle eccezioni di incostituzionalità¹³. Essa dichiarerebbe, secondo l'insegnamento delle sentenze n. 183/74, *Frontini*, e n. 180/84, *Granital*, incostituzionale la legge d'esecuzione del trattato di Lisbona nella parte in cui comporterebbe l'applicazione nel nostro ordinamento dell'art. 325 TFUE così come interpretato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Taricco*, a sua volta confermata, per ipotesi, nella pronuncia in risposta al rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale.

Sul piano pratico, va osservato, il risultato non cambierebbe nell'uno e nell'altro caso. Che la Corte di giustizia si lasci convincere dalla Corte costituzionale e «modifichi» o «precisi» in senso restrittivo l'interpretazione dell'art. 325 enunciata dalla sentenza *Taricco* ovvero che risponda in senso affermativo a tutte e tre le questioni pregiudiziali, confermando l'interpretazione molto ampia che traspare dalla sentenza cit., la Corte costituzionale emetterebbe, secondo quanto ha indicato, una decisione che non imporrebbe e nemmeno permetterebbe ai giudici italiani di disapplicare, nelle circostanze indicate dalla sentenza *Taricco*, la vigente disciplina della prescrizione dei reati in materia di IVA.

Sul piano teorico, invece, le differenze sarebbero relevantissime. In caso di risposta negativa ad almeno una delle questioni pregiudiziali, la Corte di giustizia eviterebbe alla Corte costituzionale di ricorrere ai «controlimiti», la nota teoria che, fino ad ora, non è mai stata utilizzata in concreto. In caso di risposta affermativa a tutte e tre le questioni pregiudiziali, invece, la decisione della Corte costituzionale, se questa si attenesse a quanto risulta dalla ordinanza n. 24, rischierebbe di aprire un conflitto «diretto» tra le due Corti. Un conflitto del genere non avrebbe precedenti nemmeno nei rapporti tra Corte di giustizia e Corti costituzionali di altri Stati membri¹⁴.

¹³ Punto 5, ultimo capoverso, II periodo. V anche il punto 2, secondo comma, dove vengono richiamati i precedenti menzionati nel testo.

¹⁴ Un possibile precedente di conflitto «diretto» tra Corte di giustizia e Corte costituzionale potrebbe essere quello che si è verificato nel caso delle c.d. «pensioni slovacche». In quella occasione la Corte costituzionale ceca, con sentenza 31 gennaio 2012, Pl. ÚS 5/12, ha preso una posizione nettamente contraria alla sentenza della Corte di giustizia 22 giugno 2011, C-399/09, *Landtová*, e, invocando la giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht, giudica la sentenza come «ultra vires» e pertanto incostituzionale. La vicenda tuttavia era molto particolare. Essa era il frutto di una acerrima lotta tra la Corte costituzionale, la Suprema

È perciò da presumere che la Corte di giustizia cercherà di rispondere in maniera da evitare che questa seconda situazione venga a crearsi.

3. *La prima questione: l'art. 325 TFUE e l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali*

Anche la Corte costituzionale si è sforzata di offrire alla Corte di giustizia una via d'uscita «indolore», articolando ben tre questioni pregiudiziali. Come si è visto, una risposta negativa ad almeno una di tali questioni escluderebbe, secondo la Consulta, la necessità di una pronuncia di incostituzionalità.

La prima questione pregiudiziale, per come è prospettata, si presenta come la meno problematica. Con essa, la Corte costituzionale chiede se l'art. 325 TFUE imponga al giudice penale di omettere di applicare la normativa di uno Stato membro in materia di prescrizione dei reati «anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata».

Parlando di assenza di «base legale sufficientemente determinata», la Corte si riferisce alla indeterminatezza delle circostanze in cui l'art. 325 TFUE, come interpretato dalla sentenza *Taricco*, imporrebbe al giudice penale di disapplicare una normativa interna in materia di prescrizione (come quella italiana) che sia più favorevole per la persona accusata¹⁵.

Tale prima questione richiede una risposta da parte della Corte di giustizia che si situi del tutto all'interno dell'ordinamento dell'Unione. Si tratterebbe di fornire un'interpretazione del solo art. 325 TFUE, eventualmente alla luce dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali e delle altre fonti richiamate dall'art. 6, par. 3, TUE in materia di protezione dei diritti umani (CEDU e tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri).

Un'interpretazione siffatta d'altronde non contraddirebbe la sentenza *Taricco*, perché riguarderebbe un profilo riguardo al quale, secondo la Corte costituzionale, mancherebbe o non sarebbe chiara la posizione della Corte di giustizia.

Corte Amministrativa (che aveva adito la Corte di giustizia per ottenere una sentenza pregiudiziale contraria ad una precedente sentenza della Corte costituzionale) e lo stesso Governo ceco (che ugualmente aveva sostenuto davanti alla Corte di giustizia una tesi contraria a quella invece accolta dalla Corte costituzionale). Sul punto J. KOMAREK, *Playing with matches: the Czech Constitutional Court's Ultra Vires Revolution* (22.2.2012) in *Verfassungsblog*.

¹⁵ La Corte si riferisce al concetto di «base legale certa e prevedibile» anche al punto 5, sesto comma, dove viene affiancato alla condizione di «prevedibilità» da parte della persona accusata, citando in appoggio la sentenza 21 ottobre 2013 della Grande Camera della Corte EDU, nel caso *Rio Del Prada c. Spagna*, (ricorso n. 42750/09, par. 93), che però non riguarda termini di prescrizione.

Infatti dei due aspetti problematici del regime di prescrizione che risulterebbe dall'effetto diretto dell'art. 325 TFUE così come interpretato dalla sentenza *Taricco* (retroattività e indeterminatezza), la Corte costituzionale sceglie di concentrarsi soltanto su quello della «indeterminatezza» nel definire le circostanze in cui la disciplina vigente della prescrizione andrebbe disapplicata. Non sembra invece che la Corte costituzionale richieda alla Corte di giustizia di tornare sull'altro aspetto anch'esso problematico della sentenza: la «applicazione retroattiva» del regime così definito¹⁶.

Invero il problema dell'applicazione del «nuovo» regime di prescrizione a reati commessi prima della sentenza *Taricco* viene più volte evocato nell'ordinanza n. 24¹⁷ accanto a quello della sua indeterminatezza, in linea con quanto avevano fatto i giudici rimettenti¹⁸. La Corte costituzionale però cambia «registro» a partire dal punto 5 della motivazione, nel quale comincia a riferirsi soltanto al «requisito della determinatezza» che i giudici rimettenti la chiamerebbero, ma solo «tra l'altro», a valutare.

Questa scelta è ancora più evidente nei punti 7 e 9. In entrambi la Corte costituzionale parla del già richiamato art. 49 della Carta dei diritti fondamentali, norma che consacra il principio di legalità dei reati e delle pene. La Corte dà atto che, nella sentenza *Taricco*, la Corte di giustizia si è pronunciata in favore della compatibilità con tale norma della possibilità di disapplicare *a casi pendenti*, come conseguenza dell'efficacia diretta dell'art. 325 TFUE, norme nazionali in materia di prescrizione che sarebbero più favorevoli per gli imputati. La Consulta precisa tuttavia che la Corte di giustizia lo avrebbe fatto «solo con riferimento al divieto di retroattività della sanzione penale»¹⁹ e «con riguardo al solo divieto di retroattività», mentre «non ha esaminato l'altro profilo proprio del principio di legalità, ovvero la necessità che la norma relativa al regime di punibilità sia sufficientemente determinata»²⁰.

Costituendo quella della non sufficiente determinatezza una questione aperta, sulla quale la Corte di giustizia non si sarebbe ancora pronunciata, la Corte costituzionale si sente autorizzata, proprio per questo e senza perciò smentire la competenza esclusiva della Corte di giustizia ad interpretare l'art. 325 TFUE, a svolgere estese argomentazioni sul punto. Secondo la Consulta, lo stesso art. 325 non pretenderebbe dai giudici italiani la disapplicazione del regime di prescrizione vigente nella

¹⁶ Su questo profilo v. *infra*, § 8.

¹⁷ Punto 2, secondo comma, e punto 4, secondo comma.

¹⁸ Punto 1, ottavo comma, dove la Corte riassume il pensiero dei giudici rimettenti.

¹⁹ Punto 7, primo comma.

²⁰ Punto 9, primo comma.

misura in cui il «nuovo» regime risultante dalla sentenza *Taricco* non sarebbe sufficientemente determinato.

La Corte costituzionale si appella in proposito agli «ordinamenti costituzionali degli Stati membri di civil law» di cui l'esigenza della determinatezza della legge penale costituisce «un tratto costitutivo»²¹, allo stesso art. 49 della Carta, letto «ai sensi dell'art. 52, paragrafo 4, della medesima Carta»²² e tenendo conto che «ha lo stesso valore dei Trattati (art. 6, paragrafo 1, del TUE)»²³, nonché all'art. 7 della CEDU, citando la sentenza del 20 settembre 2011, della Grande Camera della Corte EDU, sul caso *Yukos c. Russia*²⁴. La Corte si spinge fino ad affermare che una diversa conclusione eccederebbe «il limite proprio della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto quanto meno nella tradizione continentale», e non parrebbe «conforme al principio di legalità enunciato dall'art. 49 della Carta di Nizza»²⁵.

In sostanza, con la prima questione pregiudiziale, alla Corte di giustizia viene chiesto di dire se l'art. 49 cit. debba essere interpretato nel senso di vietare l'imposizione di un regime di prescrizione in materia penale meno favorevole *in condizioni non sufficientemente determinate* come sembrerebbe risultare dalla sentenza *Taricco* e se, di conseguenza, l'art. 325 TFUE debba essere interpretato, sotto questo profilo specifico, in conformità con l'art. 49²⁶.

²¹ Punto 9, secondo comma.

²² Punto 9, terzo comma.

²³ Punto 9, sesto comma.

²⁴ Punto 5, sesto comma. La sentenza sul caso *Yukos* (ricorso n. 14902/04) afferma che un cambiamento in senso peggiorativo delle regole per il calcolo del termine legale della prescrizione in materia penale, se applicato a fatti avvenuti precedentemente, rende il comportamento dello Stato illegittimo ai sensi dell'art. 1 del Protocollo 1, e dunque sembra effettivamente deporre nel senso indicato dalla Corte costituzionale e non in quello della Corte di giustizia, benché la sentenza sia citata anche nella sentenza *Taricco* (punto 57). Sul precedente *Yukos*, v. F. VIGANÒ, *op. cit.*, 7. La Corte costituzionale cita anche la sentenza 22 giugno 2000 della Corte EDU, nel caso *Coëme e a. c. Belgio*, evocata anch'essa nella sentenza *Taricco* (punto 57), ma sminuendone l'importanza. Secondo la Corte infatti nella sentenza la Corte EDU si limiterebbe ad ammettere che «lo Stato aderente possa riconoscere alla prescrizione carattere processuale». La Corte costituzionale avrebbe potuto anche osservare che, a differenza del caso *Taricco*, nel caso *Coëme* non vi era alcuna indeterminazione circa le circostanze in cui il nuovo (e più lungo) termine di prescrizione era applicabile.

²⁵ Punto 9, quinto comma. O. POLLICINO, M. BASSINI, *op. cit.*, sostengono che, nel punto citato nel testo, la Corte costituzionale manifesta «bravely» le sue preoccupazioni sulla maniera in cui la Corte di giustizia si starebbe orientando riguardo all'art. 49 della Carta.

²⁶ Si noti che, puntando la Corte costituzionale sul solo aspetto della indeterminazione delle condizioni di applicazione del regime della prescrizione risultante dalla sentenza *Taricco*, in caso di risposta negativa della Corte di giustizia il predetto regime risulterebbe inapplicabile anche in relazione a fatti successivi alla sentenza cit. Infatti la necessità che la norma

4. *La seconda questione: l'art. 325 TFUE e il principio nazionale di legalità in materia penale*

Da questo punto di vista, la seconda questione pregiudiziale si pone su un piano abbastanza diverso e per questo pone maggiori difficoltà.

La questione riguarda il se la prescrizione in materia penale abbia natura «sostanziale» piuttosto che meramente «processuale». Come si sa, l'accettazione della prima soluzione, come avviene nell'ordinamento italiano, comporta l'estensione del principio di legalità anche al regime della prescrizione in materia penale. La soluzione opposta invece porterebbe ad escludere la prescrizione da tale ambito e permetterebbe un'applicazione di una nuova disciplina anche se *in malam partem* a fatti precedenti o in circostanze non sufficientemente determinate.

La Corte costituzionale chiede alla Corte di giustizia se l'art. 325 TFUE (come interpretato dalla sentenza *Taricco*) imponga al giudice penale di disapplicare un regime di prescrizione legale più favorevole per la persona accusata «anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità».

Come si vede, la risposta che la Corte di giustizia è chiamata a dare non riguarda l'interpretazione di norme appartenenti al solo ordinamento dell'Unione, quali sono l'art. 325 TFUE, l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali e le altre fonti richiamate dall'art. 6, par. 3, TUE in materia di diritti umani, ma anche il principio di legalità in materia penale come definito dall'ordinamento dello Stato membro in questione, nel caso di specie quello italiano.

Vero è che il principio di legalità come definito dall'ordinamento nazionale non viene in rilievo in quanto tale ma solo nel suo rapporto con l'ordinamento dell'Unione. Pur tuttavia, la Corte di giustizia è invitata ad esprimersi sulla possibilità che l'art. 325 TFUE, come interpretato dalla sentenza *Taricco*, «accetti» che sulla sua applicazione prevalga il principio di legalità come specificamente inteso in un ordinamento come quello italiano.

A differenza del profilo della indeterminatezza delle circostanze in cui la disciplina italiana vigente della prescrizione andrebbe disapplicata,

penale sia sufficientemente definita nelle sue condizioni di applicazione vale anche per i fatti verificatisi successivamente a tale momento. Soltanto un intervento legislativo di specificazione da parte del legislatore nazionale potrebbe ovviare alla mancanza di determinatezza: v. punto 7, settimo e ottavo comma, dove la Corte si domanda se l'intervento dell'art. 2, comma 36-*vicies* della l. 14 settembre 2011 n. 148 (che ha allungato i termini per i reati in esame) è stato sufficiente o se sarà necessario un ulteriore intervento legislativo.

sul quale, come si è visto, la Corte costituzionale ha potuto sostenere che la Corte di giustizia non si sarebbe pronunciata nella sentenza *Taricco*, invece sul profilo della natura sostanziale o processuale della prescrizione la sentenza cit. contiene una implicita ma non equivoca presa di posizione nel secondo senso²⁷.

La Corte costituzionale però sembra non avvedersene o meglio sceglie di non dare alle affermazioni della Corte di giustizia un valore assolutamente preclusivo rispetto all'applicazione della concezione sostanzialistica italiana della prescrizione.

Infatti, dopo avere spiegato brevemente per quali motivi nell'ordinamento italiano la prescrizione è considerata questione sostanziale e quindi soggetta al principio di legalità ai sensi dell'art. 25, secondo comma, Cost.²⁸, la Corte argomenta che, a suo avviso, tale questione «non riguarda direttamente né le competenze dell'Unione, né norme dell'Unione» in quanto «non sussiste alcuna esigenza di uniformità nell'ambito giuridico europeo». La Corte ne evince che «ciascuno Stato membro è perciò libero di attribuire alla prescrizione dei reati natura di istituto sostanziale o processuale, in conformità alla sua tradizione costituzionale»²⁹.

Anche sul punto, secondo la Corte costituzionale, la Corte di giustizia non si sarebbe pronunciata nella sentenza *Taricco*. Infatti, la Corte di giustizia non avrebbe «affermato che lo Stato membro deve rinunciare ad applicare le proprie disposizioni e tradizioni costituzionali che, rispetto all'art. 49 della Carta di Nizza e all'art. 7 della [CEDU] risultano per l'imputato di maggior favore»³⁰.

La Consulta sembra dunque assumere che, vista l'assenza di norme dell'Unione che disciplinino la prescrizione in materia di frodi IVA, la sentenza *Taricco non* avrebbe escluso che ciascuno Stato membro segua la propria concezione della prescrizione in materia penale o per lo meno lo possa fare quando ciò dipenda da un «principio cardine dell'ordinamento italiano»³¹.

Simile argomentazione è ripresa nel par. 8. Qui la Corte costituzionale insiste sul fatto che la non applicazione del regime della prescrizione ricavabile dalla sentenza *Taricco* deriverebbe da una «circostanza, in sé estranea all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione,» ma propria dell'ordinamento costituzionale italiano, in quanto questo attribuisce alla prescrizione «carattere di norma del diritto penale sostanziale e lo assog-

²⁷ Sentenza *Taricco*, punti 55-57.

²⁸ Punto 4, secondo e terzo comma.

²⁹ Punto 4, quinto comma.

³⁰ Punto 4, sesto comma.

³¹ Punto 6, primo comma.

getta al principio di legalità espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost.»³².

Più avanti, nello stesso punto, dopo aver distinto il caso della prescrizione in materia penale da quello del tutto diverso esaminato nella sentenza *Melloni*³³, la Corte reitera ancora l'argomento. Il primato del diritto dell'Unione non sarebbe in gioco nel presente caso. Infatti «non è in questione la regola enunciata nella sentenza *Taricco* e desunta dall'art. 325 del TFUE, ma solo l'esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione da parte del giudice»³⁴, il che è una «circostanza esterna all'ordinamento europeo»³⁵.

Tale interpretazione «permissiva» dell'art. 325, secondo la Corte costituzionale, è confortata dall'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali. L'ordinamento costituzionale italiano «conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee». L'art. 53 postula che la Carta non deve essere interpretata come lesiva dei diritti della dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciute «dalle costituzioni degli Stati membri». Pertanto, l'ordinamento dell'Unione non può opporsi all'applicazione della diversa tradizione costituzionale italiana, perché altrimenti «il processo di integrazione europea avrebbe l'effetto di degradare le conquiste nazionali in tema di libertà fondamentali e si allontanerebbe dal percorso di unificazione nel segno del rispetto dei diritti umani (art. 2 del TUE)»³⁶.

Concludendo, la Consulta sembra assumere che la Corte di giustizia non si sarebbe pronunciata sulla questione del se l'art. 325 TFUE escluda la possibilità che uno Stato membro come l'Italia, il cui ordinamento costituzionale riconosce la natura sostanziale della prescrizione in materia penale e la sottopone al principio di legalità, possa rispettare le sue tradizioni costituzionali. Essendo la specifica questione ancora aperta, la Corte costituzionale sostiene che sarebbe possibile per la Corte di giustizia pronunciarsi favorevolmente sul punto.

5. *La terza questione: la sentenza Taricco e la teoria dei «controlimiti»*

La terza e ultima questione pregiudiziale è quella che presenta difficoltà di gran lunga maggiori. In essa infatti la Corte costituzionale sceglie

³² Punto 8, secondo comma.

³³ Sentenza 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*.

³⁴ Punto 8, ottavo comma.

³⁵ Punto 8, nono comma.

³⁶ Punto 8, quarto e quinto comma.

un linguaggio particolarmente solenne, quasi che voglia che la questione suoni come un «avvertimento».

Da un lato, è solo nella terza questione che la Consulta «se la prende» non con l'art. 325 TFUE, come aveva fatto nella prima e nella seconda questione pregiudiziale, ma direttamente con la sentenza *Taricco*. Dall'altro, è ugualmente solo nella questione in esame che la Corte evoca la teoria dei «controlimiti», ipotizzando che quanto risulta dalla sentenza cit. possa essere giudicato «in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membri o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro».

In concreto, la Corte costituzionale domanda se la sentenza *Taricco* «debba essere interpretata» nel senso di imporre al giudice penale di omettere di applicare una normativa sulla prescrizione in materia penale «anche quando tale omissione» provochi il descritto contrasto.

A differenza della seconda questione pregiudiziale, in cui viene invocato uno specifico principio di ordine costituzionale, il principio di legalità, nella terza questione la Consulta si riferisce, «in termini generali»³⁷, ai «principi supremi» degli ordinamenti costituzionali nazionali e chiede alla Corte di giustizia di dire, una volta per tutte, se sì o no essa accetta che, quando sia in gioco la violazione di detti principi, l'ordinamento dell'Unione, complessivamente considerato, e lo stesso principio del «primato» non si oppongono a che lo Stato membro, i cui principi risulterebbero violati dall'applicazione di una norma dell'Unione, non la applichi.

Come si vede, è proprio la teoria dei «controlimiti» ad essere qui in discussione: la Corte di giustizia, secondo la Corte costituzionale, deve dire se accetta o meno tale teoria e il conseguente potere di ciascuno Stato membro di disapplicare, attraverso una decisione adottata dagli organi competenti secondo il proprio ordinamento, la norma dell'Unione che violi i «controlimiti».

Su questo aspetto, che in realtà emerge qui e lì dall'intera ordinanza, le osservazioni maggiormente pertinenti sono svolte nel punto 6.

Qui la Corte costituzionale, dopo avere qualificato il principio di legalità in materia penale come «principio cardine dell'ordinamento italiano»³⁸, chiama all'appello, nell'ordine, l'art. 4, par. 3, TUE (principio di leale collaborazione)³⁹, l'art. 2 TUE (valore del pluralismo)⁴⁰, l'art. 4, par.

³⁷ Punto 7, primo comma.

³⁸ Primo comma.

³⁹ Terzo comma. In questo comma si allude anche al preambolo della Carta dei diritti fondamentali.

⁴⁰ Quarto comma.

2, TUE (rispetto per l'identità nazionale)⁴¹ e lo stesso art. 6, par. 3, TUE (richiamo alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri in materia di diritti umani)⁴². Secondo la Corte, dal complesso di tali norme consegue che «il diritto dell'Unione e le sentenze della Corte di giustizia che ne specificano il significato ai fini di un'uniforme applicazione, non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine nazionale»⁴³. Senza sollevare la Corte di giustizia dal compito di «definire il campo d'applicazione del diritto dell'Unione» e «stabilire il significato della normativa dell'Unione», la Corte costituzionale afferma che spetta «alle autorità nazionali la verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento nazionale»⁴⁴.

L'aspetto maggiormente innovativo di queste affermazioni rispetto alla giurisprudenza precedente non è tanto la indiscutibile «riserva» in favore delle autorità nazionali circa la verifica dell'eventuale violazione dei controlimiti, quanto la ipotizzata «derivazione» della «riserva» dallo stesso ordinamento dell'Unione.

Secondo la Corte costituzionale, sarebbe la stessa Corte di giustizia ad ammettere tale «derivazione» nei punti 53 e 55 della sentenza *Taricco*. In questi, in verità, oscuri passaggi⁴⁵, la Corte di giustizia afferma, nel primo, che «se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati» e, nel secondo, che la disapplicazione andrebbe disposta ma soltanto «con riserva di verifica da parte del giudice nazionale» del rispetto dei diritti degli imputati. Ciò potrebbe solo significare che la Corte ha «demandato espressamente» agli «organi nazionali» il compito di verificare la compatibilità di una regola come l'art. 325 TFUE con «i principi supremi dell'ordine costituzionale italiano»⁴⁶.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Quinto comma.

⁴³ Sesto comma.

⁴⁴ Settimo ed ultimo comma.

⁴⁵ In questo senso, tra gli altri, R.E. KOSTORIS, *op. cit.*, 8.

⁴⁶ Punto 7, secondo comma. V. sul punto R.E. KOSTORIS, *op. cit.*, il quale parla di «concezione 'europeizzata' dei controlimiti anche se di tipo 'moderato' o 'debole', nel senso che, per un verso, essi verrebbero considerati parte integrante del diritto dell'Unione, ma, dall'altro – come suggerisce la stessa Corte costituzionale – la loro individuazione e la loro gestione verrebbe rimessa alle competenti autorità nazionali.» In dottrina era stato da tempo sostenuto che il rispetto della «identità nazionale» previsto dall'art. 4, par. 2, TUE, implicherebbe un riconoscimento a livello dell'Unione della teoria dei controlimiti: per ampi richiami, v. M. CARTABIA, *Art. 4.2, TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, 25 ss. L'A., cita come possibile adeguamento a tale concezione da parte della stessa Corte di giustizia le sentenze 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, 14 febbraio 2008,

È in realtà proprio tale «derivazione» che giustifica il perché la Corte costituzionale, pur affermando la propria competenza ad individuare i controlimiti e a verificarne l'eventuale violazione, interroga sul punto la Corte di giustizia⁴⁷.

6. *Le possibili risposte della Corte: la prima questione*

Ricostruite le tre questioni pregiudiziali in questi termini e avendo messo in evidenza le differenze di contenuto e di approccio di ciascuna di esse, è possibile ora tentare di immaginare come la Corte di giustizia potrebbe rispondere.

È noto che la Corte di giustizia si riserva una notevole discrezionalità nel decidere come «trattare» le questioni poste dai giudici nazionali. Potrebbe scegliere di rispondere solo ad una e non a tutte le questioni, ritenere opportuno cambiare l'ordine in cui sono state poste, riunirle tutte insieme o a gruppi. Soprattutto e, direi, quasi sempre la Corte di giustizia non si sente vincolata dalla formulazione delle questioni ma le reinterpreta secondo quanto essa stessa le intende o preferisce intenderle. Conseguentemente le risposte contenute nel dispositivo della sentenza pregiudiziale o ricavabili dalla motivazione talvolta non corrispondono che approssimativamente alle questioni.

Nel caso delle questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte costituzionale è improbabile che la Corte di giustizia si presti a seguire alla lettera il complesso ma anche contorto «discorso» svolto attraverso le tre distinte questioni. È più verosimile che la Corte scelga di riunirle in un unico quesito e di «puntare» sul contenuto della prima delle tre questioni pregiudiziali: quella che pone il problema dell'insufficiente «determinatezza» delle circostanze in cui, come appare dalla sentenza *Taricco*, il giudice penale di uno Stato membro dovrebbe disapplicare il vigente regime in materia di prescrizione e applicarne uno meno favorevole per gli imputati.

causa C-244/06, *Dynamic Medien*, 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, e soprattutto 12 maggio 2011, causa C-391/09, *Runeviè-Vardyn*. La prima di queste sentenze è richiamata anche dalla Corte costituzionale, nell'ordinanza 24, al punto 8, quinto comma. In dottrina v. anche M. CONDINANZI, *I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, 2015, 199 ss. In generale, sulla teoria dei «controlimiti» v., di recente, C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015, 168 ss.

⁴⁷ M. CAIANELLO, *op. cit.*, 19, si domanda se sia stato opportuno che la Corte costituzionale abbia messo la Corte di giustizia di fronte alla questione dei controlimiti, trattandosi invece un punto che appartiene alla competenza della sola Corte costituzionale.

La Corte di giustizia potrebbe non avere remore a pronunciarsi su un tale problema, dal momento che, come si è visto, il profilo della sufficiente determinatezza non sembra essere stato affrontato specificamente nella sentenza *Taricco* e si presta pertanto ad un esame aperto.

D'altronde la stessa Corte di giustizia non sembra aver inteso chiudersi alla possibilità di valutare nuovamente gli effetti della sentenza cit. sotto il profilo del rispetto dei diritti umani. Il punto 53 e, in maniera meno chiara, il punto 55 della sentenza, entrambi richiamati dalla Corte costituzionale nella sua ordinanza, lasciano al giudice nazionale il compito di assicurare, nell'applicare quanto stabilito nella sentenza, il rispetto dei diritti umani. Questa apertura non esclude che il giudice nazionale si rivolga ancora una volta alla Corte per chiedere lumi sul significato di tali passaggi e, in particolare, sul se il principio della legalità, sotto il profilo della sufficiente determinatezza del «nuovo» regime di prescrizione, sia rispettato alla luce dell'art. 49 della Carta, dell'art. 7 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Quanto alla possibilità che, nel merito, la Corte riconosca l'insufficiente determinatezza del «nuovo» regime di prescrizione e quindi la sua contrarietà al principio di legalità in materia penale, la cosa non appare del tutto inverosimile.

In verità, il requisito della sufficiente determinatezza delle circostanze in cui un regime di prescrizione più favorevole all'imputato va disapplicato, indipendentemente da come la prescrizione sia qualificata, attiene al più generale principio della certezza del diritto cui la Corte di giustizia ha, in varie occasioni, riconosciuto valore di principio generale del diritto dell'Unione, che va salvaguardato dai giudici nazionali e dalla stessa Corte di giustizia⁴⁸.

Che nel bilanciamento tra l'esigenza di proteggere in modo efficace gli interessi finanziari dell'Unione, in particolare la piccola quota che spetta ad essa sull'IVA, e il principio della certezza del diritto in materia penale sotto il profilo della necessaria determinatezza, è difficile credere che la Corte di giustizia intenda privilegiare *a tutti i costi* la prima sul secondo.

Vero è che l'indeterminatezza delle circostanze è frutto della stessa sentenza *Taricco* e della Corte di giustizia. L'indicazione che il regime di prescrizione vigente andrebbe disapplicato in ipotesi di «frodi gravi» che, «in un numero considerevole di casi», risultino prescritte in base al

⁴⁸ V., ad esempio, sentenza 12 dicembre 1996, causa riunite C-74/95 e C-129/95, *Procura della Pretura circondariale di Torino c. X*, punto 25, citata nell'ordinanza n. 24, punto 5, secondo comma. Per un altro importante precedente v. sentenza 13 gennaio 2005, causa C-453/00, *Kühne & Heintz*, punto 24.

vigente regime di prescrizione, è contenuta nei punti 47 e 58, oltre che nel dispositivo n. 1 della sentenza cit. Tuttavia, si ripete, la verifica del rispetto del principio di legalità in materia penale è stato svolto con esclusivo riferimento all'applicazione temporale della disapplicazione, mentre l'aspetto «indeterminatezza» è rimasto in ombra⁴⁹.

È ben possibile, d'altronde, che la Corte di giustizia prevedesse un intervento legislativo volto a definire meglio le circostanze in questione⁵⁰. La Corte di giustizia potrebbe quindi dare una risposta alla prima questione pregiudiziale nel senso che l'art. 325 non impone *sempre* al giudice penale di disapplicare il regime vigente in uno Stato membro in materia di prescrizione dei reati di frodi IVA ma *soltanto* a patto che le circostanze in cui una tale disapplicazione avverrebbe siano sufficientemente determinate *dal diritto dello Stato membro applicabile*. Così facendo la Corte postulerebbe bensì la non diretta efficacia dell'art. 325 TFUE ma solo limitatamente all'aspetto «determinatezza»⁵¹.

7. (Segue) La risposta «congiunta» alla seconda e alla terza questione

Se la Corte di giustizia rispondesse alla prima questione pregiudiziale nel senso indicato, non sarebbe necessario affrontare anche le altre questioni. Vero è che la Corte costituzionale non ha posto la seconda e poi la terza questione in subordine ad una risposta negativa alla precedente. Tuttavia che le cose siano così si evince dall'insieme delle motivazioni dell'ordinanza. Sembra evidente che una risposta alla prima questione pregiudiziale che soddisfacesse l'esigenza della Corte costituzionale di permettere al giudice penale di *non* seguire quanto sembrava invece imporgli la sentenza *Taricco*, sarebbe sufficiente. La Corte di giu-

⁴⁹ G. RICCARDI, *op. cit.*, 12, si domanda se basterebbe a «disinnescare» il conflitto che la Corte di giustizia, allontanandosi da quanto le questioni pregiudiziali domandano, fornisca una migliore e sufficiente definizione delle circostanze in cui la disciplina vigente della prescrizione deve essere disapplicata.

⁵⁰ A proposito di interventi legislativi per modificare il regime di prescrizione esaminato nella sentenza *Taricco*, la Corte costituzionale (punto 7, settimo comma) ricorda, a norma dell'art. 2, comma 36-*vicies semel*, lettera l), del d.lgs. 13 agosto 2011 n. 138, convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 1, della l. 14 settembre 2011 n. 148, i termini di prescrizione dei reati puniti dagli artt. Da 2 a 10 del d.lgs. n. 74/200 (comprensivi di quelli in questione nella sentenza *Taricco*) sono aumentati di un terzo. La disposizione però, come la stessa Corte precisa, «non è applicabile ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore».

⁵¹ Che l'eventuale indeterminatezza delle circostanze in cui dovrebbe applicarsi il regime della prescrizione come derivante dalla sentenza *Taricco* rientri nel principio di legalità in materia penale è contestato da alcuni autori: v., ad esempio, F. VIGANÒ, *op. cit.*, spec. 8 e ss.

stizia, interpretando in maniera sistematica le tre questioni pregiudiziali, potrebbe fermarsi alla prima e chiudere lì il discorso.

Qualora invece la risposta alla prima questione pregiudiziale fosse in senso affermativo e ribadisse che il giudice penale deve effettivamente di applicare il regime vigente della prescrizione in materia penale⁵², è da presumere che la Corte di giustizia, invece di attenersi strettamente all'ordine stabilito nel dispositivo dell'ordinanza, affronterà insieme la seconda e la terza questione. Invero, le due questioni presentano aspetti molto simili tra di loro.

Come si ricorderà, con la seconda questione, la Corte costituzionale chiede se l'art. 325 TFUE, come interpretato dalla sentenza *Taricco*, tolleri che uno Stato membro consideri il regime di prescrizione in materia penale come questione di carattere sostanziale e, conseguentemente, lo assoggetti al principio di legalità, non permettendo l'applicazione di un regime meno favorevole agli imputati in circostanze non sufficientemente determinate. La questione ruota intorno alla affermazione, più volte ribadita dalla Corte costituzionale, che il principio di legalità costituisce un «principio irrinunciabile del diritto penale costituzionale»⁵³ e un «principio cardine dell'ordinamento italiano»⁵⁴.

La Corte costituzionale non chiede pertanto alla Corte di giustizia di definire la portata del principio di legalità *secondo l'ordinamento dell'Unione* e, in particolare, di interpretare più estensivamente la portata dell'art. 49 della Carta. La Consulta si pone sul piano dei rapporti tra i due ordinamenti e interroga la Corte di giustizia sul se essa accetta, nonostante che nell'ordinamento dell'Unione il principio di legalità abbia una portata più ristretta e non «copra» il regime di prescrizione dei reati, che uno Stato membro possa applicare a questo aspetto la propria concezione nazionale più ampia, in quanto tale concezione è legata ad un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale di quello Stato.

La terza questione pregiudiziale in realtà affronta una prospettiva molto simile anche se viene formulata in termini più solenni e generali della questione precedente. La Corte costituzionale pone alla Corte di giustizia la stessa questione ma rapportandola non più al solo principio di legalità in materia penale ma, in generale, ai «principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro [in questione] o con i diritti ina-

⁵² La Corte di giustizia potrebbe, ad esempio, sostenere che le circostanze in cui la di applicazione dovrebbe avvenire sono sufficientemente determinate o determinabili. Su questo profilo v. punto 5, tredicesimo comma, dell'ordinanza n. 24.

⁵³ Punto 5, quarto comma.

⁵⁴ Punto 6, primo comma.

lienabili della persona come riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro».

Che la Corte di giustizia sia disposta, in un momento storico simile, a riconsiderare il tema dei rapporti tra ordinamenti in termini così generali, accettando o viceversa escludendo che gli Stati membri possano di applicare il diritto dell'Unione in caso di contrasto con i principi fondamentali del proprio ordinamento costituzionale, così come definiti dagli Stati stessi, sembra molto poco verosimile.

Pare invece meno improbabile che la Corte di giustizia possa accettare di ragionare con riferimento al solo principio di legalità in materia penale, basandosi sull'art. 53 della Carta, che, in realtà, nella sentenza *Taricco* non viene menzionato, e sulla necessità di rispettare l'eventuale *tutela maggiore* prevista dalle costituzioni degli Stati membri.

Da questo punto di vista, come giustamente osserva la Corte costituzionale⁵⁵, il precedente della sentenza Melloni non sembra precludere una soluzione favorevole.

L'art. 325 TFUE, per quanto norma di rango primario in quanto contenuta nello stesso trattato sul funzionamento dell'Unione⁵⁶, si limita a prevedere, come dice la stessa Corte di giustizia, «un obbligo di risultato», per quanto «preciso e non accompagnato da alcuna condizione quanto all'applicazione della regola in essa enunciata»⁵⁷. Una norma del genere non è lontanamente paragonabile al complesso e articolato sistema normativo previsto dalla decisione quadro sul Mandato d'arresto europeo⁵⁸ e, in particolare, dall'art. 4-*bis*, che detta una disciplina dettagliata relativamente al caso dell'esecuzione di un mandato a fronte di una sentenza di condanna emessa in contumacia. In queste particolari condizioni, la possibilità di permettere ad uno Stato membro di far prevalere una propria concezione del diritto all'equo processo più garantista dell'art. 4-*bis* cit., avrebbe messo in discussione l'intero sistema e fatto venir meno il rapporto di fiducia reciproca sul quale il sistema si basa. È in questo contesto che la Corte di giustizia non ha voluto permettere allo Stato membro di applicare uno standard di protezione diverso e maggiore rispetto a quello definito dalla decisione quadro⁵⁹.

⁵⁵ Punto 8, settimo e ottavo comma.

⁵⁶ Sentenza *Taricco*, punto 50.

⁵⁷ Sentenza *Taricco*, punto 51.

⁵⁸ Decisione quadro 2002/584/GAI, del Consiglio, del 13 giugno 2002, successivamente modificata con decisione quadro 2009/299/GAI, del Consiglio, del 28 marzo 2009, che aveva introdotto l'art. 4-*bis* cit. nel testo.

⁵⁹ Sul confronto tra il caso esaminato nella sentenza Melloni e quello oggetto della sentenza *Taricco* v., tra gli altri, O. POLLICINO, M. BASSINI, *op. cit.*, i quali condividono l'opinione che i due casi sono diversi e che il precedente potrebbe non essere seguito in *Taricco*. Ma-

Nel caso dell'art. 325, invece, considerata la sua genericità, non sussiste alcuna esigenza del genere. Manca una disciplina dettagliata. Non è previsto un sistema di reciproco riconoscimento delle decisioni che sarebbe a sua volta basato sulla mutua fiducia.

È pertanto probabile che la Corte di giustizia, escluso, in risposta alla prima questione pregiudiziale, che l'ordinamento dell'Unione *in quanto tale* impedisca l'applicazione di un regime penale le cui circostanze d'applicazione non siano sufficientemente determinate, scelga poi di soffermarsi sul se il divieto di applicazione di un regime del genere possa discendere, *nel contesto dell'art. 53 della Carta*, dal principio di legalità in materia penale in quanto principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale dello Stato membro in questione. Sembra invece da escludere che la Corte di giustizia si lasci trascinare in un dibattito in termini generali.

8. *Conclusioni: e se la Corte di giustizia preferisse non rispondere?*

Per concludere, mette conto evidenziare che alla Corte di giustizia resterebbero anche altre vie che le consentirebbero di evitare tout court di rispondere specificamente alle questioni pregiudiziale della Corte costituzionale.

Tra queste andrebbe menzionata la possibilità che la Corte di giustizia tragga spunto dall'aumento di un terzo dei termini di prescrizione per i reati di frodi IVA introdotto dal legislatore nel 2011.

Richiamando l'intervento legislativo⁶⁰, la Corte costituzionale solleva il dubbio che «occorra verificare nelle sedi competenti se il problema» emerso con la sentenza *Taricco* «non sia stato risolto» in questo modo. Vero è che la stessa Consulta precisa che l'aumento «non è applicabile a fatti commessi prima dell'entrata in vigore» della relativa legge. Nondimeno la Corte di giustizia potrebbe non volere prendere posizione sulle questioni pregiudiziali prima che «nelle sedi competenti» il dubbio sia sciolto⁶¹, richiamando a questo fine l'obbligo che incombe sui giudici degli Stati membri di interpretare le norme interne in conformità, per quanto possibile, con le esigenze del diritto dell'Unione⁶².

nifestano sul punto maggiori perplessità M. CAIANELLO, *op. cit.* 21 s. e R.E. KOSTORIS, *op. cit.*, 9 s.

⁶⁰ Punto 7, settimo comma. V., *supra*, n. 50.

⁶¹ In questo senso V. MANES, *op. cit.* p. 12.

⁶² Su una questione relativa ad un caso di possibile applicazione «retroattiva», ma in bonam partem, di una legge irlandese che attua (in ritardo) una direttiva v. sentenza 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*.

Una seconda via per evitare di pronunciarsi specificamente sulle questioni pregiudiziali potrebbe consistere nel tornare, in punto di ammissibilità delle questioni pregiudiziali stesse, sul problema dell'applicazione temporale della sentenza *Taricco* e del regime di prescrizione che da essa deriverebbe⁶³.

Premesso che la sentenza non prende al riguardo una posizione del tutto chiara⁶⁴, lasciando soltanto presumere che il «nuovo» regime peggiorativo si applicherebbe anche a fatti già commessi al momento della pronuncia⁶⁵, la Corte potrebbe invece statuire che il giudice penale potrebbe non applicare tale nuovo regime a fatti del genere non in quanto ciò sarebbe contrario all'art. 49 della Carta e all'art. 7 CEDU, ma perché sarebbe incompatibile con i diritti fondamentali come garantiti dalla Costituzione dello Stato membro in questione, invocando, anche a questo proposito, l'art. 53 della Carta.

La Corte di giustizia potrebbe richiamare la riserva contenuta nei già citati passaggi dei punti 53 e 55 della sentenza *Taricco*. La Corte costituzionale «utilizza» gli stessi passaggi per convincere la Corte di giustizia di non imporre al giudice penale di applicare un regime di prescrizione qualora le circostanze in cui ciò dovrebbe avvenire non siano sufficientemente definite. Nulla impedisce tuttavia che gli stessi passaggi siano invocati dalla stessa Corte di giustizia per consentire al giudice penale di non applicare la sentenza *Taricco a fatti precedenti* quando ciò comportasse una lesione di un diritto fondamentale nella misura in cui sia tutelato dalla Costituzione nazionale. D'altronde è proprio nel contesto della discussione sull'applicazione temporale e sulla eventuale portata retroattiva della sentenza che la Corte di giustizia ha formulato la riserva di cui sopra.

⁶³ Parla di possibilità che la Corte di giustizia ritorni sul punto della «retroattività» del regime derivante dalla sentenza *Taricco*, C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco*, cit., § 4. L'A. tuttavia ipotizza un vero e proprio revirement della Corte e non, come si sostiene nel testo, una puntualizzazione su un aspetto che la sentenza non decide in termini espliciti.

⁶⁴ V. invece le maggiormente approfondite considerazioni contenute conclusioni dell'avv. gen. Kokott, punti 118 e ss.

⁶⁵ In particolare, punto 55 dove si legge 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*» (corsivo aggiunto). Peraltro, non viene precisato se il risultato normativo emergente dalla sentenza *Taricco* sia applicabile a fatti per i quali il termine di prescrizione sia già maturato alla data della sentenza ma non sia ancora stata dichiarata. Com'è noto, la questione è stata oggetto di decisioni divergenti nella giurisprudenza di legittimità come efficacemente riassunto, da ultimo, al punto 3.6 dell'ordinanza 31 marzo 2016 n. 33538 della Corte di cassazione, III sez. pen., con la quale è stata nuovamente sollevata l'eccezione di costituzionalità in relazione alla sentenza *Taricco*.

Se intendesse orientarsi in questa direzione, la Corte di giustizia potrebbe esplicitarlo ancor prima di affrontare nel merito le questioni pregiudiziali, dichiarandole addirittura inammissibili perché basate su un erroneo presupposto: che la sentenza *Taricco* debba applicarsi anche a fatti commessi precedentemente alla data della sentenza stessa.

GAETANO DE AMICIS

IL CASO *TARICCO* E LE CORTI
NEL PRISMA DEI CONTROLIMITI:
DIALOGO O SUPREMAZIA?

SOMMARIO: 1. Un dialogo problematico, ma necessario. – 2. Le questioni oggetto del rinvio pregiudiziale. – 3. Un'arma a doppio taglio. – 4. Le differenze con il «caso Meloni». – 5. Le possibili soluzioni.

1. *Un dialogo problematico, ma necessario*

Decisione saggia e prudente, quella assunta dalla Corte costituzionale con la ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017, poiché ha scelto la strada del dialogo inter-giurisdizionale interrogando la Corte di giustizia con lo strumento del rinvio pregiudiziale e l'ha invitata, sostanzialmente, a rivedere la sua posizione euro-centrica, evitando un possibile conflitto dagli esiti tanto imprevedibili, quanto pericolosi per la tenuta stessa delle istituzioni euro-unitarie¹.

Non sembra, quello che sta ora per delinearsi, uno scenario agevolmente ricomponibile, poiché si chiede alla Corte di Lussemburgo, di fatto, di tornare sui suoi passi, riconoscendo la rilevanza di principi cardine del nostro ordinamento costituzionale rispetto al diritto dell'Unione europea. Nell'impostazione dei quesiti, inoltre, il Giudice delle leggi individua nuclei tematici nettamente definiti, chiedendole di riconoscere il controlimite e legittimarne l'operatività in deroga al principio del primato.

Se nell'*iter* argomentativo della pronuncia vi è un insistito richiamo al fatto che i Giudici di Lussemburgo restano investiti del compito di definire il campo d'applicazione del diritto dell'Unione e di stabilire il contenuto delle relative regole (ivi incluso l'art. 325 TFUE), è certo che «la

¹ Per i primi commenti all'ordinanza v. G. CIVELLO, *La Consulta, adita sul «caso Taricco», adisce la Corte di Giustizia: orientamenti e disorientamenti nel c.d. «dialogo fra le Corti»*, in *Arch. pen.* 2017, 1, 1 ss.; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco: la questione alla Corte di Giustizia*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 30 gennaio 2017, 1 ss.

verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento nazionale» spetta in via ultimativa alla Corte costituzionale, proprio in ragione del suo ruolo di custode dell'ordinamento e della necessità di una valutazione di «sistema» anche alla luce del diritto dell'UE.

Non v'è traccia, tuttavia, in questo modo di procedere, di una prospettiva legata alla «comunitarizzazione dei controlimiti», quanto piuttosto, come si è osservato, della ricerca di un pluralismo costituzionale ordinato, in cui i controlimiti assumono una valenza reattiva di fronte ad isolate violazioni di principi supremi che assumono però una specifica consistenza tanto alla luce del quadro costituzionale nazionale che di quello sovranazionale².

2. *Le questioni oggetto del rinvio pregiudiziale*

Secondo la Corte costituzionale, il principio di legalità penale ha un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, perché non è limitato alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità. Nella misura in cui incide sulla punibilità della persona, l'istituto della prescrizione ha un valore sostanziale, non meramente processuale, rimanendo pertanto soggetto alle garanzie di cui all'articolo 25, secondo comma, della Costituzione.

Entro tale prospettiva, afferma la Corte, il diritto dell'Unione e le sentenze della Corte di giustizia che ne specificano il significato ai fini di un'uniforme applicazione non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale. La disapplicazione per via giudiziaria delle norme nazionali in questione, sotto il profilo della incompatibilità con l'articolo 325 TFUE, configurerebbe una duplice violazione del principio di legalità in materia penale, inteso sia come riserva di legge, sia come divieto di retroattività della norma penale. Essa comporterebbe, infatti, da un lato, un'espansione della responsabilità penale ben al di là dei limiti definiti dalla legge dello Stato; dall'altro lato, l'applicazione all'imputato di una disciplina in materia di prescrizione più sfavorevole di quella prevista al momento della commissione del reato.

Sulla base di tali considerazioni deve escludersi, pertanto, che il diritto euro-unitario possa imporre agli Stati membri di venire meno ai

²G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *www.diritticomparati.it*, 20 febbraio 2017, 1 ss. Sul tema v. l'ampia raccolta di saggi curata da A. BERNARDI, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017.

principi supremi sanciti dai propri ordinamenti costituzionali, soprattutto in un caso in cui il livello di protezione degli imputati garantito dall'ordinamento nazionale sia più elevato di quello concesso dall'articolo 49 della Carta di Nizza e dall'articolo 7 CEDU.

La scelta dell'ordinamento italiano di attribuire alla disciplina della prescrizione il carattere di norma sostanziale e di assoggettarla al principio di legalità espresso dall'articolo 25, secondo comma, Cost., rappresenta una tutela rafforzata dei diritti fondamentali della persona che impedisce l'applicazione diretta da parte del giudice nazionale della norma europea, senza che ciò comporti il venir meno del primato del diritto dell'Unione. Del resto, la stessa Corte di Giustizia (nel punto 53 della sentenza *Taricco*) ha posto in evidenza l'obbligo del giudice nazionale di garantire il rispetto dei diritti fondamentali degli interessati, nel caso in cui dalla disapplicazione delle disposizioni nazionali contrastanti con il diritto dell'Unione europea possa derivare l'irrogazione di sanzioni penali.

Qualora la Corte di Giustizia aderisca alle argomentazioni prospettate dalla Corte costituzionale – fornendo un'interpretazione tale da escludere ogni conflitto con il principio costituzionale di legalità in materia penale – sarebbero superate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici rimettenti. In caso contrario, ovvero se l'applicazione dell'art. 325 TFUE comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria a quel principio, la Corte costituzionale non potrebbe che dichiararne la prevalenza rispetto al principio del primato del diritto dell'Unione.

Di particolare rilievo appare il fatto che la stessa Corte costituzionale evidenzia come resti in ogni caso ferma la responsabilità della Repubblica italiana per avere omesso di approntare un efficace rimedio contro le gravi frodi fiscali in danno degli interessi finanziari dell'Unione, e in particolare per avere compresso temporalmente l'effetto degli atti interruttivi della prescrizione.

3. *Un'arma a doppio taglio*

Potrebbe sembrare paradossale, per certi versi, che proprio in relazione ad un micro-sistema come quello della prescrizione, indifendibile sotto vari profili, si prospetti il possibile utilizzo dell'arma dei controlimiti.

Non può tralasciarsi di considerare, infatti, che la Corte di giustizia ha posto l'ordinamento italiano di fronte alla necessità di riflettere sullo statuto della prescrizione penale, evidenziando l'irragionevolezza di un sistema quale quello che si è venuto a formare dopo la modifica del 2005 da parte della legge *ex Cirielli* ed i successivi interventi di «aggiusta-

mento», spesso assai poco ragionevoli, nel quale convivono – per reati che offendono beni giuridici omogenei e che sono connotati dalla medesima gravità sanzionatoria – regimi totalmente distonici di prescrizione breve e regimi di prescrizione «eterna», grazie al meccanismo di sterilizzazione del termine massimo a seguito degli atti interruttivi³.

D'altronde, nella Relazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio europeo sulla lotta alla corruzione del 3 febbraio 2014 (COM (2014) 38 final) si è formulato un chiaro suggerimento alle istituzioni nazionali al fine di colmare le lacune della disciplina della prescrizione – come già richiesto nelle raccomandazioni rivolte all'Italia nel luglio 2013 – vagliando la modifica della normativa sulla decorrenza dei termini di prescrizione (anche escludendo le istanze d'appello dai termini di prescrizione) e l'adozione di norme più flessibili sulla sospensione e sull'interruzione.

In tale relazione, peraltro, si è invitato il nostro Paese a valutare specificamente il rischio di prescrizione per i procedimenti in corso per reati di corruzione, dando la priorità ai procedimenti che presentano tale rischio.

Occorre tuttavia considerare, sotto altro profilo, che la posta in gioco va ben al di là della rilevanza attribuibile allo specifico caso in esame, involgendo il tema più ampio dei limiti all'introiezione degli obblighi di disapplicazione *in malam partem* sanciti dalla Corte di giustizia, nella loro prospettiva non soltanto 'interna' all'ordinamento nazionale (i c.d. controlimiti costituzionali), ma anche 'esterna' ad esso, coincidendo con i limiti di attribuzione delle competenze dell'Unione europea che, in quanto fissati da Trattati, hanno carattere internazionale⁴.

Si è dubitato, in tal senso, che il giudice italiano, per effetto della sentenza *Taricco*, «sia stato messo nella condizione di avere un paradigma decisionale sufficientemente preciso e tale da assicurare il rispetto dell'art. 25 della Costituzione»⁵.

Non sono mancate, inoltre, voci critiche sul fatto che la Corte di giustizia ha individuato la «base legale» per la tutela penale degli interessi finanziari dell'U.E. nel disposto dell'art. 325 TFUE, che, come si evince dalla stessa collocazione e dal tenore letterale della sua formulazione, non costituisce una norma penale; l'art. 325 TFUE, infatti, è una disposizione

³ E. GALLUCCI, *La difficile composizione tra i dicta della Corte di Lussemburgo e i principi fondamentali in materia penale*, in *www.aic.it*, 11 novembre 2016, 49 ss.

⁴ G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte euro unitaria tra limiti di attribuzione 'internazionale' e 'controlimiti' costituzionali*, in *www.aic.it*, 11 novembre 2016, 28 ss.

⁵ M. LUCIANI, *Chi ha paura dei controlimiti?*, in *www.aic.it*, 11 novembre 2016, 74.

sulla produzione delle leggi, rivolta agli Stati membri, a carico dei quali pone un obbligo di risultato preciso, come si evince dal comma 2, secondo cui «*Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari*»⁶.

Da tale disposizione, e dal complessivo quadro istituzionale dell'Unione, pertanto, deriva che l'eventuale inadeguatezza della tutela penale apprestata da un ordinamento nazionale potrebbe essere sanzionata con una procedura di inadempimento dello Stato membro (*ex artt.* 258 e ss. TFUE), non già con l'affermazione di un obbligo di disapplicazione con effetti penali *in malam partem* rivolto ai giudici nazionali. Di converso, l'Unione avrebbe la possibilità, alternativa, di esercitare i poteri conferiti dall'art. 83 TFUE, mediante adozione di direttive, previo inserimento della materia delle frodi nell'ambito delle competenze penali indirette dell'Unione.

Sotto questo specifico profilo, in particolare, si è ritenuto di cogliere il pericolo di un travalicamento dei limiti e delle forme, in quanto il TUE riconosce alle istituzioni 'europolitane', nell'ambito di quelle «limitazioni di sovranità» consentite dall'art. 11 Cost., competenza penale soltanto indiretta, prevedendo l'adozione di direttive in alcune sfere di criminalità caratterizzate da una dimensione transnazionale (art. 83 TFUE), tra le quali non rientrano, allo stato, le frodi agli interessi finanziari dell'Unione. L'assunzione dell'art. 325 TFUE quale «base legale» per la tutela penale di interessi finanziari dell'U.E., oltre ad eccedere la natura programmatica della disposizione, finirebbe per attribuire una competenza penale diretta all'Unione, al di fuori degli stessi limiti istituzionali previsti dal Trattato⁷.

4. *Le differenze con il «caso Melloni»*

Opportuna, dunque, appare la scelta del rinvio pregiudiziale, significativamente connotata, in un rilevante passaggio argomentativo dell'ordinanza, da un'operazione discretiva rispetto al precedente rappresentato dalla sentenza «Melloni», ove la Corte di giustizia ha fornito un'interpretazione molto limitativa dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali.

A segnare la differenza con quel caso, afferma l'ordinanza, è il fatto che in quell'occasione sarebbe stata minacciata una «rottura dell'unità del diritto dell'UE in una materia basata sulla reciproca fiducia in un

⁶ G. RICCARDI, cit., 31.

⁷ G. RICCARDI, cit., 31 ss.

assetto normativo uniforme», mentre nel caso *Taricco* non si discute la regola che la Corte di giustizia ha desunto dall'art. 325 TFUE, «ma solo l'esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice».

Nella vicenda Melloni, in effetti, la Corte europea ha puntato sul principio del primato per escludere che una norma della Costituzione spagnola, così come interpretata dal *Tribunal constitucional* in relazione al mandato di arresto europeo, potesse condurre a rifiutarne l'esecuzione in presenza di una sentenza contumaciale di condanna qualora l'ordinamento dello Stato richiedente (in quel caso proprio l'Italia) non avesse garantito la ripetizione del processo.

Nel caso Melloni, tuttavia, il legislatore dell'Unione aveva adottato un atto normativo (una decisione quadro) che era stata modificato proprio riguardo alla rilevanza delle sentenze contumaciali, e ciò proprio per ovviare a certe difficoltà nell'esecuzione dei mandati in situazioni del genere e garantire maggiore tutela ai soggetti coinvolti. Di fronte ad un intervento normativo finalizzato sostanzialmente ad una armonizzazione delle legislazioni nazionali, è comprensibile che la Corte di giustizia non abbia ritenuto di consentire ai vari Stati membri di disapplicare la decisione quadro ed applicare il diverso *standard* nazionale di protezione⁸.

Nel caso *Taricco*, invece, la norma UE è rappresentata dal solo art. 325 TFUE, ossia da una norma di diritto «primario», ma al contempo estremamente generica, che impone solo un risultato ed è ben lungi dall'indicare i mezzi per conseguirlo. Tale disposizione, infatti, lascia agli Stati membri la scelta se prevedere o meno sanzioni di tipo penale per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione, mentre i rapporti tra l'art. 53 e l'art. 49 della Carta non sono stati neppure evocati nella sentenza *Taricco*.

Nel caso Melloni, dunque, la Corte di giustizia si è preoccupata di ribadire ancora una volta l'importanza della esigenza di armonizzazione sottesa alla decisione quadro 2009/299/GAI, con cui si è «cristallizzato» il consenso raggiunto dalla comunità degli Stati membri rispetto al grado di tutela dei diritti processuali da riconoscere alle persone condannate *in absentia*, quando siano state colpite da un mandato d'arresto europeo⁹.

Ove si consentisse ad uno Stato membro di avvalersi dell'art. 53 della Carta per subordinare la consegna di una persona condannata *in*

⁸ L. DANIELE, *La sentenza «Taricco» di fronte alla Corte costituzionale: come deciderà la Consulta?*, in *www.aic.it*, 11 novembre 2016, 47 ss., ove si prospettava la possibilità di disporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

⁹ G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il caso Melloni*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 giugno 2013, 18 ss.

absentia alla condizione, non prevista dalla decisione quadro 2009/299, che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione dei diritti della difesa garantiti dalla Costituzione dello Stato membro di esecuzione, si correbbe il rischio di rimettere in discussione l'uniformità dello *standard* di tutela dei diritti fondamentali, definito proprio grazie a quella decisione quadro e da tutti gli Stati membri consapevolmente negoziato ed accettato, arrecando non solo un *vulnus* ai principi di fiducia e riconoscimento reciproci che essa mira a rafforzare, ma un pregiudizio per la stessa effettività di quello strumento normativo.

La disposizione dell'art. 53 della Carta non stabilisce regole di prevalenza gerarchica tra i diversi livelli di protezione dei diritti fondamentali, ma fissa un criterio generale di esercizio del potere di bilanciamento tra due diritti (o principii, o valori) entro una prospettiva inter-ordinamentale, per risolvere le eventuali situazioni di conflitto che si producono in quelle «aree di intersezione» degli ambiti di applicazione della Carta e delle fonti «concorrenti», ossia in quelle aree comuni che ricadono sia nel campo di applicazione della Carta, come definito in via di principio dall'art. 51, sia in quello delle altre fonti, così come viene definito all'interno di ciascun ordinamento¹⁰.

Il giudizio di bilanciamento si situa necessariamente in una dimensione relazionale e va esercitato secondo tecniche orientate verso l'obiettivo di un equo temperamento delle diverse forme di tutela accordate da ciascun ordinamento ai diritti umani, situazione, questa, che va interpretata come indicativa della presenza di un'opportuna differenziazione dei gradi di tutela che circondano l'irriducibilità del nucleo essenziale di un diritto.

Nel caso Melloni, che involgeva l'apprezzamento di un differente grado di intensità nelle modalità di esercizio di un diritto fondamentale, la Corte di giustizia ha prudentemente stabilizzato il grado di tutela ad un livello intermedio, tenendo conto, da un lato, della specificità della materia entro cui deve collocarsi la composizione dei valori di riferimento del conflitto, e, dall'altro lato, della sostanza costituzionale del più ampio quadro di principii di diritto euro-unitario che governano, proprio in quella materia, le scelte condensate nell'adozione di atti di diritto derivato comunque «conformati» alle indicazioni desumibili dalla tavola dei diritti garantiti dalla CEDU.

La Corte, dunque, non ha sancito un arretramento di garanzie, né ha escluso, in linea generale, il riconoscimento del principio del più ele-

¹⁰ G. DE AMICIS, cit., 21 ss.

vato livello di tutela ai sensi dell'art. 53 della Carta, ma ha individuato un punto di equilibrio ordinamentale, ispirandosi a quei principi elastici di «compatibilità sistemica» e di ponderata «geometria variabile» che rispondono perfettamente all'idea di «unione nella diversità» posta alla base del costituzionalismo europeo.

Tale esito decisorio, dunque, non sembra pregiudicare necessariamente l'impostazione ricostruttiva che sarà seguita in occasione della pronuncia sul rinvio pregiudiziale disposto dalla Corte costituzionale.

5. *Le possibili soluzioni*

Sotto altro profilo, tuttavia, deve rilevarsi come appaia estremamente problematico un passo indietro della Corte di giustizia, nella, pur auspicata, direzione di una valutazione di compatibilità dell'art. 325 TFUE con l'identità costituzionale dello Stato membro, valutazione il cui esito la porterebbe a depotenziare notevolmente la portata precettiva di quella norma, «nella misura in cui ad essa verrebbe anteposta inesorabilmente la tutela di altri principi fondamentali»¹¹.

Né sembra possibile un tentativo di specificazione dei presupposti di disapplicazione della disciplina nazionale contrastante con l'art. 325, trattandosi di parametri (gravità e numero considerevole delle frodi) inevitabilmente soggetti ad oscillazioni giurisprudenziali e difficilmente riempibili di contenuto per la loro irriducibile «elasticità», anche in relazione ad una, più generale, esigenza di piena uniformità di applicazione del precetto sull'intero territorio dell'Unione europea e non solo all'interno dell'ordinamento nazionale.

Ciò, anche senza voler considerare i rischi legati ad una probabile, diversa, declinazione degli effetti temporali delle sentenze, poiché, come è stato rilevato, una consolidata giurisprudenza «comunitaria» vieta che con un nuovo rinvio interpretativo si possano limitare nel tempo gli effetti di una precedente pronuncia pregiudiziale, con la conseguenza che una soluzione ermeneutica indicata solo a partire dalla nuova sentenza pregiudiziale determinerebbe una disparità di trattamento fra gli imputati il cui regime di prescrizione è caduto sotto gli effetti della sentenza *Taricco* e quelli che potrebbero invece beneficiare del principio di non retroattività della norma penale sfavorevole in virtù della limitazione degli effetti della sentenza nel tempo¹².

¹¹ M. ARANCI, *Ritorno a Lussemburgo: la Corte di giustizia nuovamente chiamata a pronunciarsi sul caso Taricco*, in *Eurojus.it*, 8 febbraio 2017, 10.

¹² C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Eurojus.it*, 29 gennaio 2017, 4 s.

Un possibile bilanciamento tra il quadro degli interessi sottesi alla disposizione di cui all'art. 325 ed il principio generale stabilito nell'art. 49 della Carta è stato opportunamente prospettato con riferimento ad una eventuale «riconfigurazione» del principio di legalità, secondo l'estensione riconosciutagli dall'ordinamento italiano, quale principio generale di diritto dell'Unione, suggerendo un'interpretazione dell'art. 49 tale da ritenere coperto dal principio di irretroattività della norma penale sfavorevole anche l'istituto della prescrizione, come accade sulla base dell'art. 25, co. 2, Cost. I valori sottesi al controlimite verrebbero in un certo senso «acquisiti» dal sistema giuridico dell'Unione come principio generale di diritto e valorizzati quale fattore di integrazione dell'ordinamento sovranazionale, nei suoi rapporti con quelli degli Stati membri, come già accaduto, del resto, nei casi *Omega* e *Dynamic Medien*¹³.

Né sembrano esservi ostacoli di particolare rilievo a far discendere nell'ampio alveo semantico dell'esigenza di «rispetto dell'identità nazionale» insita nella struttura fondamentale, politica e costituzionale degli Stati membri, cui non a caso fa riferimento la norma di principio scolpita nell'art. 4, par. 2, TUE, un meccanismo euro-unitario di garanzia giurisdizionale della sostanza di taluni irrinunciabili profili dello statuto costituzionale della legalità penale in uno Stato membro.

Una soluzione conciliativa, in definitiva, potrebbe rivelarsi auspicabile non solo nel quadro di un costruttivo dialogo fra le Corti nazionali ed europee, improntato ad una condivisa prospettiva di costruzione di un sistema di garanzie inter-ordinamentali in una materia – quella penale – da sempre soggetta a rivendicazioni «sovraniste», ma anche in vista di un «contenimento» delle sempre più frequenti, e talora ingiustificate, spinte giudiziarie nazionali verso un «neo-protezionismo» costituzionale¹⁴ lontano dagli obiettivi dell'integrazione europea all'interno di un comune spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

¹³ In tal senso v. C. AMALFITANO, cit., 4 s.; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco»*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 febbraio 2017, 11 ss.

¹⁴ Cfr., in relazione ad un m.a.e. esecutivo emesso dalle autorità italiane, la pronuncia del Tribunale costituzionale della Repubblica Federale di Germania (Bundesverfassungsgericht), 12 dicembre 2015, in *Cass. pen.*, 2016, 1746 ss., con nota di N. CANESTRINI, *Dalla Corte costituzionale tedesca un limite alla penetrazione dell'ordinamento comunitario negli Stati nazionali?* Con particolare riferimento al primato del diritto comunitario, la Corte costituzionale federale tedesca rileva come limitazioni di sovranità derivanti dalla normativa comunitaria come introdotte dalla legge nazionale di ratifica siano possibili solo a condizione che venga rispettato l'ordine costituzionale; in ogni caso non sarebbero possibili limitazioni di quei diritti inalienabili derivanti dai principi della Costituzione tedesca non soggetti a revisione o limitazione alcuna (c.d. identità costituzionale o *Verfassungsidentität*), fra i quali l'art. 1 in tema di inviolabilità della dignità della persona). Il limite della identità nazionale o identità costituzionale, sempre secondo la sentenza su citata, sarebbe non solo previsto nell'art. 4 § 2 TUE, ma sarebbe anche riconosciuto dalla maggioranza delle carte costituzionali degli Stati membri.

PIETRO FARAGUNA

LA CORTE COSTITUZIONALE
INSEGUE (E SUPERA) GAUWEILER:
L'ORDINANZA TARICCO DISEGNA UN QUADRO PERFETTO
PER IL SOGGETTO SBAGLIATO

SOMMARIO: 1. *Herr Gauweiler* bussa alla porta di Palazzo della Consulta. – 2. Il controllo di identità costituzionale. – 3. Cortocircuiti interpretativi. – 4. Un'identità costituzionale imbarazzante? – 5. La responsabilità dello Stato derivante dal rispetto della sua identità costituzionale. – 6. Quel che rimane fuori dal quadro: gli interessi finanziari dello Stato italiano e il principio di apertura dell'ordinamento.

1. *Herr Gauweiler bussa alla porta di Palazzo della Consulta*

La decisione di promuovere un rinvio pregiudiziale sul delicato caso *Taricco* ha smorzato la temperatura di un conflitto che sembrava poter erompere in modo potentissimo, e in questo senso porta un innegabile valore intrinseco di saggezza istituzionale. Il rinvio pregiudiziale è, in breve, da accogliere come soluzione infinitamente più preferibile di una pronuncia di accoglimento. Può però essere utile soffermarsi su alcune perplessità che emergono dalle modalità in cui è stato sollevato il rinvio. Laddove si analizzi l'ordinanza di rinvio nei suoi dettagli, infatti, si scorgono più facilmente le molte ombre di una decisione che, vista da lontano, mostra soltanto la sua luce. L'ordinanza sembra solo a parole ispirata a uno spirito di piena cooperazione, sposando soltanto apparentemente una mentalità che a Karlsruhe verrebbe detta *europarechtsfreundlich* e che a Lussemburgo (nonché a Roma) viene ascritta al principio di leale cooperazione. È la stessa Corte costituzionale a richiamare espressamente tale principio, «che implica reciproco rispetto e assistenza»¹, e a trarne delle evidenti conseguenze, nella misura in cui la Corte costituzionale italiana, pur avendo inequivocabilmente fatto intendere la sua posizione sulla *querelle*, «chiede conferma alla Corte di giustizia»², dando così occasione a

¹ Corte cost., ord. 27/2014, par. 6.

quest'ultima di disinnescare il conflitto prima che sia essa stessa a calare la scure dei "controlimiti", o meglio, dell'"identità costituzionale"³. L'approccio riecheggia chiaramente la giurisprudenza *Mangold/Honeywell* del *BVerfG*⁴: il Tribunale costituzionale tedesco aveva affermato che laddove vi fosse il sospetto di una grave e strutturale violazione del principio delle competenze attribuite, avrebbe dovuto sospendere il controllo *ultra vires* e sottoporre dapprima la questione alla Corte di giustizia, per fornirle l'occasione di verificare essa stessa il rispetto delle competenze. Questo modo di agire ricorda anche la recente saga *Gauweiler/OMT*⁵, le cui affinità con la vicenda *Taricco* sono molte. Anche in quell'occasione il *BVerfG* aveva promosso un rinvio pregiudiziale, e aveva fatto intendere in modo molto chiaro qual era la sua posizione, mettendo però la Corte di giustizia in condizione di provvedere essa stessa. Non lo avesse fatto, aveva lasciato chiaramente intendere il *BVerfG*, ci avrebbero pensato i giudici di Karlsruhe. *Taricco* e *Gauweiler* non condividono soltanto il fatto che in entrambi i casi le Corti costituzionali nazionali hanno bussato alla porta della Corte di giustizia per segnalare il rischio di violazione dei controlimiti, ma ne condividono anche le possibili obiezioni: il rinvio della Corte

² *Ivi*, par. 7. In termini analoghi, un altro passaggio dell'ordinanza afferma che la Corte ritiene che il giudice nazionale non debba dare applicazione alla regola tratta dalla Corte di giustizia se essa confligge con un principio cardine dell'ordinamento italiano, «ma reputa in ogni caso conveniente porre il dubbio all'attenzione della Corte di giustizia».

³ Il lessico della Corte ha oscillato ampiamente tra espressioni diverse (principi supremi, principi fondamentali, valori essenziali), e soltanto nel 2014, con la nota sentenza 238, aveva optato per l'espressione di "controlimiti" il cui uso era invalso già da molto nella dottrina. In questa sentenza il lessico muta nuovamente, e opta per la nozione di identità costituzionale, che richiama a una terminologia assai più diffusa nel dibattito costituzionale globale (su tutti, si vedano M. ROSENFELD, *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, Abingdon-on-Thames, 2009 e G.F. JACOBSON, *Constitutional Identity*, Cambridge MA, 2010), e particolarmente utilizzata nel dibattito europeo che a tale termine fa riferimento nonostante il Trattato sull'Unione europea si riferisca al rispetto delle identità nazionali: su questo dibattito cfr. E. CLOOTS, *National identity in EU law*, Oxford, 2015. La terminologia "identità costituzionale" era comparsa nella giurisprudenza della Corte soltanto ragionando di profili domestici, e in particolare nella sentenza sul c.d. Lodo Alfano (la notazione si deve a G. PICCIRILLI, *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida*, in questo volume). Sulla sentenza in questione, e i legami con i principi supremi, sia consentito rinviare a P. FARAGUNA, "Lodo ter": legge costituzionale necessaria, ma non sufficiente, in *Studium Iuris*, 2010/4, 363-371.

⁴ *BVerfG*, 2 BvR 2661/06, 6 luglio 2010.

⁵ La vicenda giurisdizionale passa attraverso tre sentenze: la decisione del *BVerfG* di promuovere il rinvio pregiudiziale (*BVerfG*, 2 BvR 2728/13, 14 gennaio 2014); la decisione della Corte di giustizia sul rinvio pregiudiziale (CGUE, causa C-62/14, 16 giugno 2015, *Peter Gauweiler ed altri c. Deutscher Bundestag*); la decisione del *BVerfG* che ha definito la questione da cui era originato il rinvio pregiudiziale (*BVerfG*, 2 BvR 2728/13, 21 giugno 2016).

costituzionale italiana, così com'era per il rinvio del *BVerfG* nel caso *Gauweiler/OMT*, sembra porre un quesito la cui unica risposta ammissibile è già confezionata nel rinvio stesso. Perciò, ora come allora, potrebbe ritenersi il rinvio inammissibile, posto che la Corte costituzionale ha già affermato che non potrà conformarsi a una decisione della Corte di giustizia che vada in una direzione diversa da quella indicata dal rinvio. Così come l'obiezione non è stata ritenuta insuperabile dalla CGUE nel caso *Gauweiler/OMT*⁶, può presumersi che non lo sarà nel caso *Taricco*, in ossequio a quel principio di leale cooperazione che pone obblighi di cooperazione tanto sulle Corti costituzionali nazionali, quanto sulla CGUE. Ciò pare verosimile a maggior ragione nel caso del rinvio della Corte italiana, caratterizzato da un tono assai meno minaccioso di quello del *BVerfG*⁷, il cui rinvio pregiudiziale sembrava posto più come un ultimatum che non come l'inizio di un dialogo. Al contrario, la Corte italiana assai più gentilmente «chiede conferma»⁸, «reputa in ogni caso conveniente porre il dubbio»⁹, e non esplicita in modo lapidario la sua intenzione di non conformarsi a una eventuale sentenza della CGUE che non sposasse pienamente la sua linea. Ciononostante vi è una differenza fondamentale tra lo “stile” e la “sostanza” dei rinvii pregiudiziali delle due Corti costituzionali in *Gauweiler/OMT* e *Taricco*, e nella sostanza un elemento di differenziazione molto rilevante è dato dall'oggetto della contesa. Nel caso *Gauweiler/OMT* l'oggetto del rinvio pregiudiziale era una decisione della Banca Centrale Europea (BCE) che in concreto non era mai stata attuata, avendo il programma raggiunto i suoi effetti con il mero annuncio della sua possibilità. Il rinvio era pressoché una questione di mero principio (non per questo poco importante) e a dare ulteriore riprova della scarsa rilevanza “diretta” della decisione della CGUE sul caso *Gauweiler/OMT* vi era la mancata richiesta dei giudici di Karlsruhe di attivare la procedura accelerata, richiesta che invece la Corte costituzionale italiana non manca di includere nella sua ordinanza. Nel caso del rinvio della Corte italiana, infatti, la questione è tutt'altro che una questione di mero principio, con-

⁶ È appena il caso di segnalare l'amara sorte della posizione del Governo italiano, intervenuto nella causa *Gauweiler/OMT*, sostenendo che la «domanda di decisione pregiudiziale non può essere esaminata dalla Corte, in quanto il giudice del rinvio non riconosce un valore interpretativo definitivo e vincolante alla risposta che la Corte fornirà a tale domanda»: cfr. CGUE, causa C-62/14, 16 giugno 2015, *Peter Gauweiler ed altri c. Deutscher Bundestag*, § 11.

⁷ Ciò ha indotto autorevole dottrina a descrivere l'ordinanza in questione come un *ultimatum*: cfr. A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *Giurcost.org*, 27 gennaio 2017.

⁸ Corte costituzionale, ord. 24/2017, punto 7.

⁹ Corte costituzionale, ord. 24/2017, punto 6.

seguendone la punibilità o meno di soggetti imputati di reati sanzionati con pene non lievi. Vi è però un'ulteriore differenza – forse la più importante – tra i due rinvii e che consiste non tanto nel dato per cui la decisione OMT della BCE non era mai stata attuata, ma nel fatto stesso che l'oggetto della contesa fosse un atto di un'istituzione (la BCE) diversa rispetto alla CGUE. Al contrario, la questione posta dalla Corte italiana verte sulle conseguenze applicative di un atto della stessa istituzione che è chiamata a pronunciarsi sul rinvio pregiudiziale, ovvero la CGUE. La differenza è assai significativa, perché nel caso *Gauweiler/OMT* la CGUE non era giudice in causa propria, ciò che invece è nel caso *Taricco*. E ciò non comporta soltanto l'imbarazzo di chiamare un'istituzione a correggere se stessa, ma soprattutto sembra mettere in seria discussione la possibilità di trovare un punto di incontro a “metà strada” tra il quadro pre-rinvio e quello post-rinvio. L'operazione era assai più agevole nel caso *Gauweiler/OMT*, considerato che la CGUE era chiamata a interpretare la portata di un atto “esterno” e non a re-interpretare la portata di una sua stessa sentenza, pronunciata soltanto pochi mesi prima. Il margine, dunque, per disinnescare interpretativamente il conflitto è sostanzialmente assai più esiguo nel caso *Taricco* rispetto al caso *Gauweiler/OMT*, dove, al di là della ruvidità motivazionale, il *BVerfG* aveva sostanzialmente offerto una ricomposizione interpretativa del conflitto che non implicava nessun *revirement* da parte della CGUE, ma soltanto una interpretazione della decisione della BCE che fosse sensibile alle preoccupazioni sollevate dal *BVerfG*¹⁰. Al contrario, la questione posta dalla Corte costituzionale con il suo rinvio sembra implicare per i giudici europei un prezzo da pagare assai più alto in termini di autorevolezza e coerenza. L'ordinanza 24/2017 ricorda dunque lontanamente il rinvio del *BVerfG* nella questione *Gauweiler/OMT*, ma sembra alla fine porre la CGUE di fronte a una questione ancora più sfidante, pur se formalmente redatta con un registro più morbido.

2. *Il controllo di identità costituzionale*

Al di là delle analogie e differenze della decisione rispetto alle recenti vicissitudini del dialogo tra *BVerfG* e CGUE, il rinvio segna certamente una pagina importante nella giurisprudenza “europea” della Corte

¹⁰Nel suo rinvio pregiudiziale alla CGUE sul caso *OMT*, il *BVerfG* aveva offerto gli strumenti di una ricomposizione interpretativa del conflitto, laddove affermava che nella sua prospettiva la decisione *OMT* sarebbe esente da ogni censura se, alla luce degli artt. 119 e 127 e seguenti del TFUE e degli artt. 17 e seguenti dello Statuto del SEBC, la decisione fosse interpretata o limitata nella sua validità in una direzione di cui definiva in modo abbastanza chiaro i dettagli. Cfr. *BVerfG*, 2 BvR 2728/13 del 14 gennaio 2014, § 100.

italiana. Con il terzo rinvio della sua storia, la Corte costituzionale sembra definitivamente sdoganare se stessa come giurisdizione nazionale ai sensi dei Trattati, senza limitazioni o reticenze di sorta, continuando un percorso intrapreso nel 2008¹¹. In un primo momento la Corte aveva radicalmente escluso di potersi ritenere una giurisdizione nazionale ai sensi del Trattato. Successivamente tale possibilità era stata ammessa, ma limitatamente ai giudizi in via principale; in un terzo momento la possibilità era stata estesa ai giudizi in via incidentale, pur con alcune limitazioni (in quel caso venivano in rilievo norme prive di effetto diretto), limitazioni che paiono superate dall'ordinanza 24/2017¹². L'ordinanza segna anche la continuazione di un percorso giurisprudenziale volto ad affermare il carattere marcatamente accentrato del controllo di compatibilità con i principi supremi della Costituzione. Già nella storica sentenza n. 238 del 2014 la Corte costituzionale aveva chiaramente fatto intendere questo aspetto, seppur con riferimento al diritto internazionale consuetudinario. In quell'occasione la Corte costituzionale aveva segnalato che soltanto a essa spetta il compito di accertare l'eventuale incompatibilità di norme di diritto internazionale consuetudinario con i principi supremi della Costituzione, anche al costo di trarne delle conseguenze non perfettamente lineari in termini processuali: in quell'occasione, infatti, la Corte aveva infine dichiarato «non fondata» la questione, per quanto la motivazione avrebbe forse più linearmente condotto a una sentenza di inammissibilità, che però la Corte ha saggiamente escluso, perché avrebbe comportato la sua esautorazione dal controllo di identità costituzionale per casi futuri¹³.

¹¹ Corte cost., ord. n. 103/2008.

¹² Sulle quali cfr. G. PICCIRILLI, *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida*, cit.

¹³ La ricostruzione della Corte costituzionale nella sentenza n. 238/2014 poggiava infatti sulla constatazione per cui una norma di diritto internazionale consuetudinario che fosse in contrasto con i principi supremi dell'ordinamento non avrebbe potuto fare ingresso nell'ordinamento italiano. Questa impostazione aveva l'indubbio pregio di smorzare la parte dispositiva, evitando che la Corte pronunciasse l'accoglimento della questione avente a oggetto la norma di diritto internazionale consuetudinario che impediva il dispiegarsi della giurisdizione dei giudici italiani nei casi da cui erano originate le questioni di legittimità costituzionale. Essendone impedito l'ingresso, la norma doveva considerarsi non applicabile nel caso da cui originava la questione di legittimità costituzionale, che sarebbe perciò da considerarsi priva del requisito della rilevanza, e dunque inammissibile. Ciò avrebbe però comportato un invito ai giudici comuni a valutare autonomamente l'eventuale violazione dei principi supremi, rinunciando a quel controllo accentrato che è invece assai opportuno nella materia di cui trattasi. Il prezzo da pagare è una inconsistenza tra fondamento motivazionale e formula del dispositivo, non sfuggita fin da subito alla dottrina: cfr. 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 *giurcost.org* (17 novembre 2014), 2-3.

Un forte accentramento del controllo di compatibilità con i principi supremi è un obiettivo condivisibile, visto l'impatto che il riconoscimento della violazione di un principio supremo nell'ordinamento interno e nei rapporti inter-ordinamentali, impatto che difficilmente può essere rimesso alla responsabilità diffusa dei giudici comuni. La valorizzazione del ruolo della Corte nell'interpretazione dell'identità costituzionale trae ottime ragioni dall'autorevolezza che deriva dalla sua interpretazione dei principi supremi dell'ordinamento¹⁴, la cui natura sfuggente e enigmatica pone sull'interprete responsabilità particolarmente gravose e probabilmente al di là della portata del singolo giudice del caso concreto. La Corte costituzionale pare pienamente consapevole di ciò, e spende una parte importante della sua ordinanza a tracciare un quadro teorico di un controllo di identità costituzionale che è fondato su premesse lievemente diverse rispetto alla storica giurisprudenza che ha segnato il suo cammino comunitario. Lo scrutinio prende le forme di quell'*Identitätskontrolle* teorizzato dal *BVerfG* a partire dal suo *Lissabon-Urteil*¹⁵, anche se pare attingere maggiormente dalle stesse fonti del diritto dell'Unione. La Corte costituzionale prende infatti le mosse dal principio di leale cooperazione, ricondotto al codice genetico dell'Unione europea e scolpito nella formula dell'"unità nella diversità". La formula viene operativamente valorizzata dalla Corte costituzionale, che ne trae una conseguente articolazione del principio del primato che sarebbe fedele al codice genetico dell'Unione soltanto nella misura in cui la legittimazione e l'unità dell'ordinamento europeo, caratterizzato dal pluralismo, non neghino all'interno dell'Unione un tasso di diversità minimo, «necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro»¹⁶. Il rispetto delle identità nazionali costituzionali sa-

¹⁴ L'indiscussa autorevolezza dell'interpretazione che la Corte fornisce sulla concreta consistenza dei principi supremi dell'ordinamento, categoria interpretativa, sfuggente ed ermetica, non va però confusa con una sorta di monopolio interpretativo dell'identità costituzionale che spetterebbe alla Corte stessa. La "Costituzione vivente", e a maggior ragione gli elementi costitutivi della sua identità, è il frutto dell'interpretazione e applicazione di tutti gli attori costituzionali, e non della sola Corte. Sulla necessità di considerare anche gli attori non giurisdizionale cfr. M. LUCIANI, *Chi ha paura dei controlimiti?*, Relazione al Convegno "Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo", Dipartimento di Diritto pubblico Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", Roma, Istituto Luigi Sturzo, 4 ottobre 2016 e, volendo, P. FARAGUNA, *Taking Constitutional Identities Away from the Courts*, in *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 41, Issue 2, 2016, 491-578.

¹⁵ Per un'analisi dell'*Identitätskontrolle*, dei suoi sviluppi nella giurisprudenza tedesca, e degli echi sulla questione *Taricco*, cfr. J. LUTHER, *Costituzionalizzare l'Integrationsgewalt: non solo querelle de l'Allemagne*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 146-164.

¹⁶ Corte cost., ord. n. 24/2017, par. 6., riferendosi espressamente all'articolo 4(2) TUE.

rebbe dunque un elemento necessario di quella diversità che caratterizza in modo peculiare l'unità europea, anche quando vengano in rilievo caratteristiche specifiche di un solo ordinamento costituzionale, non ricomprese in quelle tradizioni costituzionali comuni cui la Corte di giustizia ha già da molto tempo dato importanza, e che i Trattati oggi accolgono all'art. 6(3) TUE¹⁷. Di fronte a questo quadro vengono dunque in mente specificità costituzionali quali la preminenza attribuita dal *Grundgesetz* alla tutela della dignità dell'uomo¹⁸ o la tutela particolarmente intensa del diritto alla vita del nascituro nella Costituzione irlandese¹⁹. Il quadro tracciato dalla Corte costituzionale nella sua ordinanza di rinvio è perciò tutt'altro che sconosciuto al percorso di integrazione europea, e la tutela di specificità costituzionali degli Stati membri trova dignità sia nella giurisprudenza della CGUE che nei Trattati. In questo quadro, il contributo delle Corti costituzionali nell'individuazione dei principi che determinano l'identità costituzionale è certamente importante, e perciò la decisione della Corte costituzionale di aprire un canale di comunicazione diretto con la Corte di giustizia sul punto va accolta senz'altro con favore.

¹⁷ Sembra perciò fuori fuoco il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri che si legge nella motivazione dell'ordinanza della Corte costituzionale, nella misura in cui la Corte asserisce una specificità costituzionale dell'ordinamento italiano (il conferimento al principio di legalità penale di un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee), riconoscendo espressamente che tale specificità non è una tradizione costituzionale comune degli Stati membri. Cfr. ord. 24/2017, par. 6 per il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, e parr. 4 e 8 per l'espresso riconoscimento della peculiarità dell'interpretazione dell'estensione del principio di legalità.

¹⁸ Il punto non è così pacifico, in quanto non vi è dubbio che la tutela della dignità umana è patrimonio costituzionale comune agli Stati membri e all'Unione stessa, e semmai la sola collocazione al vertice dei principi costituzionali del *Grundgesetz* è una peculiarità tedesca. Per questo, il riferimento che la Corte costituzionale italiana fa al caso *Omega* nell'ordinanza di rinvio non sembra a ben vedere calzante, poiché in quel caso «la questione si risol[se] integralmente all'interno della cornice del diritto europeo»: così F. BALAGUER CALLEJÓN, *Primato del diritto europeo e identità costituzionale nell'esperienza spagnola*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 124.

¹⁹ La tutela particolarmente intensa del diritto alla vita del nascituro disposta dall'art. 40.3.3 della Costituzione irlandese aveva generato un potenziale cortocircuito con una risalente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di prestazioni sanitarie di interruzioni di gravidanza (CGUE, causa C-159/90, 4 ottobre 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. v. Stephen Grogan and Others*). Le preoccupazioni di incompatibilità di questa giurisprudenza con un elemento essenziale della Costituzione irlandese avevano condotto al c.d. protocollo *Grogan*, tutt'ora vigente (Protocollo No. 17 al Trattato di Lisbona), che rappresenta uno degli esempi più fulgidi di neutralizzazione di un conflitto con l'identità costituzionale mediante strumenti non giurisdizionali e dispone che «nessuna disposizione dei trattati [...] pregiudica l'applicazione in Irlanda dell'articolo 40.3.3 della Costituzione irlandese».

3. *Cortocircuiti interpretativi*

In astratto, il quadro delineato dalla Corte costituzionale sembra anche molto attento a distinguere le competenze dei giudici di Palazzo della Consulta da quelle della CGUE. A quest'ultima spetterebbe interpretare il diritto dell'UE, e dunque non spetterebbe alle Corti costituzionali sindacare l'interpretazione fornita delle norme del Trattato e, nel caso specifico, dell'Articolo 325 TFUE, del cui significato tratto dalla CGUE la Corte costituzionale si limita a «prendere atto»²⁰. Alla Corte costituzionale spetterebbe invece interpretare l'identità costituzionale, offrendo l'esito della sua interpretazione alla stessa CGUE, affinché ne possa trarre le opportune conseguenze: è infatti appena il caso di ricordare che il rispetto delle identità costituzionali nazionali è un principio accolto dagli stessi Trattati (Art. 4(2) TUE)²¹. Anche a voler condividere l'impostazione adottata dalla Corte quanto alla menzionata separazione delle competenze, sembra che il quadro tracciato sia immediatamente disatteso dalla stessa Corte nella seconda parte della sua ordinanza, dedicata a sottoporre all'attenzione della CGUE la dubbia compatibilità dell'obbligo di disapplicazione con un altro profilo proprio del principio di legalità, ovvero la necessità che la norma relativa al regime di punibilità sia sufficientemente determinata. Ciò non avverrebbe nel caso in questione, posto che il giudice sarebbe chiamato a impegnative valutazioni (verificare che i termini prescrizionali conducano all'impunità in un numero *considerevole* di casi di frode *grave*²²) che lascerebbero, attraverso il ricorso ad aggettivi indeterminati, un margine discrezionale troppo ampio al giudice²³. La Corte individua criticità tutt'altro che peregrine, tuttavia nega le premesse che essa stessa aveva tracciato pochi paragrafi prima: la Corte costituzionale italiana sostanzialmente contesta l'interpretazione che la CGUE ha dato all'art. 49 della Carta di Nizza e in par-

²⁰ Corte cost., ord. 24/2017, par. 5.

²¹ Il quadro teorico ricostruito è tutt'altro che pacifico nella letteratura: nel dibattito sulla legittimità, opportunità e/o desiderabilità di affidare anche (o esclusivamente) alla Corte di giustizia la tutela delle identità costituzionali degli Stati membri, si segnalano M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir. Ann.*, IX, 2016, 455, in nt. 480; R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, 2015/1, 7, e A. RUGGERI, *A difesa della idoneità delle norme eurounitarie a derogare a norme costituzionali sostanziali e della «europeizzazione» dei controlimiti*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 487.

²² CGUE, causa C-105/14, 8 settembre 2015, *Ivo Taricco ed altri*, § 58.

²³ Su questo aspetto cfr. E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale (Riflessioni sulla sentenza Taricco)*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2016/1, 217-227 e C. SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 495-514.

ticolare la scarsa considerazione della sufficiente determinatezza delle norme relative al regime di punibilità. Al di là di questo aspetto “di metodo”, anche nel merito la declinazione che la Corte costituzionale valorizza del principio di legalità non sembra comunque tenere conto di una certa evoluzione del principio di legalità che supera la dicotomia tra legge e diritto, e pare invece esclusivamente focalizzata sulla determinatezza delle disposizioni della legge, tanto da caratterizzare – ad avviso della Corte, e utilizzando una distinzione un po’ *demodé* – un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law*. Ma al di là di questi aspetti, le considerazioni della Corte costituzionale sull’estensione del principio di legalità di cui all’art. 49 della Carta di Nizza negano apertamente le premesse di quell’ordinata distinzione tra competenze interpretative della CGUE e delle Corti costituzionali nazionali.

4. *L’immotivata estensione del controlimite*

Ciò detto, in una decisione che individua una potenziale violazione di un principio supremo dell’ordinamento che caratterizza la specifica identità costituzionale dell’Italia, ci si attenderebbe uno sforzo motivazionale quanto più intenso possibile per giustificare la riconducibilità di un determinato principio costituzionale all’identità della Costituzione. Invece, è molto difficile ravvisare questo sforzo nell’ordinanza con cui la Corte costituzionale promuove il rinvio pregiudiziale. Le motivazioni sul punto sono stringate e prevalentemente apodittiche²⁴. Ci si accontenta dapprima di segnalare come auto-evidente il carattere fondamentale del principio di legalità in materia penale. E se su questo punto vi è poco da discutere, lascia molte più perplessità l’elevazione alla stregua di principio supremo dell’ordinamento di corollari forse non coesenziali al prin-

²⁴ Sul punto specifico si legge infatti che «[N]on vi è inoltre dubbio che il principio di legalità in materia penale esprima un principio supremo dell’ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili dell’individuo per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata retroattiva» (par. 2), aggiungendo poi le considerazioni sulla natura sostanziale della prescrizione nella tradizione costituzionale italiana, e ribadendo in seguito la «giusta premessa che il principio di legalità penale riguarda anche il regime legale della prescrizione» (par. 5), affermando che la possibilità di prevedere ragionevolmente che il diritto vigente al tempo del fatto avesse – non consentito alle persone di comprendere quali possono essere le conseguenze della propria condotta, ciò che ci pare essere il cuore del principio di legalità in materia penale – ma imposto al giudice di disapplicare le contestate norme sulla prescrizione, qualificando tale prevedibilità delle vicissitudini processuali alla stregua di «un principio irrinunciabile del diritto penale costituzionale» (par. 5).

cipio di legalità in materia penale, quale la concezione sostanzialistica della prescrizione e finanche della disciplina sul termine massimo di estensione in caso di interruzione del decorso di quella. Può essere interessante in questa sede notare che la stessa Corte costituzionale aveva specificato nella sua “storica” giurisprudenza sui principi supremi che soltanto il nucleo essenziale di alcuni principi costituzionali può collocarsi al livello di principio supremo e che «tale qualifica non può certo estendersi ai vari istituti in cui esso concretamente si estrinseca e secondo le mutevoli esigenze storicamente si atteggia»²⁵. Nell’ordinanza 27/2014 la Corte trascura qualunque possibilità di distinguere tra “centro” e “periferia” del principio di legalità in materia penale, limitandosi a qualificare la concezione sostanzialistica una *giusta*²⁶ premessa del suo ragionamento. Eppure nella motivazione dell’ordinanza è la stessa Corte costituzionale che pare incappare incidentalmente in questa distinzione, pur non esplicitandola. Laddove la Corte tratta il requisito della determinatezza delle norme penali, parte essenziale del principio di legalità, ne individua la *ratio* nella necessità che ognuno possa «comprendere quali sono le conseguenze della propria condotta sul piano penale»²⁷. È la stessa Corte costituzionale che sembra così riferirsi all’individuazione della fattispecie illecita e alle conseguenze sanzionatorie, e non al regime prescrizione, né tanto meno alla disciplina della sua estensibilità massima nel caso si verificano eventi interruttivi. Al di là di queste tutto sommato superabili osservazioni, ciò che sorprende è lo spazio limitatissimo dedicato dalla Corte costituzionale a motivare l’estensione del principio supremo di legalità, ovvero a motivare quell’operazione interpretativa di cui rivendica il monopolio nel c.d. dialogo fra le Corti, dialogo nel quale è proprio la motivazione in punto di diritto a fornire legittimazione.

5. *La responsabilità dello Stato derivante dal rispetto della sua identità costituzionale*

Dopo aver affermato che la regola sulla non applicazione disposta dalla sentenza *Taricco* della CGUE lederebbe l’identità costituzionale ita-

²⁵ Corte cost., sent. n. 18/1982, punto 4 del considerato in diritto. Su questo aspetto ci si è già soffermati in altra sede, alla quale sia consentito rinviare: P. FARAGUNA, P. PERINI, *L’insostenibile imprescrittibilità del reato. La giurisprudenza “Taricco” alla prova dei controlimiti*, in *Diritto pen. cont. - Riv. trim.*, 2016/1, 204-216.

²⁶ Corte cost., ord. 27/2014, par. 5.

²⁷ *Ibidem.*

liana, e dopo aver dunque negato – anche in forza dell’articolo 4(2) TUE e dello stesso fondamento costituzionale dei Trattati europei – che tale conseguenza possa ammettersi, la Corte costituzionale concede che dalla mancata non applicazione delle norme sul limite massimo dell’estensione della prescrizione possa sorgere una responsabilità internazionale della Repubblica italiana per «avere omesso di approntare un efficace rimedio contro le gravi frodi fiscali in danno degli interessi finanziari dell’Unione e in violazione del principio di assimilazione, e in particolare per avere compresso temporalmente l’effetti degli atti interruttivi della prescrizione»²⁸. Da un lato, dunque, la regola desunta dall’Articolo 325 TFUE dalla CGUE nella sentenza *Taricco* non potrebbe applicarsi in Italia perché si violerebbe l’identità costituzionale, che l’Unione stessa è tenuta a rispettare in virtù dell’Articolo 4(2) TUE. Dall’altro lato, il rispetto dell’identità costituzionale condurrebbe comunque a un illecito internazionale. Ciò è già di per sé contraddittorio, ma lo diventa in modo paradossale laddove la Corte indica una possibile soluzione. La Corte segnala infatti che il legislatore è già intervenuto a modificare le norme del codice penale alla base della contesa con la Corte di giustizia, e che in particolare l’art. 2, comma 36-*vicies semel*, lettera l), del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138²⁹ ha aumentato di un terzo i termini di prescrizione dei reati in questione. La disposizione, essendo applicabile soltanto ai fatti commessi dopo l’entrata in vigore della legge, non potrebbe risolvere i casi da cui sono originate le questioni di legittimità costituzionale, ma potrebbe avere risolto il problema della responsabilità della Repubblica italiana *pro futuro*. Così non fosse, ad avviso della Corte, «sarebbe urgente un intervento del legislatore per assicurare l’efficacia dei giudizi sulle frodi in questione, eventualmente anche evitando che l’esito sia compromesso da termini prescrizionali inadeguati»³⁰. Tuttavia, qualunque intervento del legislatore (financo costituzionale!) non potrebbe certo superare i limiti che il rispetto dell’identità costituzionale pone al diritto dell’UE, e sarebbe perciò da limitarsi ai casi relativi a fatti futuri, rinviando l’efficacia dei giudizi a tempi indefinitamente lunghi. Potrebbe forse immaginarsi un intervento del legislatore per assicurare una efficace dissuasione delle violazioni in questione, anche riferite a fatti passati, attraverso sanzioni non penali: tuttavia, la Corte costituzionale si riferisce espressamente ai

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Si noti peraltro che la sola individuazione normativa di questa disposizione necessita di coordinate di una tale complicazione che è tutt’altro che improprio ritenere disallineate rispetto a quella possibilità di prevedere le conseguenze penali delle proprie azioni che, paradossalmente, fonda la posizione della Corte nel caso in questione.

³⁰ Corte cost., ord. n. 24/2017, par. 7.

termini prescrizionali adeguati, rimanendo perciò nell'ambito del diritto penale.

Queste ulteriori considerazioni sembrano poter condurre a esiti paradossali e contraddittori, che in fondo paiono far trapelare delle riserve mentali della stessa Corte costituzionale sulle conseguenze della sua posizione. Si finisce così per elevare a elemento imprescindibile dell'identità costituzionale un'estensione del principio di legalità in materia penale che – combinata a una legislazione assai discutibile sulla prescrittibilità di alcuni reati (è appena il caso di ricordare che il termine di cui si tratta nella vicenda *Taricco* è stabilito dalle norme della legge c.d. *ex Cirielli*), e un utilizzo spregiudicato delle tecniche dilatorie per giungere al porto sicuro della prescrizione, e a tanti altri fattori di inefficienza – conduce a sacche di impunità che generano non da oggi motivi di serissima preoccupazione quanto all'effettività del sistema sanzionatorio penale in alcuni settori dell'ordinamento³¹. Porre questo sistema allo stesso piano della preminenza della tutela della dignità umana, o comunque tra quelle «conquiste nazionali in tema di libertà fondamentali»³² che il processo di integrazione europea dovrebbe guardarsi dal degradare, non pare un esito desiderabile. Il rischio è quello di aver tracciato un quadro di rapporti inter-ordinamentali raffinato, elegante, equilibrato, fondato sull'obiettivo dell'unità nella tutela delle diversità, sulla leale cooperazione, sulla tutela del pluralismo, e di finire per mettere quel quadro a disposizione di un soggetto davvero poco degno.

6. *Quel che rimane fuori dal quadro: gli interessi finanziari dello Stato italiano e il principio di apertura dell'ordinamento*

Il quadro tracciato dalla Corte costituzionale non si limita però alle sole – pur importanti – questioni che sarà necessario definire per risolvere il conflitto tra interpretazione dell'art. 325 TFUE, come fornita dalla Corte di giustizia, e principio di legalità in materia penale, per come interpretato dalla Corte costituzionale italiana. Vi sono almeno due aspetti che nel quadro tracciato dalla Corte costituzionale paiono essere posti in secondo piano, e che potrebbero in quanto tali riemergere in un prossimo futuro. Un aspetto che nell'ordinanza di rimessione della Corte co-

³¹ Che la disciplina della prescrizione introdotta dalla c.d. legge *ex Cirielli* non fosse un esempio di legislazione virtuosa è un dato acquisito. Tra le numerose voci critiche che fin da subito si sono levate contro quella riforma, cfr. autorevolmente G. MARINUCCI, *La prescrizione riformata ovvero l'abolizione del diritto penale*, in *Corr. merito*, 2005, 187 ss.

³² Corte cost., ord. n. 24/2017, par. 8.

stituzionale non pare trasparire, e che poco spazio ha trovato anche nel dibattito “preventivo” all’ordinanza, è quello della preminenza attribuita alle ragioni della garanzia processual-penalistica rispetto alle contrapposte ragioni che possono insorgere. L’ordinamento di diritto dell’Unione europea è stato (ed è tutt’ora) spesso oggetto di critica per il fatto di disporre mezzi di tutela sproporzionatamente efficaci quando si tratti di salvaguardare gli interessi finanziari dell’Unione, rispetto all’attenzione che lo stesso ordinamento presta per le ragioni della tutela dei diritti fondamentali. Al di là del fatto che la sentenza della Corte di giustizia in *re Taricco* non è affatto insensibile alle ragioni della tutela dei diritti fondamentali, non mancando di considerare la compatibilità degli esiti della sua decisione con la CEDU e con la Carta dei Diritti Fondamentali dell’UE (pur giungendo a esiti diversi rispetto a quelli cui è giunta la Corte italiana), ciò che può essere interessante sottolineare è quanto tale critica omette di considerare. A tal fine può essere utile ricordare che soltanto una piccola quota dell’imposta eventualmente evasa dalle condotte di cui alla vicenda da cui origina la questione *Taricco* vanno a finanziare il bilancio dell’Unione. E che la maggior parte di quell’imposta (approssimativamente i 9/10) andrebbe a finanziare il bilancio dello Stato, le cui ragioni sono completamente ignorate tanto dal dibattito sulla vicenda *Taricco*, quanto dalla ordinanza della Corte costituzionale. L’aspetto non soltanto è totalmente ignorato dalla Corte, ma la motivazione dell’ordinanza estende e irrigidisce a tal punto il principio supremo di legalità in materia penale, che diviene impossibile qualunque composizione con gli interessi finanziari non soltanto dell’Unione, ma anche dello Stato italiano. Questa rigidità sembra porre le ragioni di alcuni diritti (quelli derivanti dalla estesa lettura data al principio di legalità in materia penale) in posizione nettamente prioritaria rispetto alle ragioni non tanto e non solo degli interessi finanziari, ma di tutti gli altri diritti – altresì fondamentali – che inevitabilmente “costano” (e il cui godimento necessariamente richiede impegno di risorse finanziarie), tra i quali vanno ricompresi non soltanto i diritti sociali, ma anche i diritti “liberali” di libertà³³. È inevitabile che l’estensione del perimetro del principio supremo di legalità in materia penale comprima significativamente la portata dei principi costituzionali contrapposti: è proprio questa la intrinseca natura dei principi supremi. Con ciò, l’estensione del perimetro di ognuno di essi è

³³ In tema cfr. il fondamentale lavoro di S. HOLMES, C. SUNSTEIN, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, Norton, New York-London, 1999 e, nella letteratura in lingua italiana, R. BIN, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Scritti in onore di G. Berti*, Napoli, 2005, I, 345 ss.

un'operazione che irrigidisce inevitabilmente l'esito di molteplici operazioni di bilanciamento. È vero però che nemmeno i principi supremi sono del tutto sottratti alle dinamiche del bilanciamento, se non altro perché la pluralità dei principi supremi (non a caso sempre declinati al plurale) ammette la possibilità che più principi supremi confliggano tra loro. E proprio su questo versante emerge il secondo elemento mancante dal quadro tracciato dall'ordinanza di rimessione: il principio di apertura dell'ordinamento come principio supremo dell'ordinamento costituzionale, e come elemento dell'identità costituzionale italiana³⁴. L'auspicio è che – tanto nel seguito della specifica vicenda *Taricco*, quanto nelle altre occasioni di attrito e conflitto che potranno emergere tra diritto costituzionale e diritto dell'Unione – i principi supremi dell'ordinamento costituzionale possano emergere in tutta la loro complessità, e l'irrigidimento di alcuni principi non determini una sproporzionata compressione di altri principi, altrettanto fondamentali.

³⁴ Sull'integrazione del principio di apertura nel nucleo di identità costituzionale, cfr. A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: I «controlimiti»*, in A. BERNARDI, *I controlimiti*, cit., 28 ss., nonché il recente contributo di F. FABBRINI, O. POLLICINO, *Constitutional identity in Italy: European integration as the fulfilment of the Constitution*, EUI Working Papers, LAW 2017/06, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/45605>.

MARCO GAMBARDELLA

PREVEDIBILITÀ E SUFFICIENTE DETERMINATEZZA
DELLA REGOLA *TARICCO*
NEL NUOVO RINVIO PREGIUDIZIALE
ALLA CORTE DI LUSSEMBURGO

SOMMARIO: 1. Il persistente dubbio interpretativo sul diritto dell'Unione e la necessità di un nuovo chiarimento da parte della Corte di giustizia. – 2. La relazione gerarchica tra il principio supremo di legalità e la regola *Taricco*. – 3. La prescrizione nell'alveo delle garanzie del principio di legalità penale. – 4. La mancanza di determinatezza della regola *Taricco*. – 5. È ammissibile una disapplicazione *in malam partem*? – 6. Riflessione finale.

1. *Il persistente dubbio interpretativo sul diritto dell'Unione e la necessità di un nuovo chiarimento da parte della Corte di giustizia*

L'immensa produzione letteraria sulla vicenda *Taricco*¹, consente di dare per assodato gran parte delle problematiche emerse a seguito dell'intervento della Grande Sezione e di proporre soltanto qualche riflessione sull'ordinanza costituzionale n. 24 del 2017².

La Consulta, concentrandosi unicamente sul “controlimite” dell'art. 25, comma 2, Cost. – e tralasciando quindi gli ulteriori parametri costituzionali individuati dalla Corte di cassazione (artt. 3, 11, 25, comma 2, 27, comma 3, 101, comma 2, Cost.) – ha sottoposto in via pregiudiziale

¹ Corte giust., Grande Sezione, 8 settembre 2015, *Taricco*, causa C-105/14, in *Dir. pen. cont.*, con nota di F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Per un approfondito quadro generale*, cfr. A. BERNARDI, *Presentazione. I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. BERNARDI, Napoli, 2017, VII ss.

² In proposito, si vedano i contributi (E. LUPO, G. RICCARDI, C. CUPELLI, L. DANIELE, E. GALLUCCI, M. GAMBARDELLA, M. LUCIANI) negli Atti del Convegno “*Aspettando a Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*”, in *Rivista AIC*, 4/2016. Fondamentale, poi, il volume collettaneo *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. BERNARDI, Napoli, 2017, che contiene importanti saggi al riguardo.

(ex art. 267 TFUE) alla Corte di giustizia tre questioni di interpretazione dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE³.

I quesiti pregiudiziali scaturiscono dalla sentenza interpretativa già pronunciata dalla Grande Sezione della Corte di Lussemburgo nella causa *Taricco*, giacché – ad avviso del Giudice costituzionale italiano – permane un grave stato di incertezza sul significato da attribuire al diritto dell'Unione⁴. La prioritaria importanza e l'urgenza delle questioni di diritto sollevate hanno indotto il Giudice delle leggi a richiedere che le questioni pregiudiziali siano decise con “procedimento accelerato”.

La Corte costituzionale nella sua ordinanza ha chiarito che se, per un verso, va ribadito il primato del diritto dell'Unione; per altro verso, il diritto dell'Unione può essere applicato in Italia soltanto se esso rispetti i principi supremi dell'ordine costituzionale italiano⁵.

Se così non fosse, la Corte costituzionale dovrebbe dichiarare «l'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati, per la sola parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi»⁶.

Questa premessa spiega l'asserzione finale delle Corte costituzionale, in cui si è ritenuto che l'art. 325 TFUE deve essere interpretato nel senso che non confligga con un principio cardine dell'ordine costituzionale italiano. E qualora la Corte di giustizia concordasse con la Corte costituzionale sul significato da ascrivere alla disposizione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che impone agli Stati membri di combattere le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione con misure dissuasive ed effettive, sarebbero superate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici rimettenti.

Ebbene, la prospettiva dialogica della Corte costituzionale ha quale primo polo della verifica di costituzionalità l'art. 325 TFUE e come vada effettivamente applicato.

³ Cfr. G. CIVELLO, *La Consulta, adita sul caso “Taricco”, adisce la Corte di giustizia: orientamenti e disorientamenti nel c.d. “dialogo fra le Corti”*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 1, 13.

⁴ Si tratta del secondo rinvio pregiudiziale compiuto dalla Corte costituzionale italiana in via incidentale (dopo quello dell'ordinanza n. 207 del 2013) e il primo in cui viene evocato un possibile conflitto con i principi supremi dell'ordine costituzionale, come nota C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, § 1.

⁵ Cfr., ampiamente, V. MANES, *La Corte muove e in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, in *Dir. pen. cont.*, 3 ss. E già secondo M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *I controlimiti*, cit., 70 ss., i “controlimiti” sono a salvaguardia della sovranità popolare, sicché i principi supremi della Costituzione sono invalicabili per le fonti sovranazionali.

Anzitutto, se esso operi nel senso ritenuto dai giudici rimettenti: l'art. 325 TFUE – che impone al giudice nazionale la disapplicazione del combinato disposto degli artt. 160, ultimo comma, e 161, comma 2, c.p. in tema di atti interruttivi della prescrizione – concerne anche le condotte anteriori alla data di pubblicazione della sentenza *Taricco*, determinando così un peggioramento della disciplina della prescrizione di natura retroattiva.

In secondo luogo – per gli stessi giudici rimettenti – mancherebbe una normativa determinata: non essendo chiarito né quando le frodi siano gravi, né quando ricorra un numero considerevole di casi di impunità, lasciando pertanto siffatta indicazione al potere del giudice penale.

L'altro polo della relazione è dato dal principio di legalità in materia penale (art. 25, comma 2, Cost.), che secondo l'ordinanza della Corte costituzionale costituisce uno dei principi supremi dell'ordinamento italiano, posto a presidio di diritti inviolabili dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano una efficacia retroattiva sfavorevole⁷.

Ora, nell'interpretazione dell'art. 325 TFUE enucleata dai giudici rimettenti sussiste il conflitto con il nostro principio supremo di legalità in materia penale, ma potrebbero esserci altre interpretazioni dello stesso testo che escluderebbero in radice l'antinomia⁸.

La Corte costituzionale identifica l'interpretazione dell'art. 325 TFUE che escluderebbe il conflitto ed eviterebbe l'intervento della Consulta, la quale altrimenti dovrebbe sbarrare la strada alla regola *Taricco*. L'interpretazione che, secondo la Corte costituzionale, farebbe cessare ogni ragione di contrasto e non farebbe accogliere la questione di legittimità costituzionale, è individuata nella seguente “premessa interpretativa”: 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» (§ 7).

2. *La relazione gerarchica tra il principio supremo di legalità e la regola Taricco*

La regola che si trae dall'art. 325 TFUE confligge con il principio supremo dell'ordine costituzionale italiano di legalità penale?

⁶ In tal senso, si veda ad esempio C. cost., 21 aprile 1989, n. 232.

⁷ Per F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla “Taricco”: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. proc.*, n. 3, 2017, 286 ss., il parametro di legalità non può che essere quello forgiato dalla stessa Corte costituzionale sulla base di tutte le norme e principi disponibili al riguardo.

La Corte costituzionale parla esplicitamente di risolvere un “confitto” tra due enunciati normativi, i quali sono posti – secondo quanto si evince dalla motivazione dell’ordinanza – in rapporto di gerarchia tra loro. E l’impiego nell’ordinanza del lessico delle relazioni gerarchiche è evidente in più punti della stessa.

Il criterio gerarchico risolve qui il conflitto. La norma superiore prevale sulla norma subordinata (*lex superior derogat inferiori*)⁹. Il principio di legalità costituzionale (o principio di costituzionalità)¹⁰ attua, a livello di rapporti tra norme, il principio di gerarchia: conferendo nel nostro caso preferenza al principio supremo costituzionale rispetto alla regola *Taricco*. Ne deriva che la norma gerarchicamente subordinata (regola *Taricco*) non può contrastare col principio supremo (di legalità penale) di rango sovraordinato.

Il principio di legalità costituzionale, inteso nel senso di garanzia della rigidità costituzionale, permette di realizzare a pieno lo Stato di diritto: la verifica del rispetto dei principi costituzionali (e anche dei principi supremi) da parte delle norme subordinate (e dunque del criterio gerarchico) è sempre affidata alla Corte costituzionale.

La Corte costituzionale identifica dunque previamente la relazione gerarchica tra gli enunciati normativi in questione: i principi supremi dell’ordine costituzionale italiano – tra cui rientra il principio di legalità penale – sono sovraordinati rispetto alla regola espressa dall’art. 325 TFUE.

Una gerarchia intesa dalla Corte costituzionale nel nostro caso in modo “forte”: si è esplicitamente scritto infatti che «se l’applicazione dell’art. 325 TFUE comportasse l’ingresso nell’ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale [...] questa Corte avrebbe il dovere di impedirlo».

Da una parte, il Giudice europeo provvede a stabilire il significato della normativa dell’Unione; dall’altra parte è rimessa alle autorità nazionali la verifica interna di compatibilità tra il diritto dell’Unione e l’osservanza dei principi supremi dell’ordinamento nazionale. E la Costituzione italiana attribuisce tale verifica “in via esclusiva” alla Corte costituzionale.

⁸ In senso critico, per M. CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in *Dir. pen. cont.*, 22, la questione sollevata dalla Corte costituzionale con l’ordinanza n. 24, nell’aprire formalmente al dialogo con la Corte di giustizia, tende in realtà a proporre una divisione tra mondi opposti e inconciliabili.

⁹ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, 1984, 180, 200 ss.

¹⁰ Sul principio di costituzionalità, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Torino, 1987, 57 ss.

La Corte costituzionale chiarisce che non si tratta di una contrapposizione tra due enunciati normativi i quali stanno sullo stesso gradino della scala gerarchica: che l'impedimento all'applicazione diretta della regola *Taricco* da parte del giudice interno «non dipende dalla contrapposizione di una norma nazionale alle regole dell'Unione», ma dal fatto che la prescrizione in Italia è parte essenziale del contenuto del principio di legalità penale (art. 25, comma 2, Cost.).

La Corte costituzionale è tenuta a stabilire la compatibilità della regola che si trae dal diritto europeo con i principi supremi dell'ordine costituzionale. Se rileva l'incompatibilità, deve escludere che la regola possa trovare applicazione in Italia.

In presenza di quest'ultimo esito, dovrebbe allora intervenire il legislatore italiano per assicurare l'efficacia dei giudizi in materia di frode fiscale in danno degli interessi finanziari dell'Unione europea, pure evitando che operi la prescrizione. Resterebbe ferma altresì la responsabilità dello Stato italiano per l'omissione di rimedi efficaci contro tali frodi.

Di particolare interesse risulta essere il corollario, di natura teorico-generale, che si può trarre da tale antinomia rilevata dalla Corte costituzionale: la distinzione tra il "testo" (cioè l'art. 325 TFUE) e la "regola" che si trae da quel testo, attraverso un'attività interpretativa in cui qui attore predominante è la Corte di Lussemburgo con la sentenza della Grande Sezione.

È la regola *Taricco* che entra nella relazione antinomica, e non già l'art. 325 TFUE *tout court*: ossia a prescindere da una sua attribuzione di significato. Ciò emerge in modo chiaro da vari passi dell'ordinanza costituzionale n. 24/2017.

Dunque, nel conflitto risolto attraverso il criterio gerarchico uno dei due poli del conflitto non è l'art. 325 TFUE, ma è la regola *Taricco*; ossia l'attribuzione di significato che la Corte di giustizia assegna, con la sentenza *Taricco*, all'art. 325 TFUE.

Da un lato, abbiamo il testo e, dall'altro, abbiamo una ascrizione di significato che è alla base della questione di costituzionalità. Occorre poi distinguere il testo della regola *Taricco* dalla meta-interpretazione data dai giudici rimettenti alla regola *Taricco*.

La meta-interpretazione compiuta dai giudici rimettenti sulla regola *Taricco* potrebbe non essere l'interpretazione corretta; si potrebbe intendere la regola in un modo diverso, e quindi la questione di costituzionalità diverrebbe infondata.

Ma qual è la "regola *Taricco*"? Essa viene descritta con esattezza nel primo paragrafo della motivazione dell'ordinanza costituzionale n. 24 del 2017: «l'art. 325 del TFUE impone al giudice nazionale di non applicare

il combinato disposto degli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, del codice penale quando ciò gli impedirebbe di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, ovvero quando frodi che offendono gli interessi finanziari dello Stato membro sono soggette a termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione».

In definitiva, è necessario tenere distinti: il testo dell'art. 325 TFUE, la regola *Taricco* (l'interpretazione dell'art. 325 TFUE da parte della Corte di Lussemburgo), dalla meta-interpretazione dei giudici rimettenti (quest'ultimi non interpretano l'art. 325 TFUE, ma questo testo nell'interpretazione già data dalla Corte di giustizia nel caso *Taricco*; e perciò si tratta di una meta-interpretazione).

3. *La prescrizione nell'alveo delle garanzie del principio di legalità penale*

L'ordinanza costituzionale n. 24 del 2017 ha precisato opportunamente che l'Italia, a differenza di altri Stati membri dell'Unione europea, accoglie una concezione sostanziale della prescrizione. Non essendoci in realtà nessun obbligo di uniformità nel diritto dell'Unione in tale ambito giuridico: ogni Stato membro è libero di assegnare alla prescrizione dei reati natura di istituto sostanziale o processuale, in conformità alla sua tradizione costituzionale.

Per il Giudice costituzionale, nel nostro sistema giuridico la normativa in materia di prescrizione dei reati è riconducibile al principio costituzionale di legalità, il quale rappresenta un principio supremo dell'ordinamento nazionale¹¹. È pertanto necessario che in tale materia vi sia una descrizione analitica della disciplina, al pari della fattispecie legale e della pena, da parte di una regola che sia vigente al tempo della commissione del fatto di reato¹².

Sulla scorta di tali asserzioni, si rivela ancora più sconcertante la pronuncia della terza sezione della Corte di cassazione, resa il 17 settembre 2015, in cui sono stati applicati i “presunti” principi discendenti dalla sentenza della Corte di giustizia *Taricco*, non dichiarandosi così la prescrizione già maturata fin dal 16 gennaio 2015¹³. In questo senso si è

¹¹ Cfr. M. GAMBARDELLA, *Segnali di riforma della prescrizione: la proposta Gratteri e il disegno di legge n. 2067*, in *Cass. pen.*, 2016, 2737 ss.

¹² Cfr. in proposito le considerazioni di V. MANES, *La Corte muove e in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, cit., 5 ss.

¹³ Cass., sez. III, ud. 17 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, in *Cass. pen.*, 2016, 1445 ss. Cfr., in senso critico, su quest'ultima decisione, E. LUPO, *La primauté del di-*

poi orientata anche un'altra decisione della terza sezione della Corte di cassazione, secondo cui la disapplicazione sfavorevole opera anche per i reati la cui prescrizione è maturata prima della sentenza *Taricco*, perché la pronuncia della Corte di Lussemburgo è meramente dichiarativa del diritto dell'Unione che era già pienamente in vigore al momento del fatto penalmente illecito¹⁴.

Orbene, contenuto indefettibile del principio supremo di legalità è – come ribadito dalla ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale – il divieto di retroattività sfavorevole. Esso si risolve innanzitutto nel rispetto dei “diritti quesiti”, essendo storicamente stretta la connessione tra irretroattività della legge e “diritti acquisiti”: secondo la definizione di questi ultimi come i diritti entrati a far parte del patrimonio dell'individuo¹⁵. Eppure, abbiamo delle persone condannate in via definitiva sulla scorta di una disapplicazione con effetti *in malam partem* della disciplina dell'interruzione della prescrizione, che ha violato il principio supremo del nostro ordinamento di legalità in materia penale.

In verità già la Grande Sezione nel § 53 della sentenza *Taricco* si è preoccupata di puntualizzare che se «il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali ... dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati».

E quali siano questi “diritti fondamentali” va ricavato dalla seconda parte del paragrafo 53 della decisione: occorre evitare in pratica che per i procedimenti penali in corso siano inflitte condanne che, alla luce della disciplina antecedente alla sentenza *Taricco*, non lo sarebbero state.

Questa netta presa di posizione non contrasta in realtà con l'ambito di applicazione degli artt. 49 Carta e 7 CEDU, i quali lasciano fuori dal loro perimetro operativo il regime legale della prescrizione.

La Grande Sezione ci ha solo voluto offrire la sua “interpretazione autentica” sul contenuto (fattispecie/sanzione) e sul campo di estensione (“fuori” la prescrizione) dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta UE e dalla CEDU.

Resta impregiudicata la questione per il giudice nazionale di individuare il rispetto di tutti i diritti fondamentali, anche quelli interni.

Quando la Corte di giustizia *Taricco* si sofferma sul contenuto delle garanzie degli artt. 49 Carta UE e 7 CEDU lo fa non per esaurire la tu-

ritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale, in *Dir. pen. cont.*, 12 ss. Mentre appare corretta la soluzione prospettata da Cass., sez. IV, ud. 25 gennaio 2016 (dep. 26 febbraio 2016), n. 7914, in *Cass. pen.*, 2016, 1456 ss.

¹⁴ Cass., sez. III, ud. 31 marzo 2016 (dep. 1 agosto 2016), ord. n. 33538.

¹⁵ Ampia ricostruzione del tema, in A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale gli articoli da 1 a 15*, in *Trattato di diritto privato*, vol. I, P. RESCIGNO (diretto da), Torino, 1999, 472.

tela dell'imputato, bensì per delineare appunto l'ambito di protezione che la Carta dei diritti UE e la Convenzione europea accordano a tale riguardo agli interessati (§§ 54 – 57).

La Corte di giustizia prende, dunque, in considerazione gli artt. 49 Carta e 7 CEDU solo per "autodeterminare" il perimetro di copertura delle due disposizioni (fattispecie/sanzione con esclusione della prescrizione), e non già per circoscrivere attraverso il contenuto di tali principi l'ambito di tutela interna dei diritti fondamentali nei confronti di una disapplicazione della normativa penale con effetti sfavorevoli. E non potrebbe essere diversamente, spettando unicamente alla Corte costituzionale di delineare i tratti identitari del nostro ordinamento costituzionale (*Verfassungsidentität*)⁶.

Ebbene, nell'ordinamento italiano attribuiamo al principio costituzionale di legalità un diverso contenuto e livello di tutela rispetto a quanto avviene in sede europea o convenzionale. Il principio di legalità lo rapportiamo in genere alle modifiche sfavorevoli del sistema penale, e non solo alla coppia concettuale: fattispecie/sanzione, come invece nel diritto eurounitario e convenzionale. Fattispecie e sanzione che in realtà non sono altro che gli elementi costitutivi della norma incriminatrice.

In base al nostro ordinamento, ad esempio, qualsiasi modifica sfavorevole del sistema "chiuso" penalistico (e non solo quelle concernenti fattispecie/sanzione) non può che operare per il futuro, altrimenti si viola il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole: un allargamento e innalzamento del rango di tutela rispetto a quanto enucleabile dal diritto europeo e convenzionale¹⁷. E la modifica in campo penale deve essere anche determinata, ossia formulata in modo chiaro e preciso al fine di permettere alle persone di comprendere quali possono essere le conseguenze della propria condotta sul versante penalistico, ed evitare inoltre l'arbitrio applicativo del giudice.

E dunque anche una modifica sfavorevole della disciplina della prescrizione è coperta dal superiore principio di irretroattività della legge penale. Prescrizione dell'illecito penale che, come insegna la giurisprudenza costituzionale, ha natura sostanziale¹⁸. Nella pronuncia costituzionale n.

¹⁶ Cfr. M. GAMBARDELLA, *Il "caso Taricco": obblighi di disapplicazione in malam partem e compatibilità con i principi costituzionali della riserva di legge e di irretroattività*, in *I controlimiti*, cit., 390 ss.

¹⁷ Cfr. F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla "Taricco"*, cit., 287 ss., secondo cui l'inclusione della disciplina prescrizione nella garanzia della legalità si risolve in un innalzamento del livello di tutela delle garanzie individuali che deve ritenersi salvaguardato dallo stesso diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 53 della Carta.

¹⁸ Cfr. così, ad esempio, C. cost., 23 novembre 2006, n. 393, sulla c.d. legge *ex Cirielli*.

393 del 2006 si è, inoltre, affermato – con riferimento al principio di retroattività della *lex mitior*, che ha oltretutto uno statuto di garanzia meno forte di quello di irretroattività – che la garanzia del principio di applica a tutte “le norme ... che incidono sulla prescrizione del reato”. Perciò non solo sul termine ordinario di prescrizione, ma pure con riferimento agli istituti della sospensione e della interruzione della prescrizione.

Nonostante la Corte di giustizia prenda in esame nello specifico il tema delle cause di interruzione della prescrizione e il “tetto massimo” di aumento previsto dall’art. 161 c.p. e non già in generale il tema della prescrizione, è tuttavia innegabile che la prescrizione e tutta la sua disciplina (sospensione, interruzione, decorrenza del termine) è regolata nel nostro codice penale quale causa di estinzione del reato. Attiene quindi al diritto sostanziale e non al processo penale. Si tratta di principi e garanzie della materia penale e non piuttosto di quella processuale.

4. *La mancanza di determinatezza della regola Taricco*

Sul presupposto che la prescrizione trovi collocazione all’interno del principio di legalità penale, la Corte costituzionale ha osservato che ad essa spetta la valutazione se la regola *Taricco* soddisfi il requisito della determinatezza che – secondo l’art. 25, comma 2, Cost. – deve caratterizzare le norme di diritto penale sostanziale.

Ad avviso della Consulta, la verifica della determinatezza si deve svolgere su due piani: (a) il piano della “prevedibilità” del contenuto della disciplina legislativa; (b) quello della sufficiente “determinatezza” delle regole legali.

(a) Quanto al versante della prevedibilità, la Corte costituzionale mette in risalto l’indispensabilità che la disposizione incriminatrice scritta permetta «una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo». Se, nel caso di specie, il “significato” dell’art. 325 TFUE fosse dunque percepibile dal soggetto che ha posto in essere il comportamento penalmente rilevante.

Viene richiamata, inoltre, anche la legalità come intesa nella giurisprudenza della Corte edu in relazione all’art. 7 della Convenzione europea: conoscibilità e prevedibilità della regola. Il fatto di reato e la pena devono essere conoscibili e prevedibili dall’autore della condotta penalmente illecita, fin da quando essa è realizzata¹⁹.

¹⁹ Sulla legalità come prevedibilità del diritto nel sistema della CEDU, cfr. V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016,

E sulla scorta di tali premesse, si è osservato come «la persona non potesse ragionevolmente pensare, prima della sentenza resa in causa *Taricco*, che l'art. 325 del TFUE prescrivesse al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, c.p. 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».

D'altronde, il concetto di prevedibilità della norma penale e delle sue conseguenze nei termini appena tratteggiato, è noto da tempo nella giurisprudenza costituzionale. Basti pensare alla sentenza n. 322 del 2007, in materia di ignoranza dell'età della persona offesa nei reati sessuali, che doveva essere il suggello delle sentenze costituzionali n. 364 e n. 1085 del 1988 in tema di principio di colpevolezza. Si può osservare come i termini usati sono gli stessi: si parla, infatti, di "calcolabilità" e "prevedibilità" delle conseguenze.

Invero, nella sentenza n. 322 del 2007, nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 609-*sexies* c.p. (inserito dall'art. 7 l. n. 66 del 1996), sollevata in riferimento all'art. 27, primo e terzo comma, Cost., si è affermato quanto segue. Il principio di colpevolezza partecipa, in specie, di una finalità comune a quelli di legalità e di irretroattività della legge penale (art. 25, comma 2, Cost.): esso mira, cioè, a garantire ai consociati libere scelte d'azione, sulla base di una valutazione anticipata ("calcolabilità") delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta; "calcolabilità" che verrebbe meno ove all'agente fossero addossati accadimenti estranei alla sua sfera di consapevole dominio, perché non solo non voluti né concretamente rappresentati, ma neppure prevedibili ed evitabili.

Ora, nella materia penalistica è evidente che l'esigenza di tutela dell'affidamento del cittadino rispetto al contenuto delle incriminazioni, sottesa al principio di legalità e ai suoi corollari, abbia assoluta preminenza, come ci ha insegnato la sentenza costituzionale n. 364 del 1988. Quest'ultima pronuncia nel delineare il volto costituzionale del principio di colpevolezza, vi ha colto un fondamentale nesso proprio con il principio di legalità. Osserva il Giudice costituzionale che «a nulla varrebbe, infatti, in sede penale, garantire la riserva di legge statale, la tassatività delle leggi ecc., quando il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti che non può, comunque, impedire od in relazione ai quali non è in grado, senza la benché minima sua colpa, di ravvisare il dovere d'evitarli nascente dal precetto. Il principio di colpevolezza, in questo senso, più che comple-

234 ss.; F. MAZZACUVA, *Nulla poena sine lege*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis e F. Viganò, Torino, 2016, 237 ss.

tare, costituisce il secondo aspetto del principio garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto»²⁰.

(b) Per quel che concerne il secondo piano della verifica della sufficiente “determinatezza”, si è asserito che il contenuto delle regole non può essere deciso caso per caso dal giudice penale, essendo ciò vietato dal principio della separazione dei poteri di cui l’art. 25, comma 2, Cost. declina una versione particolarmente rigida in materia penale²¹.

Per il Giudice costituzionale, il requisito del “numero considerevole dei casi” (in cui la disciplina dell’interruzione della prescrizione abbia impedito la condanna del reo) non è idoneo a delimitare la discrezionalità giudiziaria; il concetto rimane ambiguo e comunque non riempibile di contenuto attraverso l’esercizio della funzione interpretativa²². La Corte costituzionale nella motivazione dell’ordinanza non prende esplicitamente in considerazione l’ulteriore requisito della “gravità della frode fiscale”, che condiziona – alla luce di quanto asserito nella sentenza *Taricco* – l’applicazione della disciplina sull’interruzione della prescrizione; anche se poi il concetto di “frode grave” riappare nei quesiti pregiudiziali.

In definitiva, la Corte costituzionale ribadisce che – in ossequio al principio della divisione dei poteri – il tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali di *civil law*, come il nostro, consiste nel fatto che l’attività del giudice penale deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate; non affidandosi al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento. I giudici penali, inoltre, non possono essere incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire²³.

Il Giudice delle leggi ritiene pertanto che «l’art. 325 del TFUE, pur formulando un obbligo di risultato chiaro e incondizionato, secondo quanto precisato dalla Corte di giustizia, omette di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo. In questo modo però si potrebbe permettere al po-

²⁰ C. cost., 24 marzo 1988, n. 364, § 8.

²¹ Più in generale sulla determinatezza delle norme penali europee e i suoi riflessi sul principio di legalità, cfr. G. PANEBIANCO, *La variabile consistenza delle garanzie penali nella politica criminale europea*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 1743 ss.

²² Già in tal senso E. LUPO, *La primauté del diritto dell’UE e l’ordinamento penale nazionale*, cit., 7 ss.

²³ Cfr. in proposito A. MASSARO, *La risposta della Corte costituzionale alla (prima) sentenza Taricco tra sillogismi incompiuti e quesiti retorici*, in *Giur. pen.*, 15, la quale osserva come l’articolazione della legalità penale alla quale la Corte sembrerebbe attribuire un rilievo decisivo è il corollario della determinatezza.

tere giudiziario di disfarsi, in linea potenziale, di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato».

E questa conclusione per la Corte costituzionale «eccede il limite proprio della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto quanto meno nella tradizione continentale, e non pare conforme al principio di legalità enunciato dall'art. 49 della Carta di Nizza. Se si ritiene che l'art. 325 TFUE ha un simile significato resta allora da verificarne la coerenza con l'art. 49 della Carta di Nizza, che ha lo stesso valore dei Trattati (art. 6, paragrafo 1, del TUE), sotto il profilo della carente determinatezza della norma europea, quando interferisce con i diritti degli imputati in un processo penale» (§ 9).

Il principio della divisione dei poteri è stato qui valorizzato dal versante della determinatezza del contenuto normativo, dislocata nel prisma dell'art. 25, comma 2, Cost. Mentre, qualche tempo addietro la Corte costituzionale, con la sentenza n. 230 del 2012, aveva collegato il principio della separazione dei poteri al disposto dell'art. 101, comma 2, Cost. E pertanto, si è scritto che nell'ordinamento italiano la "soggezione soltanto alla legge dei giudici" implica che la creazione giurisprudenziale di nuovo diritto sia vietata²⁴. Le decisioni dei giudici (eccetto quelle dei Giudici costituzionali), hanno dunque effetti circoscritti al caso deciso e i precedenti giurisprudenziali non sono vincolanti²⁵.

Ebbene, la dimensione giudiziaria è dimensione essenziale del diritto: si è affermato invero che «un diritto senza giudice non sarebbe diritto, così come un giudice senza diritto non sarebbe un giudice»²⁶. Eppure è noto come la grande dicotomia tra *civil law* e *common law* sia tradizionalmente fondata proprio sul ruolo del giudice: nel diritto continentale i giudici si limitano ad applicare la legislazione; al contrario, nel diritto angloamericano essi applicano anche il diritto prodotto da loro stessi tramite la regola dello *stare decisis*.

Nel primo sistema, troviamo la prassi del "precedente persuasivo": i giudici tendono a non discostarsi dalle decisioni anteriori. I giudici consultano le pronunce prima rese, ma le rispettano soltanto se ne sono persuasi. Invece, caratteristica fondamentale dei sistemi di *common law* è il

²⁴ C. cost., 12 ottobre 2012, n. 230, in *Dir. pen. cont.*, 15 ottobre 2012; più in generale, sul tema cfr. M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, 233 ss.

²⁵ Cfr. R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, 2011, 464 ss.; F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2012, 265 ss.

²⁶ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 161 ss. Si veda poi W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012, 135 ss., secondo cui «non v'è alcun ordinamento giuridico senza diritto giudiziario (*Richterrecht*)».

principio del “precedente vincolante” (*stare decisis*): i giudici successivi sono obbligati a seguire le decisioni (o meglio il principio di diritto, o *ratio decidendi*) su questioni simili prese dalle corti superiori.

Nel pensiero giuridico moderno nell’ambito del diritto europeo-occidentale (*civil law*), a partire dalla dottrina della separazione dei poteri, il potere legislativo crea il diritto (le leggi generali e astratte), mentre il potere giudiziario applica ai casi concreti il diritto creato dal potere legislativo. Netta distinzione, dunque, tra “creazione” e “applicazione” del diritto: il diritto è prodotto dal legislatore e applicato dai giudici²⁷. Si tende in questo modo ad evitare la sopraffazione di un potere sull’altro; e a tal fine, in linea generale, si vieta, da una parte al potere giudiziario di legiferare o di esercitare il potere esecutivo, dall’altra s’impedisce sia al potere esecutivo sia a quello legislativo di giudicare²⁸.

E la legalità, come principio fondante delle garanzie individuali negli ordinamenti moderni, esclude tra l’altro la “partecipazione autenticamente creativa del giudice nel momento applicativo”²⁹.

5. È ammissibile una disapplicazione in *malam partem*?

Uno dei problemi più dibattuti all’indomani della pubblicazione della sentenza *Taricco* della Grande Sezione è quello legato all’impiego dello strumento della disapplicazione con effetti *in malam partem*, con ricadute dunque sfavorevoli nel sistema penale. Siamo invece abituati a ragionare unicamente con una disapplicazione che ha esiti favorevoli, effetti cioè *in bonam partem*. E nel passato si è nondimeno esclusa una disapplicazione del diritto interno che abbia come conseguenza quella di determinare o aggravare la responsabilità penale³⁰.

È stato così da più parti sostenuto che l’ammissibilità della disapplicazione ad opera del giudice nazionale, in attuazione di una sentenza pregiudiziale della Corte di giustizia che produca esiti sfavorevoli, dia luogo ad una evidente compromissione del principio costituzionale di legalità-riserva di legge. Una nuova disciplina degli atti interruttivi della

²⁷ Cfr. E. BULYGIN, *Il positivismo giuridico*, Milano, 2007, 9 ss. e 123 ss.

²⁸ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, 1. *Teoria del diritto*, Bari, 2007, 862 ss.

²⁹ Così M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 538 ss. Nel senso tuttavia che i giudici creano diritto penale applicato, v. G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, 1723 ss. Sul tema si veda, di recente, il volume *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. Cadoppi, Roma, 2017.

³⁰ Cfr. M. GAMBARELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2016, 1466 ss.

prescrizione per i reati in materia di frodi Iva sarebbe creata dalla Corte di Lussemburgo e non già dal Legislatore parlamentare.

L'obiezione principale è dunque quella che la disapplicazione sfavorevole leda il principio della riserva di legge, perché porta ad avere una nuova disciplina della prescrizione sfavorevole; disciplina che si trae non dal testo del codice penale, ma dall'art. 325 TFUE come interpretato dalla sentenza *Taricco*.

Ebbene, sembrerebbe potersi dedurre dall'ordinanza costituzionale n. 24/2017 che, seppure la disciplina della prescrizione sia ricompresa nel campo del principio di legalità penale, è astrattamente preclusa unicamente una disapplicazione *in malam partem* "retroattiva", che operi cioè in modo sfavorevole nei confronti di condotte tenute prima della pubblicazione della sentenza *Taricco* della Corte di Lussemburgo. Per la Corte costituzionale «non si può allora escludere che la legge nazionale possa e debba essere disapplicata se ciò è prescritto in casi specifici dalla normativa europea».

Sarebbe possibile, quindi, una disapplicazione sfavorevole, purché non vi sia una disapplicazione sfavorevole retroattiva.

Lo strumento della disapplicazione *in malam partem* non sarebbe tuttavia qui in concreto azionabile nemmeno per i casi storici successivi alla sentenza *Taricco*, poiché l'art. 325 TFUE non costituisce una base legale sufficientemente determinata. Per la Corte costituzionale non è ammissibile che il diritto dell'Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale, che costui è tenuto a conseguire in mancanza di un testo che stabilisca in anticipo analiticamente casi e condizioni.

Ora, bisogna chiedersi che cosa succederebbe se la Corte di giustizia, adita adesso in via di rinvio pregiudiziale dalla Corte costituzionale, specificasse il contenuto della c.d. regola *Taricco* ascrivendo un significato determinato ai sintagmi "numero considerevole di casi" e "fatti che integrano una frode è grave"; ai requisiti cioè che, secondo la Grande Sezione del 2015, condizionano in concreto l'impiego dello strumento della disapplicazione con effetti sfavorevoli della disciplina in tema di interruzione della prescrizione.

Si è detto che secondo l'ordinanza n. 24/2017, in relazione alla c.d. regola *Taricco*, la determinatezza bisogna intenderla in due direzioni: verso il giudice che deve avere una norma chiara e precisa da applicare, e verso il cittadino che deve poter prevedere tutte le conseguenze sul piano penale del proprio comportamento.

Occorre allora domandarsi se difetterebbe comunque la prevedibilità ancorché la Corte di giustizia riempisse di contenuto la fattispecie in esame, in quanto mancherebbe in ogni caso una disposizione scritta. Il

riempimento di contenuto avverrebbe infatti attraverso una sentenza della Corte di giustizia e, quindi, sarebbe comunque impedita la disapplicazione con esiti *in malam partem*. In altre parole, la disapplicazione non potrebbe operare ugualmente, in quanto sarebbe la Corte di Lussemburgo a stabilire quando sussiste un “numero considerevole di casi” e quando le “frodi sono gravi”, con la conseguenza che il cittadino non potrebbe prevedere il suo comportamento perché non ha una disposizione scritta.

Riprendendo quanto osservato in precedenza, è necessario non confondere la disposizione con la norma: la prevedibilità si riferisce sempre alla norma, cioè all’attribuzione di un significato, e non al testo. Prevedibilità vuol dire – come esplicitamente scritto nell’ordinanza n. 24 (cfr. *retro* § 4) – che al cittadino deve essere permesso di comprendere il valore precettivo della disposizione scritta. Siamo dunque sul piano del “significato” e non del “significante”. È la norma che deve essere “prevedibile” piuttosto che la disposizione (il testo scritto, l’enunciato).

Altrimenti, ad esempio, non sarebbe possibile che nell’ambito dell’incriminazione dell’induzione indebita (art. 319-*quater* c.p.) il c.d. correo-indotto sia punibile solo qualora miri a un indebito tornaconto personale (persegua un vantaggio ingiusto). Se si esamina il testo dell’art. 319-*quater*, comma 2, c.p. emerge infatti come non ci sia alcun riferimento all’indebito tornaconto personale, ma è stata la giurisprudenza con le Sezioni unite *Maldera* del 2014 (n. 12228/14) ad inserirlo come requisito (implicito).

Come si è autorevolmente scritto, la garanzia della legalità europea deve essere estesa fino al diritto giurisprudenziale vivente; la prevedibilità può essere perciò adeguatamente garantita anche in presenza di un testo legale oscuro grazie all’apporto chiarificatore del diritto vivente consolidato. La «prevedibilità delle conseguenze giuridico-penali ha il suo punto di riferimento non più solo nel diritto legislativo, nel testo legale ma anche nel prodotto normativo risultato dell’attività interpretativo-applicativa dei giudici»³¹.

Dunque, non convince la prevedibilità collegata alla disposizione scritta, bensì è più convincente una prevedibilità congiunta con la possibilità di conoscere la norma, cioè con l’attribuzione di significato che si dà a quel testo.

Ciò che conta, come evidenziato dalla ormai celebre sentenza *Contrada* della Corte edu, è di stabilire se all’epoca dei fatti ascritti alla persona la legge applicabile definisse chiaramente il reato: «si deve dunque

³¹ Così F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, 2698 ss.

esaminare se, a partire dal testo delle disposizioni pertinenti e con l'aiuto dell'interpretazione della legge fornita dai tribunali interni, il ricorrente potesse conoscere le conseguenze dei suoi atti sul piano penale» (§ 64)³².

Non interessa se la disposizione è cambiata o meno, interessa se l'interpretazione di quel testo immutato ha dato luogo nel tempo all'implementazione di nuovi elementi costitutivi o ad una diversa lettura degli stessi, che il cittadino deve poter conoscere in anticipo. Per esempio, ad avviso della citata sentenza Contrada, il concorso esterno in associazione mafiosa è il frutto di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con le Sezioni unite Demitry. E perciò all'epoca in cui sono stati commessi i fatti contestati a Bruno Contrada (1979-1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile; e il ricorrente non poteva conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti³³.

Insomma, a livello di legalità europea (e convenzionale) è rinvenibile una sostanziale equiparazione tra fonte legislativa e fonte giurisprudenziale: all'atto normativo scritto prodotto da uno specifico procedimento di produzione (*statutory law*) deve essere parificato il diritto giurisprudenziale (*judicial law*). E pertanto all'interno delle garanzie penalistiche enucleabili dal principio legalità europeo (e convenzionale), la prevedibilità riguarda pure l'applicazione giudiziaria di tale legge. E in conformità a tali premesse, la garanzia dell'irretroattività è stata estesa anche alla nuova interpretazione giurisprudenziale con effetti sfavorevoli, precludendo tale garanzia la retroattività dell'*overruling* imprevedibile *in malam partem*³⁴.

Oltretutto va tenuto presente che, ai fini della sufficiente determinazione dei due requisiti del "numero considerevole di casi" e della "gravità della frode", le sentenze pregiudiziali della Corte di Lussemburgo hanno un valore generale, "normativo" (il principio affermato vale *erga omnes*); nel senso che innovano nella materia dove vanno ad incidere (nel nostro caso, il diritto penale sostanziale). Le possiamo considerare allora vere e proprie fonti del diritto alla stregua di quelle interne.

Il principio di determinatezza, inoltre, tanto nella giurisprudenza costituzionale quanto in quella convenzionale non coincide necessaria-

³² Corte europea, sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, ric. n. 66655/13.

³³ Corte europea, sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, cit.

³⁴ Fondamentali: Corte europea, Grande Camera, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, n. 42750/09; e Corte giustizia, sez. II, 8 febbraio 2007, Groupe Danone c. Commissione delle Comunità europee (causa C-3/06 P), in *Cass. pen.*, 2007, 2200, con nota di A. BALSAMO.

mente con il carattere descrittivo della fattispecie, ben potendosi ricorrere sul piano della tecnica legislativa in nozioni generali, formule aperte o elastiche, concetti extragiuridici diffusi, dati di esperienza comune o tecnica ecc.³⁵. E questa impostazione è stata ribadita da ultimo dalla sentenza della Corte di Strasburgo, Grande Camera, De Tommaso³⁶, secondo cui il livello di precisione di una legge penale, al fine di permettere al cittadino di regolare la sua condotta, deve tener conto del fatto che il diritto talvolta deve sapersi adattare ai cambiamenti di situazione. Cosicché anche la legge penale, per evitare di essere eccessivamente rigida, può servirsi in certe circostanze di formule più o meno vaghe, di cui l'interpretazione e l'applicazione dipende dalla prassi.

In definitiva, sulla scorta di quanto sin qui osservato, sembra logico affermare che – qualora la Corte di giustizia determinasse, nella sua imminente nuova pronuncia, il contenuto dei requisiti del “numero considerevole di casi” e dei “fatti che integrano una frode grave” – sia possibile una disapplicazione *in malam partem*. Certamente lo strumento della disapplicazione non è applicabile retroattivamente, ma soltanto *pro futuro*; e, a ben vedere, l'ordinanza costituzionale n. 24 del 2017 non lo ha escluso e anzi sembra ammetterlo.

Il momento dal quale può operare il meccanismo della disapplicazione sfavorevole, va poi fatto coincidere con la nuova pronuncia della Corte di giustizia che abbia precisato il contenuto dei due suddetti requisiti.

6. *Riflessione finale*

In conclusione, non c'è dubbio che nell'ordinanza n. 24 del 2017 (§ 6, parte finale) si è affermato con forza che la Costituzione italiana assegna in via esclusiva alla Corte costituzionale la verifica dell'osservanza da parte della normativa dell'Unione (il cui significato è stabilito dal Giudice europeo) dei principi supremi del nostro ordinamento.

La Corte costituzionale sottolinea tale attribuzione in più parti della motivazione, e dunque appare molto attenta nel far rispettare le sue prerogative costituzionali di soggetto monopolista nella custodia dei principi fondamentali: è dovere della Consulta saggiare la compatibilità della regola *Taricco* con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale (§ 7).

³⁵ Cfr., ad esempio, Corte europea, sez. V, 6 ottobre 2011, *Soros c. Francia*, n. 50425/06, §§ 50-62; C. cost., 13 gennaio 2004, n. 5.

³⁶ Corte europea, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, n. 43395/09, §§ 106 ss.

Mi chiedo, tuttavia, se la Corte costituzionale sia stata altrettanto attenta in altri casi a far rispettare le “competenze” assegnate dalla Costituzione. Il riferimento è alla recente questione di costituzionalità sollevata dalla sesta sezione della Corte di cassazione (sez. VI, ord. n. 1418/2017), concernente la supposta “invasione di campo” compiuta proprio dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 32 del 2014 in materia di stupefacenti, allorché essa ha esplicitamente fatto “rivivere” per le droghe pesanti – in relazione alla fattispecie criminosa di cui all’art. 73, comma 1, t.u. stupefacenti – il limite edittale minimo più afflittivo (otto anni anziché i previgenti sei anni di reclusione).

Non si è qui la Corte costituzionale, attraverso un sindacato *in malam partem* sul trattamento sanzionatorio, sovrapposta al campo riservato dalla nostra Carta fondamentale alle scelte discrezionali del “Legislatore parlamentare”, inserendo una misura di pena edittale minima più afflittiva di quella precedente?

Ebbene la reviviscenza sfavorevole del limite edittale inferiore dell’incriminazione di traffico di droga “pesante”, influisce concretamente sul tasso di carcerazione con l’aumento della popolazione detenuta; giocandosi qui davvero una partita reale e non solo teorica.

ROBERTO E. KOSTORIS

LA CORTE COSTITUZIONALE E IL CASO *TARICCO*,
TRA TUTELA DEI 'CONTROLIMITI'
E SCONTRO TRA PARADIGMI

SOMMARIO: 1. La Corte costituzionale e i 'controlimiti'. – 2. Le possibili alternative. – 3. La difesa dei 'controlimiti'. – 4. Unità nella diversità. – 5. Suggerimenti alla Corte di giustizia. – 6. Un debole *distinguishing* sul principio della maggior tutela. – 7. Monito al legislatore – 8. Non giudici 'di scopo'. – 9. Uno scontro tra paradigmi: legalità normativa *v.* legalità giudiziale. – 10. Possibili gestioni virtuose dei 'controlimiti'?

1. *La Corte costituzionale e i 'controlimiti'*

La minaccia dei controlimiti si materializza nella vicenda *Taricco*. La agita molto concretamente quella stessa Corte costituzionale italiana che per prima aveva creato questo parametro, riservandosene il sindacato, a partire dalla storica sentenza Frontini del 1973¹, subito seguita da un'analoga presa di posizione dei giudici costituzionali tedeschi². La creazione del concetto di controlimiti aveva impresso una decisa svolta all'evoluzione del diritto europeo, sino a quel momento non sufficientemente rispettoso dei diritti fondamentali. I controlimiti erano stati evocati come una 'minaccia': sino a quando il diritto comunitario non avesse tutelato i diritti fondamentali allo stesso livello costituzionale interno, le due Corti si sarebbero riservate su di esso un controllo di compatibilità con quei diritti. La minaccia era servita; la Corte di giustizia, preoccupata di vedere intaccata da queste posizioni la primazia e l'unitarietà del diritto comunitario, si era assunta il sindacato sulla conformità a quei diritti della normativa comunitaria, provvedendo a costruirli come «principi generali del diritto comunitario»³, ispirandosi a tal fine alle «tradizioni costituzio-

¹ 18 dicembre 1973, n. 183.

² *Solange I*, 29 maggio 1974.

³ C. giust. 14 maggio 1974, C-4/73, *Nold*.

nali comuni» e poi anche ai principi della CEDU⁴. E si era così creato nel tempo un precario, ma in qualche modo stabile, equilibrio, favorito dagli artt. 4.2 e 6.3 TUE, attraverso i quali l'Unione si impegnava, per un verso, a garantire il rispetto dell'«identità della struttura costituzionale» degli Stati membri e, per l'altro, a ricomprendere i diritti fondamentali «risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» tra i «principi generali» del diritto eurounitario. Ora, questo equilibrio quasi 'metafisico' – peraltro già in parte turbato di recente da alcuni 'conflitti' tra la Corte di giustizia e i giudici costituzionali spagnoli e tedeschi – viene messo più radicalmente in discussione⁵ nel caso *Taricco*. La Corte di giustizia, preoccupata di far prevalere le esigenze di un'adeguata repressione delle frodi e delle altre attività lesive degli interessi economici dell'Unione, comprese le frodi in materia di IVA, aveva autorizzato il giudice ordinario a disapplicare la nostra disciplina della prescrizione (in particolare sotto il profilo dei suoi meccanismi interruttivi) quando ritenga che essa porterebbe all'impunità «in un numero considerevole di casi», vanificando così l'obbligo del diritto nazionale di combattere gli illeciti euro finanziari con misure «dissuasive ed effettive», come prevede l'art. 325.1 TFUE⁶. Questione di cui prontamente è stata investita la Corte costituzionale, chiamata a verificare la compatibilità di una soluzione del genere con vari principi dell'ordinamento costituzionale, primo fra tutti, quello di legalità penale (art. 25.2 Cost.).

La questione, va detto subito, ha ad oggetto un tema 'infelice' come la prescrizione del reato, cioè un istituto la cui disciplina non costituisce certo un fiore all'occhiello del nostro ordinamento, essendo da tempo oggetto di critica in varie sedi, anche da parte della Corte europea dei di-

⁴ Per una sintetica analisi di questa costruzione in via pretoria dei diritti fondamentali nell'ambito dell'(allora) diritto comunitario, ci permettiamo di rinviare a R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2017, 77 ss. Per una ampia ed esaustiva visione d'insieme della problematica dei controlimiti in ambito penale v. da ultimo, A. BERNARDI, Presentazione. *I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, VIII ss. Sul tema, di recente, cfr. pure C. PAONESSA, L. ZILLETTI (a cura di), *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.

⁵ F. PALAZZO, *Armonizzazione europea e costituzionalismo penale tra diritto e politica*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 275 ss. rileva «l'imprescindibilità logica» dei controlimiti nella visione dualista o pluralista di coesistenza di ordinamenti giuridici diversi anche se concorrenti che ha sempre patrocinato la nostra Corte costituzionale.

⁶ Ci sarebbe peraltro da chiedersi se questa norma presenti davvero i requisiti per avere effetti diretti, non apparendo per nulla «chiara, precisa e incondizionata».

ritti dell'uomo⁷, e che, inoltre, presenta un'incerta collocazione, ancorandosi sicuramente al diritto sostanziale, ma collegandosi per più aspetti anche al diritto processuale⁸. È un vero peccato, perché può dare l'impressione che una difesa dei controlimiti – che avviene qui per la prima volta, e in modo così esposto alla luce dei riflettori, nella nostra storia costituzionale – su un terreno come questo rappresenti, come è stato detto, una battaglia per una «cattiva causa»⁹. In ogni caso, la risposta – peraltro interlocutoria – della Corte costituzionale è un'occasione importante per interrogarsi in modo più ampio sul tema. La questione dei controlimiti – intesa come problema generale, e centrale, nei rapporti tra diritto dell'Unione e diritto interno – una volta divenuta improvvisamente reale e concreta, sta infatti cominciando a mostrare le sue multiformi e talora inaspettate implicazioni; ci fa comprendere come, se non governata con cautela, possa produrre effetti fortemente disgreganti, specie in un momento di particolare delicatezza e precarietà del progetto europeo, come quello che stiamo attraversando¹⁰. Inoltre – e soprattutto – dai rilievi della Consulta emergono i segni di un disagio più profondo. Come diremo, nel caso *sub iudice* viene allo scoperto il problema ancora irrisolto della nostra contemporaneità, rappresentato dallo scontro che viviamo tra due diversi paradigmi culturali: quello, ricevuto dalla tradizione moderna, e in cui siamo cresciuti, rappresentato dalla 'legalità legislativa', il cui emblema è costituito dall'art. 101.2 Cost. («I giudici sono soggetti soltanto alla legge») e quello postmoderno, oggi fortemente veicolato dal diritto europeo, rappresentato da una legalità a matrice prevalentemente 'giudiziale'.

2. *Le possibili alternative*

Iniziando dal problema specifico di cui era stata investita la Corte costituzionale, occorre dire che varie erano le strade che essa avrebbe po-

⁷ Si pensi a C. eur., 15 settembre 2011, *Alikaj c. Italia*; Id., 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*.

⁸ V., da ultimo, M. CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in *Dir. pen. cont.*, 24 febbraio 2017, 3 ss. Cfr. pure D. NEGRI, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza della Corte di giustizia UE Taricco*, in C. PAONESSA, L. ZILETTI (a cura di), *Dal giudice garante*, cit., 69 ss.

⁹ Così, esplicitamente, F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni e sulla reale posta in gioco*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 239 ss.; M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *Dir. pen. cont.*, 2 novembre 2016, 15.

¹⁰ Cfr. le ampie riflessioni di F. VIGANÒ, *op. cit.*, 238.

tuto seguire in questa vicenda. Ad un estremo si collocava indubbiamente la possibilità di azionare subito i controlimiti, ritenendoli violati. La Corte avrebbe posto così in atto una risposta forte, ‘bellica’, che avrebbe troncato alla radice ogni questione, ma che sarebbe stata anche potenzialmente dirompente nel quadro dei rapporti tra diritto interno e diritto dell’Unione, se non altro come ‘precedente’ importante a cui molti altri si sarebbero potuti richiamare con immaginabili effetti a cascata¹¹.

In una prospettiva opposta, la Corte avrebbe potuto risolvere la questione in via interpretativa. Le strade da seguire avrebbero potuto essere molteplici: mutare la propria giurisprudenza, accedendo alla concezione processuale della prescrizione patrocinata dalle Corti europee, o, quantomeno, ascrivendovi la disciplina, che qui veniva in gioco, del computo del suo termine massimo quando intervengano atti interruttivi¹²; o, pur mantenendo fede all’impostazione sostanzialistica, verificare se le più recenti riforme normative in tema di prescrizione (l. n. 148 del 2011) e di illeciti fiscali (art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000, così come riformulato dal d.lgs. 150 del 2015) possano aver già contribuito a risolvere sotto il profilo della disciplina dei tempi della prescrizione (significativamente aumentati) il problema di apprestare strumenti di repressione delle violazioni finanziarie sufficientemente ‘effettivi e dissuasivi’ da parte dello Stato italiano¹³, magari ponendo alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale incentrata su questo aspetto¹⁴. O ancora, proporre una distin-

¹¹ Cfr. ancora F. VIGANÒ, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹² Cfr., ad es., P. FARAGUNA *Il caso Taricco: contro limiti in tre dimensioni*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 373.

¹³ Cfr. M. CAIANIELLO, *op. cit.*, 18.

¹⁴ La prospettiva (su cui v. E. LUPO, *La primauté del diritto dell’UE e l’ordinamento penale nazionale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1, 2016, 223 ss.) di scindere il contenuto della sentenza Taricco in due parti, ritenendo di immediata applicazione la parte relativa alla ingiustificata differenza di termini interruttivi della prescrizione per i reati associativi in materia di frodi IVA rispetto a quelli per reati associativi in materia di frodi di tabacchi (art. 51 c.p.p.), con la conseguenza di applicare ai primi la disciplina di prescrizione più lunga prevista per i secondi (sia pure solo per i fatti commessi posteriormente alla sentenza Taricco in modo da evitare effetti retroattivi *in malam partem*) e di ritenere invece non applicabile la parte della sentenza Taricco legata a valutazioni connotate da profonda discrezionalità (la punizione delle frodi euro finanziarie con mezzi sufficientemente dissuasivi in un numero rilevante dei casi), certamente interessante, avrebbe però spostato il problema dei controlimiti sulla seconda parte, per il suo palese conflitto con l’art. 25.1 Cost. Né sarebbe sufficiente obiettare che, in tal caso, la stessa Corte di giustizia imporrebbe al giudice di verificare che siano comunque rispettati i diritti fondamentali degli interessati, affinché non si vedano «infliggere sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggiti in caso di applicazione delle (...) disposizioni di diritto nazionale», perché questa preoccupazione della Corte riguarda sì la tutela del principio di legalità, ma solo nell’accezione fatta propria dall’art. 49

zione di ‘gradi’ all’interno della stessa nozione di ‘principio supremo dell’ordinamento costituzionale,’ tra ciò che quel principio avrebbe di ‘nucleare’ e ciò che invece, pur attenendovi, non parteciperebbe di tale carattere identitario¹⁵, ascrivendo la disciplina della prescrizione a questo secondo ambito nel contesto del principio di legalità penale, con la conseguenza di non ritenere che le violazioni in questa materia possano assurgere al rango di violazioni di un controlimite. Una scelta che, oltre a disinnescare potenziali conflitti, mantenere intatto il dialogo tra le Corti (sempreché, beninteso, si ritenga che questo ‘dialogo’ per esistere si debba alimentare necessariamente di convergenze e non anche di divergenze¹⁶) e avere forse qualche buona ragione dalla sua parte¹⁷, non avrebbe comunque messo in discussione la competenza esclusiva della Corte costituzionale a gestire i controlimiti quale custode supremo dell’identità costituzionale nazionale.

La Consulta invece ha scelto una via mediana: quella di riconoscere la possibile violazione del controlimite, ma di non dichiararla prima di aver ottenuto dalla Corte di giustizia un ‘chiarimento’ sul significato da attribuire all’art. 325 TFUE, così come da essa interpretato nella sentenza *Taricco*, chiedendole, in buona sostanza, una nuova (e – s’intende – diversa) interpretazione sul punto.

Carta di Nizza che la restringe alla previsione dei reati e delle pene, senza includervi la disciplina della prescrizione.

¹⁵ Già, del resto, adombrata in una prospettiva generale da C. cost., sent. n. 18 del 1982.

¹⁶ Come avverte R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 296, un simile «dialogo» ben «può veicolare anche messaggi di censura e minacce di interruzione del rapporto». Giustamente F. PALAZZO, *op. cit.*, 278 ss. osserva che si può avere una visione «difensiva» dei controlimiti, intendendoli come «chiusura netta nei confronti della penetrazione e della primazia del diritto europeo e secondo un rapporto sostanzialmente polemico con l’UE», oppure si può averne una visione «dinamica», nel senso di «ricorrere ad essi solo in casi estremi in cui è messa in dubbio l’identità costituzionale dello Stato. E nel senso, soprattutto, che quando essi dovessero operare l’intento non sarebbe solo quello di garantire l’identità costituzionale ma anche quello di dialogare con l’ordinamento UE, costituendo la ragionevole e ponderata attivazione dei controlimiti, o anche solo la prospettazione della loro possibile attivazione, un fattore di evoluzione progressiva dello stesso ordinamento europeo in modo da potenziarne le virtù di armonizzazione proprio nella misura in cui sia pronto a recepire le ragioni del *non possumus* ragionevole e meditato degli ordinamenti nazionali».

¹⁷ Cfr. le riflessioni di F. VIGANÒ, *op. cit.*, 243 ss. Dubita che l’inclusione della prescrizione nel principio di stretta legalità costituisca un principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale, il quale non menziona mai la prescrizione, E. LUPO, *op. cit.*, 224. Dal canto suo, P. FARAGUNA, *op. cit.*, 370 sostiene che, se anche si dovesse ritenere che la prescrizione configuri un «diritto all’oblio» per l’interessato, sembrerebbe azzardato elevare le norme che disciplinano i suoi effetti interruttivi a «metro dello standard strutturale di tutela dei diritti fondamentali dell’ordinamento italiano».

3. *La difesa dei 'controlimiti'*

Seguiamo i passaggi del ragionamento della Corte.

L'*incipit* è rappresentato da una solenne difesa dei controlimiti: se è vero che «il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione è un dato acquisito nella giurisprudenza di questa Corte, ai sensi dell'art. 11 Cost.», è altrettanto vero che «questa stessa giurisprudenza ha costantemente affermato che l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia». Dunque, «ove si verificasse il caso» – che la Corte tiene comunque a considerare 'estremamente improbabile' – che «in specifiche ipotesi normative tale osservanza venga meno, sarebbe necessario dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati», ovviamente «per la sola parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi». E «non vi è dubbio» – aggiunge la Corte – che il principio di legalità penale, fissato dall'art. 25.2 Cost. nella sua dimensione di determinatezza delle fattispecie e di non retroattività costituisca «un principio supremo dell'ordinamento»; per cui, se l'art. 325 TFUE, così come interpretato nella sentenza *Taricco*, «comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria» a un tale principio «questa Corte avrebbe il dovere di impedirlo».

Per un verso, dunque, viene ribadito il carattere 'sostanziale' della prescrizione, sempre sostenuto in passato dalla Consulta, e, quindi, riaffermata la riconduzione di questo istituto al principio di legalità penale, attribuendo al medesimo una portata non circoscritta alla formulazione delle fattispecie incriminatrici e delle pene, ma estesa a tutto ciò che incide sulla punibilità; per altro verso, non viene messo in dubbio che la tutela dei 'controlimiti' spetti nel nostro ordinamento alla Corte costituzionale quale supremo custode dell'identità costituzionale nazionale.

Tuttavia, dopo aver schierato l'artiglieria, la Consulta, come si diceva, evita di sparare. Preferisce limitarsi a convincere la stessa Corte di giustizia a fare da sola un passo indietro. Una tattica che consente alla Consulta di non giungere ad atteggiamenti di 'rottura' frontale e di continuare (per il momento) a gestire i 'controlimiti' ancora nella tradizionale forma della 'prospettazione', anche se è una prospettiva (ma sarebbe meglio dire una 'minaccia') stavolta molto precisa, circostanziata, articolata, motivata. A tal fine, la Corte propone in veste di 'giudice nazionale' – per la prima volta in un giudizio incidentale in materia penale (e anche questa è una rimarchevole novità che le consente di riappropriarsi di una funzione propulsiva nel dialogo tra le Corti che in prece-

denza essa si era auto preclusa¹⁸) – una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia per «sollecitare un nuovo chiarimento» da parte sua sull'interpretazione da dare all'art. 325 TFUE sulla base della sentenza *Taricco*, dove tale norma era stata individuata come base legale dell'obbligo per i giudici nazionali di disapplicare la disciplina della prescrizione rispetto ai reati in materia di IVA, come conseguenza dell'obbligo che incombe sugli Stati aderenti di lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure «sufficientemente dissuasive ed effettive». Nella forma è una richiesta di chiarimento; ma, nella sostanza, come si avvertiva, è una richiesta alla Corte di giustizia di mutare opinione¹⁹, tanto è evidente il contrasto tra l'attuale *petitum* e il precedente *decisum*. Ha dunque il sapore di un *ultimatum*, che la Corte cerca di supportare con una serie di puntualizzazioni.

In particolare, dopo aver premesso che le scelte nazionali in ordine alla natura da riconoscere alla prescrizione (sostanziale o processuale) esulano dall'ambito del diritto (e delle competenze) dell'Unione e che, non essendovi pertanto alcuna esigenza di uniformità al riguardo, ogni Stato membro non deve rinunciare alle proprie disposizioni e tradizioni costituzionali che risultassero di maggior favore per l'imputato rispetto a quelle garantite dagli artt. 49 Carta di Nizza e 7 CEDU (che escludono la prescrizione dall'ambito applicativo del principio di legalità penale), la Corte costituzionale, ribadendo che in Italia la prescrizione ha natura sostanziale e deve essere conseguentemente conforme al principio di legalità penale, avverte come l'obbligo di disapplicare la disciplina della prescrizione prevista dagli artt. 161 ult. c. e 162 c. 2 c.p., enunciato dalla Corte di giustizia nel caso *Taricco*, si porrebbe in palese contrasto con quel principio, dato che mancherebbe dei requisiti della ragionevole prevedibilità, della riserva di legge e della sufficiente determinatezza richiesti dall'art. 25.2 Cost. La legge penale, osserva la Corte, non può asse-

¹⁸ Si allude alla teoria che la stessa Corte aveva enunciato della «doppia pregiudizialità», in base alla quale era essa stessa a sollecitare il giudice comune che dubitasse della conformità di una norma interna sia al diritto dell'Unione, sia alla Costituzione, a rivolgersi prioritariamente alla Corte di giustizia per la pregiudiziale interpretativa, e, solo successivamente, ove ancora necessario, ad essa per la questione di costituzionalità (sul punto cfr. M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte ai casi di "doppia pregiudizialità" costituzionale e comunitaria*, in *Foro it.*, 1997, V, 222 ss.); strada, quest'ultima, di fatto poi molto raramente intrapresa, con correlativo depotenziamento del ruolo della Consulta. C. cost., ord. n. 207 del 2013 per la prima volta ha proposto una questione pregiudiziale in un giudizio incidentale, ma in materia non penale.

¹⁹ Per P. FARAGUNA, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: "Gauweiler in the Roman Campagna"*, in *verfBlog*, 31 gennaio 2017, la richiesta della Consulta alla Corte di giustizia si tradurrebbe in un: «Please, say it again».

gnare al giudice «obiettivi di scopo» e renderlo signore di valutazioni discrezionali di politica criminale per raggiungerli, come ha preteso di fare la sentenza *Taricco* nel sostenere che egli dovrebbe disapplicare la disciplina nazionale della prescrizione quando ritenga che essa, non assicurando la punibilità in un «numero rilevante di casi», renderebbe la repressione dei reati euro finanziari non «sufficientemente effettiva e dissuasiva». Di qui, dunque, il quesito se una tale regola debba trovare applicazione anche quando essa confligga con un principio cardine dell'ordinamento italiano.

4. *Unità nella diversità*

È un passaggio difficile. E la Corte costituzionale affida la sua richiesta alla Corte di giustizia, accompagnandola con un messaggio che contiene una visione 'alta' dei rapporti Unione-Stati aderenti e un 'suggerimento interpretativo', che possa consentire al giudice europeo un *commodus discessus* dal ginepraio innescato con la sentenza – ormai dovremo chiamarla la “prima” sentenza – *Taricco*.

La visione 'alta' che la Corte disegna del rapporto Unione-Stati membri, e che – nelle sue parole – costituisce la base stessa su cui può poggiare il primato del diritto dell'Unione, e dunque assume una portata molto generale che prescinde dalla specifica vicenda *Taricco*, è quella dell'«unità nella diversità», come risultato del fatto che «i rapporti tra Unione e Stati membri sono definiti in forza del principio di leale cooperazione». Ciò «comporta che le parti siano unite nella diversità». È un'unità che fonda la sua forza e la sua legittimazione sulla capacità di includere il tasso minimo di diversità «necessario per preservare l'identità nazionale insita nella struttura fondamentale» degli Stati membri. Ci deve essere un delicato ma fondamentale rapporto di equilibrio tra i due poli: come le diversità non possono espandersi con l'effetto di minacciare l'unità, così l'unità non può mai conculcare del tutto le diversità. «Queste considerazioni – aggiunge la Consulta – del resto, sono sempre state alla base dell'azione della Corte di giustizia, quando, precorrendo l'art. 6, paragrafo 3 del TUE, ha incorporato nel diritto dell'Unione le tradizioni comuni agli Stati membri». A questo punto, la Corte è disposta a fare una prima 'concessione' per invogliare la Corte di giustizia ad aderire alle sue tesi: indubbiamente – essa afferma – i giudici del Lussemburgo, dovendo definire il campo di applicazione del diritto dell'Unione, non possono essere gravati anche «dall'onere di valutare nel dettaglio se esso sia compatibile con l'identità costituzionale di ciascuno Stato membro», per

cui «è ragionevole attendersi che, nei casi in cui tale valutazione sia di non immediata evidenza», provvedano «a stabilire il significato della normativa dell'Unione, rimettendo alle autorità nazionali la verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento nazionale». Qui la Corte sembra adombrare l'idea che la definizione da parte sua dei controlimiti costituisca in realtà oggetto di una sorta di 'delega', sia pur implicita (per i casi di non «immediata evidenza»), da parte della Corte di giustizia di un'attività che in astratto sarebbe di competenza di quest'ultima, anziché formare oggetto di una competenza autonoma, esclusiva ed originaria del giudice costituzionale, come la funzione di controllo propria dei controlimiti porterebbe a ritenere.

5. *Suggerimenti alla Corte di giustizia*

Questa impostazione – aggiunge la Corte costituzionale, offrendo ulteriori argomenti ai giudici di Lussemburgo per aggiustare il tiro rispetto alla sentenza *Taricco* – sembra, del resto, accolta dalla stessa Corte di giustizia, la quale, nel sostenere l'efficacia diretta dell'art. 325 TFUE e il conseguente obbligo di disapplicare la disciplina nazionale della prescrizione che, nei casi e alle condizioni individuate, comprometterebbe l'effettività della sanzione²⁰, non si è soffermata sulla compatibilità di una simile regola con i principi supremi dell'ordinamento italiano, ma sembra «aver demandato espressamente questo compito agli organi nazionali competenti». Lo avrebbe fatto, in particolare, avvertendo che «se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati». Di qui il quesito alla Corte di giustizia – che assume una chiara intonazione retorica – di dare conferma se essa in tal modo abbia «inteso affermare che la regola tratta dall'art. 325 TFUE è applicabile solo se è compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro, e che spetta alle competenti autorità di quello Stato farsi carico di una siffatta valutazione». Se questa interpretazione dell'art. 325 TFUE fosse corretta, conclude la Corte costituzionale, «ces-

²⁰ V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco". Note minime all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017, 11 ritiene che la tesi degli effetti diretti discendenti dall'art. 325 TFUE andrebbe però verificata. Infatti, aggirando la previsione dell'art. 83 TFUE, essa implicherebbe la legittimazione a iniziative legislative dell'Unione in materia penale promosse non solo attraverso direttive di armonizzazione, ma anche con regolamenti, cioè normative direttamente applicabili, dunque potenziali strumenti di competenza penale diretta.

sarebbe ogni ragione di contrasto e la questione di legittimità costituzionale non sarebbe accolta».

Per la verità, quell'inciso sul rispetto dei diritti fondamentali da parte del giudice chiamato a disapplicare la disciplina interna, che compare due volte nel testo della sentenza *Taricco* (parr. 53 e 55) non appare di chiarissima lettura e sembrerebbe semmai consistere esso stesso in una argomentazione retorica, dato che i giudici di Lussemburgo si affrettano subito a negare che tali diritti possano ritenersi pregiudicati, poiché nell'impostazione della Corte di giustizia la disciplina della prescrizione, assumendo una connotazione processuale, evaderebbe dal principio di legalità penale, così come garantito (restrittivamente) dagli artt. 49 Carta di Nizza e 7 CEDU. Nondimeno, la Corte costituzionale propone alla Corte di giustizia una lettura 'pacificatoria' di quel riferimento, anche se in realtà contraria al senso complessivo della sentenza *Taricco*.

6. *Un debole distinguishing sul principio di maggior tutela*

Con un secondo passaggio, la Corte costituzionale mira poi a recuperare il principio della maggior tutela garantito dall'art. 53 Carta di Nizza al fine di proteggere la concezione sostanziale e la conseguente riconducibilità al principio di legalità penale della disciplina italiana della prescrizione. Il livello di tutela più elevata che ne deriverebbe all'imputato rispetto al principio di legalità riconosciuto dalle fonti europee (artt. 49 Carta di Nizza e 7 CEDU) che, come si accennava, lo limitano alla descrizione della fattispecie criminosa e alla pena – sostiene la Corte – dovrebbe infatti ritenersi garantito dall'Unione in forza dell'art. 53 Carta di Nizza. La Consulta sa bene che la Corte di giustizia ha sterilizzato la portata di quel principio nel caso *Melloni*²¹ e si affretta a distinguere la situazione ora in esame da quel precedente, sostenendo che mentre lì era in gioco l'incompatibilità della normativa di maggior tutela nazionale con una Direttiva, che, se fatta valere attraverso l'art. 53 Carta di Nizza, avrebbe «comportato la rottura dell'unità del diritto dell'Unione in una materia basata sulla reciproca fiducia in un assetto normativo uniforme» (era in gioco il mutuo riconoscimento di un mandato d'arresto europeo), qui il primato del diritto dell'Unione non sarebbe minimamente posto in discussione, perché non verrebbe in gioco «la regola enunciata dalla sentenza in causa *Taricco*, e desunta dall'art. 325 TFUE, ma solo l'esistenza

²¹ C. giust., 26 febbraio 2013 C-399/11, *Melloni*; ma cfr. pure Id., *Parere* 2/13 del 18 dicembre 2014.

di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice»²².

È un distinguo che ha l'evidente funzione di 'tranquillizzare' la Corte di giustizia sul fatto che la Consulta non intende minimamente disconoscere la prevalenza della regola enunciata nel caso *Taricco* circa l'interpretazione dell'art. 325 TFUE²³, ma vuole addurre solo un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta; impedimento legato alla «circostanza – esterna all'ordinamento europeo – che la prescrizione in Italia appartiene al diritto penale sostanziale e soggiace perciò al principio di legalità penale». Ma è un distinguo assai fragile²⁴: si può davvero sostenere che l'impedimento – assoluto e generalizzato – di applicare una regola dell'Unione, il quale dipenda da un principio costituzionale interno di maggior tutela, non ponga appunto quest'ultimo in una sostanziale frizione con quella regola? Inoltre, si potrebbe osservare che qui la posta in gioco dovrebbe considerarsi – nell'ottica dell'Unione – semmai ancora più alta che nel caso *Melloni*: lì si trattava di assicurare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione; qui l'efficace lotta contro le frodi contro gli interessi economici euro unitari, cioè contro interessi che l'Unione considera da sempre fondamentali per la sua stessa sopravvivenza²⁵.

Ciò che piuttosto va evidenziato è che il principio della prevalenza della maggior tutela si può sovrapporre a quello della tutela dei controlli ogni volta in cui la maggior tutela sia espressione di un principio nucleare, identitario dell'ordinamento costituzionale domestico; nel qual caso la salvaguardia della prima sarebbe assorbita dalla tutela del secondo. Di fronte a una tale eventualità, l'azionabilità dei controlli potrebbe sortire in concreto proprio quegli effetti – la prevalenza della norma interna su quella europea, per giunta, da noi, attraverso la via 'cruenta' di una parziale declaratoria di incostituzionalità della legge di

²² In termini adesivi, v. M. BASSINI, O. POLLICINO, *The Taricco Decision: a Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution*, in *FerfBlog*, 28 gennaio 2017.

²³ A proposito della restrittiva interpretazione nel caso *Melloni*, è il caso di ricordare che è proprio il diritto dell'Unione attraverso l'art. 53 Carta di Nizza a prescrivere a se stesso la pozione esigenza di far prevalere comunque sul proprio standard di tutela lo standard di tutela più elevato garantito a livello nazionale. Subordinare tale esigenza a quella di non compromettere l'unità e la primazia del diritto dell'Unione significa ritenerla *tout court* perdente rispetto alla seconda, cioè sterilizzare completamente l'operatività dell'art. 53 Carta di Nizza.

²⁴ V. MANES, *op. cit.*, 10 osserva che o la materia delle frodi all'IVA, che veniva in gioco nel caso *Taricco*, va considerata 'comunitarizzata', e allora il distinguo con il caso *Melloni* diventa – per l'appunto – difficile, o non lo è (più), e allora quel distinguo non ha nemmeno ragione di porsi, riguardando situazioni non comparabili.

²⁵ Cfr. pure M. CAIANIELLO, *op. cit.*, 21.

ratifica ed esecuzione del Trattato – che si erano voluti scongiurare nel caso Melloni.

7. *Monito al legislatore*

Non manca – a dimostrazione di lealtà verso l'Unione e la tutela dei suoi interessi finanziari – un monito al legislatore affinché si attivi per evitare che la disciplina interna della prescrizione non sia di ostacolo al perseguimento delle frodi finanziarie che colpiscano gli interessi economici dell'Unione²⁶. È una questione che non spetta alla Corte risolvere, ma rimane nella responsabilità della Repubblica italiana. Né la Corte – come pure avrebbe potuto fare, magari rispondendo alla Corte di giustizia attraverso un rinvio pregiudiziale – entra nei dettagli della recente normativa che – aggiunge – andrebbe attentamente analizzata per verificare se possa già risultare sufficiente allo scopo. Le interessa dimostrare che essa non intende assolutamente favorire l'impunità dai reati euro finanziari, ribadendo invece come questi vadano perseguiti nel modo più fermo, anche attraverso necessarie rimodulazioni normative della disciplina della prescrizione. Le sue argomentazioni sono esclusivamente concentrate a difendere il principio di legalità penale, inteso come elemento identitario del sistema costituzionale italiano.

8. *Non giudici 'di scopo'*

Un ultimo rilievo è speso ancora dalla Corte costituzionale per evidenziare come la sentenza *Taricco* abbia escluso l'incompatibilità della regola da essa fissata con l'art. 49 Carta di Nizza con esclusivo riguardo al divieto di retroattività, ma non anche sotto il profilo della sufficiente determinatezza della fattispecie; condizione che, invece, rappresenta un requisito indefettibile, non solo alla luce dell'ordinamento interno, ma anche nella prospettiva delle tradizioni costituzionali degli Stati membri. Un'esigenza – si aggiunge – avvertita pure dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, indipendentemente dalla natura assegnata alla prescrizione: anche una sua collocazione processuale²⁷ richiederebbe comunque il ri-

²⁶ Possiamo ricordare che è pendente un disegno di legge (Ferranti e altri n. 2150), approvato dalla Camera il 24 marzo 2015 e recante “*Modifiche al codice penale in materia di prescrizione del reato*”.

²⁷ Sull'estensibilità del principio di legalità al processo, v. S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.* 2016, 362 ss.; M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra*

spetto di quel requisito, che «coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law*»²⁸, i quali non affidano al giudice il potere di creare il regime penale al posto della legge di origine parlamentare e che comunque ripudiano l'idea di un giudice penale di scopo.

9. *Uno scontro tra paradigmi: legalità normativa v. legalità giudiziale*

Queste ultime argomentazioni della Corte costituzionale ci consentono di cogliere in controtuce quale sia la vera posta in gioco in questa vicenda.

Da esse sembra trasparire infatti la chiara volontà di riaffermare la 'primazia' del diritto 'normativo' sul diritto 'giurisprudenziale'²⁹, della 'legge' nazionale sulla 'giurisprudenza fonte'³⁰ di matrice europea. Si colgono, in controtuce, nelle affermazioni della Corte gli anticorpi contro la dimensione *flou* del diritto³¹, il suo approccio empirico e 'sostanziale', che rappresenta una delle più evidenti caratteristiche del diritto giurisprudenziale europeo, sia dell'Unione, sia della CEDU.

E appare evidente come al centro di questa contrapposizione tra diritto normativo e diritto giurisprudenziale stia, al fondo, il principio della sottoposizione del giudice solo alla legge (art. 101.2 Cost.)³², a sua volta espressione del principio della divisione dei poteri (del quale lo stesso

diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4/2016, 48 ss.; O. MAZZA, *Scelte politiche "europee" e limiti costituzionali in tema di prescrizione del reato* in *Arch. pen.*, 2015, 775 ss.

²⁸ M. BASSINI, O. POLLICINO, *op. cit.*, sottolineano come la Corte parli qui di tradizioni costituzionali comuni, e quindi usi un linguaggio molto più in linea con la attuale stagione di cooperazione costituzionale europea di quello impiegato dai giudici costituzionali tedeschi nel caso *Gauweiler*, basato sulla difesa della sola identità nazionale.

²⁹ Cfr. pure i rilievi di M. CAIANIELLO, *op. cit.*, 19 ss.

³⁰ Per questa denominazione, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 49 ss.

³¹ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit: du Code pénal aux droits de l'homme*, Parigi, 1986.

³² Pure R. BIN, *op. cit.*, 297 evoca un contrasto con l'art. 101.2 Cost., ma sotto una prospettiva assai diversa. Egli sostiene che la violazione verrebbe dalla sentenza Taricco, nell'ambito della quale il normale rapporto di cooperazione tra giudice interno e giudice europeo, che si realizza in funzione di uno sforzo comune (la *primauté* e la tutela dei diritti), ma nel rispetto delle differenze di disciplina dei due ordinamenti, degraderebbe in «rapporto di subordinazione gerarchica», poiché in Taricco la Corte avrebbe imposto ai giudici nazionali di abbandonare le coordinate costituzionali in favore di quelle europee, invitandoli a evitare interposizioni della Corte costituzionale quando si tratti di rimuovere una legge dall'ordinamento.

principio di legalità penale rappresenterebbe uno specifico corollario). Viene dunque ad essere chiamato in causa uno dei caratteri identitari del nostro stesso modello di Stato costituzionale, di giurisdizione e di legalità. Un modello indubbiamente mitizzato, se è vero che il giudice non è quel passivo esecutore del comando legislativo teorizzato dagli illuministi, ma un soggetto che, interpretando il diritto e applicandolo al caso concreto, svolge una funzione fisiologicamente ‘creativa’³³; ma, nondimeno, un modello in cui buona parte della nostra cultura giuridica continua ancora a riconoscersi profondamente.

In questa prospettiva, non deve sfuggire che, ove il principio consacrato nell’art. 101.2 Cost. venisse considerato alla stregua di un controlimito nazionale – anzi, in una certa ottica, addirittura alla stregua di ‘prototipo’ stesso di controlimito dell’ordinamento italiano – esso implicherebbe di escludere che il giudice – in particolare, il giudice penale – possa (ancora) dirsi vincolato alle ‘norme giurisprudenziali’ espresse dalle Corti di vertice europee³⁴. Un vincolo che, invece, si è consolidato nel tempo, sia rispetto alla Corte di giustizia, la quale si è sempre attribuita una funzione ‘paralegislativa’³⁵, che, dopo il Trattato di Lisbona, si estende ormai a tutta la materia penale, sostanziale e processuale; sia rispetto alla Corte europea dei diritti dell’uomo, alla cui giurisprudenza – che ha implementato lo stesso inventario delle garanzie CEDU – è stato riconosciuto dalla nostra Corte costituzionale nelle ‘sentenze gemelle’ n. 348 e 349 del 2007 valore ‘normativo’, addirittura nella forma del parametro interposto di costituzionalità³⁶.

La conclusione sembrerebbe obbligata, a meno di non intendere il concetto di «legge» a cui si riferisce l’art. 101.2 Cost. in termini tali da

³³ Cfr. H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, traduzione e cura di G. Vattimo, Milano, 1983, 382. V. inoltre F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, 1999; M. VOGLIOTTI, *op. cit.*, 7 ss.

³⁴ Sottolinea i tratti di somiglianza tra queste Corti e i “Grandi tribunali” dell’*Ancien Régime*, che anch’essi ‘dialogavano’ tra di loro, M. VOGLIOTTI, *op. cit.*, 8 ss.

³⁵ La Corte di giustizia l’ha affermata nell’ottica di garantire l’unità del sistema comunitario (C.giust., 13 maggio 1981, C-66/80, *International Chemical Corporation*). La nostra Corte costituzionale ha riconosciuto alle sentenze della Corte di giustizia valore di *ius superveniens* (C. cost., ord. n. 311 del 2011, n. 241 del 2005, n. 125 del 2004), anche se l’affermazione è impropria, non avendo la Corte di Lussemburgo un potere caducatorio del diritto nazionale.

³⁶ Anche se poi la Consulta ha relativizzato il senso delle sue statuizioni, sia precisando di riservarsi un «margine di apprezzamento» in ordine all’incidenza che l’interpretazione della Corte europea possa avere sulle specificità del nostro ordinamento interno, ferma restando l’esigenza che ne sia salvaguardata la ‘sostanza’ (C. cost., sent. n. 236 del 2011, n. 311 del 2009), sia restringendo comunque – sia pur con questi limiti – l’obbligo di conformarsi alle norme CEDU «così come interpretate» dalla Corte europea alle sole interpretazioni «consolidate» e alle «sentenze pilota» (C. cost., sent. n. 49 del 2015).

non circoscriversi al prodotto ‘legislativo’ (alla *lex parlamentaria*, in un’ottica nazionale, o, salendo di grado, alle leggi di matrice europea³⁷), ma da includere anche i prodotti ‘normativi’ giurisprudenziali; tuttavia, sappiamo che non è stata questa l’interpretazione della nostra Corte costituzionale³⁸, né comunque una simile impostazione sarebbe compatibile con la logica stessa del principio di divisione dei poteri.

Ciò significa che una tutela nazionale dei controlimiti rispetto all’art. 101.2 Cost. potrebbe portare, se condotta alle sue estreme conseguenze, a colpire al cuore la stessa logica di integrazione che regge i rapporti tra diritto interno e diritto dell’Unione e da cui discende lo stesso principio di primazia del diritto eurounitario. Invocare il principio di sottoposizione del giudice alla legge significa dunque, in questa prospettiva, evocare uno scontro tra paradigmi, evidenziando la mai del tutto composta frattura che si avverte nel sistema del diritto contemporaneo, tra la cultura di *civil law* a cui si ispirano i Paesi dell’Europa continentale, compreso il nostro, e la cultura di *common law* da cui trae invece per larga parte alimento il diritto europeo. O, se si preferisce considerare il problema in una prospettiva diversa, tra i canoni positivisticci moderni di matrice illuministica che caratterizzano la legalità normativa statuale e le categorie giuridiche postmoderne della legalità giudiziale europea³⁹.

Resta il fatto che, piaccia o no, il diritto europeo e i suoi paradigmi saranno sempre più destinati a incidere sulla giustizia penale, anche all’interno degli ordinamenti nazionali, e un controlimite che avesse, come in questo caso, la pretesa di azzerarli, oltre ad attentare da un punto di vista generale al processo di integrazione europea, condannerebbe a si-

³⁷ Recepte attraverso l’art. 11 Cost.

³⁸ C. cost., sent. n. 230 del 2012.

³⁹ Cfr., volendo, R.E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1185 ss.; ID., *Presentazione. Un diritto postmoderno*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Bologna, 2016, 9 ss. A. BERNARDI, *op. cit.*, CII, preferisce parlare al riguardo di contrapposizione tra «ideologie identitarie e multiculturali, ovvero tra posizioni “sovraniste” ed “euro-peiste”», nel cui ambito, peraltro, si colloca «un coacervo di opinioni e punti di vista, all’interno dei quali i binomi “locale”-“globale” e “nazionale”-“sovrannazionale” assumono infinite declinazioni nelle quali le diverse componenti materiali e ideali di matrice volta a volta identitaria, nazionalista europeista e modialista si mescolano tra loro in modo imprevedibile, dando vita a una molteplicità di voci connotate dai più diversi timbri».

In particolare, si può ricordare che un vento ‘sovranista’ soffia con forza in questi tempi sull’Europa della giustizia penale anche sul terreno della cooperazione giudiziaria. Lo dimostrano le vicende dell’istituzione di una Procura europea: il progetto di regolamento che la istituisce (testo stabilizzato 5766/17), rispetto al quale è stata chiesta una cooperazione rafforzata, ci dà un’immagine di quest’organo fortemente depotenziato e scarsamente in grado di imporsi sulle autorità nazionali.

curo isolamento lo Stato che intendesse azionarlo. Nell'ambito dell'Unione, le diversità, per riprendere le parole della Corte, non possono mai espandersi al punto di minacciare l'unità⁴⁰. La convivenza, anzi, la graduale osmosi tra i due paradigmi sembra inevitabile nella prospettiva dell'integrazione europea anche sul piano della giustizia penale.

10. *Possibili gestioni 'virtuose' dei 'controlimiti'?*

Resta da fare qualche breve considerazione conclusiva sul 'futuro' dei controlimiti.

È naturalmente assai difficile fare previsioni sull'esito di questa vicenda. Avendo preannunciato la possibilità di attivare i controlimiti, la Corte costituzionale si è ormai in qualche modo vincolata. Per altro verso, sarà difficile alla Corte di giustizia, richiesta di un ripensamento – che nella sostanza suona come una critica al suo precedente assunto – smentirsi in una materia che, per di più, essa da sempre considera di vitale importanza per la stessa sopravvivenza dell'Unione come quella della repressione dei reati euro finanziari⁴¹. Insomma, la vicenda *Taricco* si è in qualche misura radicalizzata. Forse la Corte di giustizia potrà dribblare lo scoglio riformulando – come spesso essa usa fare – il quesito proposto dalla Corte costituzionale, svicolando dalla strettoia imposta da quest'ultima. Ma bisogna vedere in che modo, e poi, con quali ulteriori 'risposte' da parte della Consulta.

Proviamo invece a ipotizzare, al di là di questa vicenda, e sia pure con un pizzico di *wishful thinking*, un assetto di possibile compromesso ragionevole nei rapporti tra controlimiti e diritto dell'Unione.

In questa prospettiva bisognerebbe comunque non dimenticare che la Corte di giustizia è una Corte di integrazione europea⁴². E, se l'integrazione sta al primo posto, è immaginabile che il concetto di unità nelle diversità evocato dalla Corte costituzionale venga interpretato dalla

⁴⁰ Cfr. pure i rilievi di G. AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna, 2015, 107.

⁴¹ C. SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit. 499 pone l'accento sul fatto che la tutela degli interessi finanziari UE ha sempre rappresentato il bene giuridico in merito al quale si sono sperimentate le soluzioni più innovative e si sono apprestati i maggiori strumenti di tutela del diritto UE. Dal canto suo, A. VENEGONI, *Ancora sul caso Taricco: la prescrizione tra il diritto a tutela delle finanze dell'Unione ed il diritto penale nazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo, 2016, 3 sottolinea come il diritto dell'Unione protegga gli interessi finanziari UE in una dimensione spiccatamente concreta, nella prospettiva di prevenire il più possibile le irregolarità e le frodi.

⁴² R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., 80.

Corte di giustizia nel senso che le diversità debbano considerarsi esse stesse parte di quella unità, leggendo in quest'ottica l'art. 4.2 TUE, secondo il quale l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri «insita nella (loro) struttura fondamentale, politica e costituzionale» e l'art. 6.3 TUE secondo cui i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e «dalle tradizioni costituzionali comuni» degli Stati membri «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Ciò potrebbe portare a una concezione 'europeizzata' dei controlimiti, anche se di tipo 'moderato' o 'debole', nel senso che, per un verso, essi verrebbero considerati parte integrante del diritto dell'Unione, ma, dall'altro – come suggerisce la stessa Corte costituzionale – la loro individuazione e la loro gestione verrebbe rimessa alle competenti autorità nazionali. Si eviterebbe, dunque, quell'interversione di ruoli tra controllato e controllore, propria di una visione 'pura' della europeizzazione dei controlimiti, che li vedrebbe affidati esclusivamente alla Corte di giustizia⁴³; si preserverebbero invece sia l'identità costituzionale degli Stati membri, sia il primato del diritto dell'Unione. In questa prospettiva di compromesso, si potrebbe prefigurare un nuovo ordine di rapporti sui controlimiti, all'interno stesso del dialogo tra le Corti, specificando le regole di un nuovo gioco sullo scacchiere europeo. Di fronte a una violazione dei controlimiti – concetto da intendere comunque in una dimensione di assoluta eccezionalità – la Corte costituzionale – debitamente investita della questione dal giudice nazionale – ne dovrebbe con fermezza opporre la violazione, passando però la mano alla Corte di giustizia, affinché decida se includere di volta in volta il diritto fondamentale violato nell'inventario di quelli protetti a livello euro unitario⁴⁴; ove la Corte di giustizia accogliesse la richiesta, ogni violazione cesserebbe e la Corte costituzionale non avrebbe ragioni per intervenire, attentando alla unità e alla primazia del diritto dell'Unione. Ove non la accogliesse, a quest'ultima resterebbe sempre la scelta estrema di azionare i controlimiti.

⁴³ M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *AIC*, 14 aprile 2016, 9.

⁴⁴ In una prospettiva non dissimile C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Eurojust.it*, 29 gennaio 2017, che la ipotizza nel caso *Taricco* ponendola eventualmente in alternativa a una decisione della Corte di giustizia che decida di circoscrivere nel tempo gli effetti della sua prima decisione, limitando la disapplicazione della normativa nazionale nei termini indicati nella *Taricco* ai reati commessi dopo la nuova sentenza pregiudiziale, anche se ciò creerebbe disparità di trattamento tra imputati il cui regime di prescrizione sia caduto sotto la scure della sentenza *Taricco* e quelli che potrebbero beneficiare del principio di non retroattività della norma penale sfavorevole.

MASSIMO LUCIANI

INTELLIGENTI PAUCA.
IL CASO *TARICCO TORNA* (CATAFRATTO)
A LUSSEMBURGO

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

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

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

La premessa dei tre quesiti è identica, poiché si chiede se l'art. 325 TFUE (primi due quesiti) o la ricordata sentenza *Taricco* (terzo quesito) debbano essere interpretati nel senso che impongano «al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato [...]». Diverso, però, è il dubbio di volta in volta posto alla Corte di giustizia. Infatti:

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

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

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

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

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

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

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

La questione dei controlimiti, dunque, imprudentemente considerata sopita o anacronistica da una numerosa dottrina², si ripresenta in

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

² Fra gli internazionalisti, peraltro, si segnala la più saggia e prudente posizione di U. VILLANI, *I «controlimiti» nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in AA.VV., *Studi in onore di V. Starace*, Napoli, 2008, 1307 s. (*ivi*, 1310, anche la corretta osservazione che le occasioni di potenziale interessamento dei controlimiti si sono moltiplicate con l'accrescimento delle competenze dell'Unione). V. anche, dello stesso A., *Il ruolo della Corte costitu-*

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

2. *Una prospettiva di analisi*

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

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

zionale nel dialogo con la Corte di giustizia, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauero*, Napoli, 2014, vol. II, spec. 1326.

La *damnatio* dei controlimiti, ridotti a «mere enunciazioni teoriche, prive di risvolti pratici», è imputata all'intenzione di molti di prospettare l'obsolescenza della Costituzione repubblicana e di affermare una (infondata) «nuova gerarchia delle fonti», segnata dalla «prevalenza delle regole europee», da L. BARRA CARACCILO, *La Costituzione nella palude. Indagine su trattati al di sotto di ogni sospetto*, Reggio Emilia, 127.

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

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

⁵ Non mi sentirei, dunque, di condividere l'opinione di chi afferma che «La decisione

Per la verità, che davvero ci fosse margine per un rinvio era discutibile: la sentenza *Taricco* era stata *tranchante* e non sembrava dare adito a quei dubbi interpretativi che, secondo concetto, lo legittimano. Primato e piena efficacia della normativa europea; obbligo incondizionato del giudice italiano di disapplicare quella nazionale; assoluta irrilevanza della concezione della prescrizione propria del nostro ordinamento: non è che ci fosse molto da lasciare al tormento dell'interprete⁶. La scelta in favore del rinvio pregiudiziale, dunque, più che a ragioni di diritto processuale, si deve piuttosto ad alquanto scoperte esigenze politico-istituzionali⁷: prima di sganciare quello che talvolta la dottrina ha definito l'ordigno nucleare dei controlimiti, si è voluta offrire alla Corte di giustizia magari con «un certo equilibrismo»⁸, la possibilità di precisare il suo pensiero, di correggere il tiro. È quanto non era stato possibile fare in occasione del caso risolto dalla sent. n. 238 del 2014, ma allora, poiché i rapporti con la Corte internazionale di giustizia non sono retti dal principio del rinvio pregiudiziale, quella strada – se mai si fosse inteso percorrerla – era senz'altro preclusa⁹. Eppure davvero è possibile una correzione di tiro, una precisazione di pensiero? O non si tratta piuttosto della richiesta, formulata da Roma, dell'esercizio di un vero e proprio *ius poenitendi* da parte di Lussemburgo¹⁰? Che cosa potrà davvero accadere?

3. *Le possibili reazioni della Corte di giustizia*

Negli innumerevoli commenti a questa vicenda (viene quasi da scusarsi della partecipazione a un dibattito così fitto, aggiungendo altre pa-

qui commentata convince senza riserve» (V. GIGLIO, *La Consulta sul caso Taricco: analisi dell'ordinanza n. 24/2017*, in *Filodiritto*, 3 febbraio 2017, 5).

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

⁷ Si è parlato, non a caso, di una decisione «diplomatica» (M.L. FERRANTE, *L'ordinanza della Corte costituzionale sull'affaire Taricco: una decisione «diplomatica» ma ferma*, in *Dirittofondamentali.it*, n. 1/2017, 16), segnata da «garbo istituzionale» (G. RICCARDI, «Patti chiari, amicizia lunga». *La Corte costituzionale tenta il «dialogo» nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 3) o da «fairness istituzionale» (G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritti comparati*, 20 febbraio 2017, 1).

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

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

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

role alle molte già pronunciate) molti autori si sono lanciati in previsioni su quale sarà la reazione della Corte di giustizia. Così, per fare solo alcuni esempi, si è affermato che per la Corte di giustizia sarà «difficile [...] smentirsi»¹¹; che, al contrario, le sarebbe difficile dare risposta positiva (*contra Constitutionem*, dunque) ai quesiti postile dall'ordinanza di rinvio¹²; che si sceglierà una «soluzione di sintesi» che eviti «lo scontro tra le due Corti»¹³; che sarà cercata «una soluzione di “compromesso”»¹⁴, etc. Previsioni, in realtà tutte molto difficili, se non azzardate, perché è vero che il rinvio pregiudiziale apre uno spazio dialogico fra Corte costituzionale e Corte di giustizia, ma è altrettanto vero che, per i suoi contenuti, il rinvio, sebbene – per la sua stessa natura di strumento processualmente dialogico – paia sollecitare, appunto, «una soluzione di compromesso»¹⁵, ha tanto «il sapore di un *ultimatum*»¹⁶, sicché la reazione del soggetto che è potenzialmente dialogante, sì, ma è anche raggiunto da *ultimatum* (in effetti, la nostra Corte chiede a quella di giustizia la «*conferma*» del proprio «*convincimento*»)»¹⁷, è difficile da preventivare. Sembra miglior partito, allora, ricordare l'ovvio, e cioè che le risposte di Lus-

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

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

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

¹⁴ C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Eurojus.it*, 29 gennaio 2017, 3.

¹⁵ Così M. TAGLIONE, *Brevi considerazioni sull'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017*, in *Arch. pen.*, n. 1/2017, 2. Sull'intento essenzialmente dialogico di questa ordinanza, anche C. SOTIS, «*Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*». *Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)*, in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2017, 4.

¹⁶ R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco*, cit., 7. Analogamente, F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2017, 2; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. 24 del 2017)*, in *Consulta Online*, n. 1/2017, 81; G. PICCIRILLI, *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida (nota a Corte cost., ord. n. 24/2017)*, in *Consultaonline*, n. 1/2017, 126. Di «last resort» parlano M. BASSINI, O. POLLICINO, *The Taricco Decision: A Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution*, in *Verfassungsblog*, 2017.1.28, 1. Di «ordinanza “monito”» dice G. RICCARDI, «*Patti chiari, amicizia lunga*», cit., 10. L'evenienza che un'ordinanza di rinvio pregiudiziale da parte di una Corte costituzionale potesse «sot-tendere la minaccia di disseppellire e attivare i controlimiti» era stata prevista da A. BERNARDI, *Presentazione. I controlimiti al diritto dell'Unione Europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2017, LVIII.

¹⁷ V. il terzo capoverso del par. 7.

semburgo, senza assegnare all'una o all'altra specifiche percentuali di probabilità, possono essere solo tre¹⁸. La Corte di giustizia, infatti, potrebbe: *a*) confermare il *dictum* della sentenza *Taricco* e ribadire quanto già sappiamo, e cioè che il giudice nazionale è comunque tenuto a disapplicare il diritto interno per garantire la piena efficacia di quello eurounitario e proteggere – conseguentemente – gli interessi finanziari dell'Unione; *b*) riconoscere le ragioni della Corte costituzionale e le esigenze costituzionali italiane, esentando il giudice nazionale dalla disapplicazione qualora questa comporti la violazione di un nostro principio fondamentale; *c*) identificare una soluzione di compromesso, sterilizzando le istanze costituzionali nazionali, ma confermando, nella sostanza, non solo il principio del primato del diritto eurounitario, ma anche la sua indifferenza ai principi costituzionali fondamentali del singolo Stato membro.

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

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

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

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

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

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

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

La soluzione intermedia sarebbe, dicevo, la più pericolosa e forse potrebbe dirsi, con qualche malizia, non essere un caso che alcuni critici dell'ordinanza che qui si commenta la caldegghino. Come si dovrebbe articolare una simile pronuncia di compromesso è difficile dire. È stato ipotizzato, ad esempio, che la Corte di giustizia potrebbe: riconoscere il principio di legalità per come specificamente ricostruito dalla nostra Corte quale principio generale dell'Unione²³, con la conseguenza di far prevalere la legalità (comprensiva della disciplina della prescrizione) sugli interessi finanziari dell'Unione²⁴; dichiarare (con una vera e propria acrobazia logica, peraltro)²⁵ che gli effetti della sentenza *Taricco* devono

principi fondamentali la determinatezza della fattispecie penale e la prevedibilità del relativo precetto. Che nel nostro ordinamento la prescrizione appartenga al diritto sostanziale è solo un dato di fatto (del tutto estraneo, si badi, alle competenze dell'Unione: cfr. anche G. RICCARDI, «Patti chiari, amicizia lunga», cit., 5 s.), ma è per questo che essa «soggiace [...] al principio di legalità in materia penale» (par. 8, *ad finem*). E che questo principio appartenga all'identità costituzionale italiana è evidente. La sua essenzialità è stata ribadita da una granitica e risalente giurisprudenza, sicché l'accusa alla Corte di aver peccato di apodissi (P. FARAGUNA, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: «Gauweiler in the Roman Campagna»*, in *Verfassungsblog*, 2017.1.31, 3) mi sembra infondata per erroneità del presupposto.

²² G. CIVELLO, *La Consulta, adita sul caso «Taricco»*, cit., 12 (cors. nell'orig.).

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

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

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

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

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

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

Come la via immaginata dalla dottrina citata alla nota che segue possa essere percorsa senza smentire quanto era stato già affermato, dunque, è assai difficile dire. Non a caso, sem-

ritenersi limitati nel tempo e confinati ai reati commessi dopo la sua pubblicazione²⁶; precisare meglio quella nozione di «numero considerevole di casi» (di impossibile perseguimento dei reati fiscali a causa del regime della prescrizione) che – come si è visto – la sentenza *Taricco* pone alla base dell'obbligazione di disapplicazione del diritto interno²⁷; prospettare l'ipotesi di rendere effettivo il precetto eurounitario con strumenti diversi da quello della repressione penale²⁸; ipotizzare che le violazioni dei Trattati possano essere rimediate non solo per via giudiziaria, ma anche per mezzo di una procedura di infrazione²⁹; ritenere soddisfacenti gli aumenti dei termini prescrizionali già introdotti nel nostro ordinamento³⁰.

Se in particolare alcune di queste ipotesi si realizzassero la nostra Corte si troverebbe in difficoltà. Da un lato, infatti, i *vulnera* ai nostri principi fondamentali parrebbero formalmente meno evidenti; dall'altro, tuttavia, resterebbe appieno la sostanza dei due problemi essenziali in giuoco in questa vicenda: l'alternativa fra il diritto giurisprudenziale e il diritto legislativo³¹; il rispetto del principio della separazione dei poteri³².

pre in prospettiva critica dell'ordinanza della nostra Corte, l'unica «apertura» della Corte di giustizia che altri autori hanno immaginato è quella (assai più ridotta) «di chiarire che gli effetti della disapplicazione delle regole interne in merito al tetto massimo della prescrizione, con conseguente estensione del termine equiparandolo a quello dei reati associativi nazionali, si produc[ono] anche per le condotte precedenti alla sentenza *Taricco*, ma solo a condizione che il termine non sia già spirato al momento della decisione della Corte di giustizia». Il che, però, sarebbe palesemente insufficiente (così R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia*, cit., 15).

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

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

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

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

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

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

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

La Corte costituzionale ha chiarito, infatti, che non si può «permettere al potere giudiziario di disfarsi, in linea potenziale, di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato», perché altrimenti si eccederebbe «il limite proprio della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto quanto meno nella tradizione continentale»³³. È il rapporto fra giurisdizione e legislazione, dunque, che è soprattutto in questione.

Si è obiettato che le sentenze della Corte di giustizia sarebbero pur sempre «diritto scritto»³⁴, ma il punto non è questo³⁵. Il punto è che non sono diritto legislativo e, quand'anche fossero fonti (e a rigore non lo sono, perché non sono comprese nell'elenco dell'art. 288 TFUE), non potrebbero mai soddisfare il principio di legalità, perché quel principio reclama *la legge* o un atto equiparato. Non a caso, mi sembra, la Corte costituzionale, pur riconoscendo l'effetto *erga omnes* delle sentenze della Corte di giustizia, le differenzia dalle vere e proprie «norme» eurounitarie, osservando che «Le statuizioni della Corte di Giustizia delle Comunità europee hanno, al pari delle norme comunitarie [e quindi non sono «norme comunitarie»] direttamente applicabili cui ineriscono, operatività immediata negli ordinamenti interni»³⁶. E, anzi, nemmeno le stesse direttive eurounitarie bastano a soddisfare un'eventuale riserva di legge, perché, come si è detto in una nota pronuncia costituzionale, nelle stesse materie coperte da riserva relativa «l'esistenza di direttive comunitarie esecutive comporta che l'obbligo di predisposizione diretta della normativa sostanziale entro la quale deve ridursi la discrezionalità dell'amministrazione viene alleggerendosi, per così dire, in conseguenza e proporzione alla consistenza delle direttive medesime (salva sempre, ovviamente, la possibilità per il legislatore di andare oltre, ma non contro, la normativa comunitaria)», ma nulla di più³⁷.

Ora, a me sembra evidente che qualora la Corte di giustizia scegliesse la via del compromesso offrirebbe una soluzione solo apparente alle questioni poste dalla Corte costituzionale, ma in realtà lascerebbe aperto il problema essenziale, che, appunto, non è tanto il «diritto del-

³³ Par. 9.

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

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

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

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

l'imputato di non veder allungati i termini per la prescrizione»³⁸ o – meglio – la prevedibilità della fattispecie penale in ogni sua componente (essa pure essenziale, perché connessa alla certezza del diritto), bensì la definizione normativa e non giurisprudenziale della fattispecie penale e delle sue componenti. E, visto lo stato attuale della discussione sulla natura creativa della giurisprudenza e sulla sua qualificabilità come fonte del diritto³⁹, per la nostra Corte sarebbe più difficile evocare i controlli⁴⁰, pur a fronte di una pronuncia europea non soddisfacente. Più difficile, certo, ma tutt'altro che impossibile.

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

Semmai, ci sarebbe da chiedersi quanto la stessa Corte costituzionale abbia rispettato tale principio nella sua giurisprudenza: i critici dell'ordinanza che qui consideriamo hanno buon giuoco a dire ch'essa, sovente, non ha «brillato per incisività»⁴², ma anche i commentatori favorevoli ne hanno contestato le timidezze⁴³. L'intera «filiera» della

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

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

⁴⁰ Che, peraltro, si è «ben guardata dal menzionare» nell'ordinanza in commento: C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2017, 4.

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

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

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

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

4. *Una Corte costituzionale «dialoga» con una Corte che costituzionale non è*

Se sul piano dei contenuti la posta in giuoco è soprattutto quella del rapporto fra legislazione e giurisdizione, su quello degli assetti istituzionali la partita riguarda le posizioni rispettive della Corte costituzionale (direi: *delle* Corti costituzionali di tutti i Paesi membri) e della Corte di giustizia⁴⁶. La pretesa di quest'ultima, si sa, è d'essere un'autentica Corte costituzionale, garante dell'incondizionato primato del diritto eurounitario⁴⁷, mentre la dottrina dei controlimiti, confidando la tutela dei principi fondamentali degli ordinamenti costituzionali nazionali alle singole Corti «locali», introduce proprio il condizionamento che tale pretesa intende negare. L'alternativa è radicale e nessuna tesi compromissoria può eluderla, ma solo collocarla in una prospettiva più remota. Così, suggerire che le Corti costituzionali, qualora ravvisino l'ipotesi del contrasto fra il

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

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

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

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

diritto eurounitario e i princìpi costituzionali fondamentali, investano con un rinvio pregiudiziale la Corte di giustizia perché questa «decida se includere di volta in volta il diritto fondamentale violato nell’inventario di quelli protetti a livello euro unitario» può anche essere saggio, ma resta che – come questa stessa dottrina riconosce – il potenziale conflitto si appianerebbe solo nel caso di una risposta positiva da parte di Lussemburgo, mentre a fronte di una risposta negativa alle Corti costituzionali resterebbe comunque «la scelta estrema di azionare i controlimiti»⁴⁸, che è pur sempre loro riservata e non può essere una «joint enterprise» con la Corte di giustizia⁴⁹, con la quale basterebbe «dialogare»⁵⁰. Né si può chiedere alle Corti costituzionali di soppesare le ragioni dei controlimiti con quelle del primato del diritto europeo. Proprio in sede di commento all’ord. n. 24 del 2017 si è rimproverato alla nostra Corte di non aver operato «un bilanciamento in concreto tra la pretesa violazione del principio di legalità [...] e le esigenze di “fedeltà comunitaria” imposte dall’art. 11 Cost.»⁵¹, ma il problema è che *quel bilanciamento è stato già compiuto dall’art. 1 e dallo stesso art. 11 Cost.*, che hanno *incorporato* i controlimiti nel processo di adesione dell’Italia, conservando la *sovranità* al popolo italiano e consentendone solo *limitazioni* (e non *cessioni*), oltretutto «*in condizioni di parità con gli altri Stati*». È alle Corti nazionali, insomma, che spetta l’opposizione dei controlimiti, perché costituzionali e irrinunciabili (*i.e.*: non cedibili) sono le esigenze cui essi sono preordinati⁵².

È dunque inevitabile affrontare, prima o poi, la questione fondamentale dell’uropeizzazione o meno dei controlimiti, questione che a mio parere ha esclusivamente una risposta, fatalmente negativa. Come più volte osservato, infatti, i controlimiti sono stati concepiti come rimedi

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

⁴⁹ Così, invece, G. RUGGE, *The Italian Constitutional Court on Taricco: Unleashing the normative potential of «national identity»*, in *QIL*, 37 (2017), 27. Cosa diversa (e più convincente) è dire che all’attivazione dei controlimiti le Corti costituzionali debbano pervenire solo dopo aver tentato (quando è possibile, aggiungo io) strategie conciliative con la Corte di giustizia (così, ad es., U. VILLANI, *I «controlimiti»*, cit., 1319 s.).

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

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

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

alle possibili violazioni del perimetro costituzionale identitario⁵³ da parte del primato del diritto dell'Unione e sarebbe paradossale e contraddittorio confidarne l'applicazione proprio a chi di quel primato intende essere il garante⁵⁴. Quel che più conta sul piano sistemico, però, è che l'essenzialità dei controlimiti li destina all'applicazione da parte di una vera e propria Corte costituzionale. Ma *la Corte di giustizia non è una Corte costituzionale*. E non lo è per l'eccellente ragione che una Costituzione europea, semplicemente, non esiste. Non si tratta, qui, di contrapporre una concezione prescrittiva a una concezione descrittiva di Costituzione e neppure di far valere la (peraltro ovvia) considerazione che il concetto stesso di Costituzione, nella sua accezione moderna, rinvia alla statualità⁵⁵. È sufficiente considerare che per aversi una Costituzione non basta un testo normativo (o una pluralità di testi normativi e di tradizioni giuridiche), ma occorre un'autentica *credenza* legittimante («*la légitimité n'est qu'un système de croyances*»)⁵⁶ nella esistenza di una Costituzione. E

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

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

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

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

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

⁵⁶ M. DUVERGER, *De la dictature*, Paris, Julliard, 1961, 47, ma prima di lui, ovviamente, M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922, ed. critica Winckelmann, 1956, trad. it. coord. da P. Rossi, *Economia e società*, 2^a ed. it., Milano, Comunità, 1968, I,

questa credenza non si è mai data e men che meno si dà oggi, nel contesto della sfera pubblica europea. Né bastano plotoni o reggimenti di studiosi pronti a spiegarci che le vecchie categorie sono obsolete per cambiare la situazione⁵⁷: una Costituzione richiede una comunità *politica*, che in Europa non c'è e proclamare a gran voce «ecco, questa è una Costituzione!» non significa farla apparire davvero sul proscenio della storia. So bene che si rischia, qui, il dialogo fra sordi, ma si potrebbe anche confidare che la realtà delle cose, negli ultimi anni, predisponga maggiormente all'ascolto di questi semplici argomenti.

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

207 ss., con riflessioni anticipate in ID., *Politik als Beruf* (1919), in *Gesammelte politische Schriften*, München, 1921, trad. it. di F. TUCCARI, *La politica come professione*, Milano, Mondadori, 2006, 54 ss.

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

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

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

VITTORIO MANES

LA CORTE MUOVE E, IN TRE MOSSE,
DÀ SCACCO A «TARICCO»
(NOTE MINIME SULL'ORDINANZA N. 24 DEL 2017)

SOMMARIO: 1. Galateo istituzionale e “orgoglio costituzionale”. – 1.1. La vicenda *Taricco*. – 1.2. Le risposte dei giudici italiani. – 2. Una premessa in chiave di rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni. – 3. Le tre mosse della Corte. – 3.1. Prima-
zia del diritto UE e supremazia costituzionale. – 3.2. La legalità penale come “controlimite”. – 3.3. Il giudice costituzionale custode dei “controlimiti”. – 3.4. Il problema irrisolto degli “effetti diretti” dell’art. 325 TFUE. – 4. I quesiti pregiudiziali. – 5. Scenari prossimi e futuri, sul fronte europeo e sul fronte domestico.

1. *Galateo istituzionale e «orgoglio costituzionale»*

Garbata nella forma, rocciosa nella sostanza: l’ordinanza con cui la Corte costituzionale decide di re-inviare la «questione *Taricco*» alla Corte di giustizia – per una interpretazione «autentica» della precedente, celebre decisione¹ – è solo apparentemente interlocutoria, e comunque ben lontana da un *fin de non recevoir*².

Si tratta infatti di un’ordinanza ampiamente «vestita», molto articolata e densa di contenuti assiologici, che mette a nudo tutti i rischi e le tensioni di una integrazione tra diritto UE e diritto penale «a marce forzate» o «a strappi», e le ricadute scardinanti che essa minaccia per il patrimonio costituzionale domestico, e/o per i «controlimiti», il cui innesco è declinato dal giudice delle leggi al tempo di un futuro possibile, ancor-

¹ CGCE, 8 settembre 2015, *Taricco*.

² Tra i primi commenti, F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla «Taricco»: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Quotidiano giuridico*, martedì 31 gennaio 2017; C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Eurojus.it*; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2017; P. FARGUNA, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: «Gauweiler in the Roman Campagna»*, *VerfBlog*, 2017.1.31; O. POLLICINO, M. BASSINI, *When cooperation means request for clarification, or better for «revisitation»*, *ivi*, 30 gennaio 2017.

ché solo eventuale e pure – si rimarca con toni volutamente esorcistici – «sommamente improbabile».

Il tutto, con affermazioni insolitamente rigorose ed «alte», sul fronte dell'integrazione europea come sul versante «nazionale», dove la riaffermazione forte delle garanzie in materia penale, e l'evocazione di un assetto costituzionale edificato sulla soggezione del giudice alla legge, lascia comunque spazio alla Corte per indirizzare una censura in chiave di «responsabilità politica» allo Stato ed un monito al legislatore – pur solo *en passant* – sull'opportunità di contenere gli effetti «teratologici» della prescrizione al cospetto delle frodi tributarie³.

1.1. *La vicenda Taricco*

Nota la vicenda scatenante e la questione pregiudiziale sollevata dal giudice di Cuneo, ed altrettanto nota la risposta della Corte di giustizia *in re Taricco*⁴: i giudici europei, senza particolari scrupoli, facendo leva sull'art. 325 TFUE hanno affermato il potere/dovere del giudice interno di disapplicare *in malam partem* il termine massimo di prescrizione previsto dalla legislazione italiana (alla stregua della disciplina codicistica degli atti interruttivi: artt. 160 e 161 c.p.) per taluni reati in materia di frodi all'IVA, rompendo il «caos calmo» sorretto dal principio per cui il diritto eurounitario non può produrre conseguenze deteriori sulla situazione giuridico-penale del singolo né in via diretta, né attraverso il medium dell'interpretazione conforme.

1.2. *Le risposte dei giudici italiani*

Come si sa, la risposta per molti versi innovativa e «propulsiva» del giudice di Lussemburgo ha avuto ricadute eterogenee sul piano domestico⁵, talune volte alla disapplicazione diretta ed integrale della disci-

³ Monito espresso (punto 7, in coda) fatta salva la verifica sull'efficacia delle recenti modifiche approntate nel settore penale tributario nel 2011, con l'aumento di un terzo dei termini di dei reati puniti da 2 a 10 del d.lgs. n. 74 del 2000.

⁴ Sulla questione, da diverse prospettive di inquadramento e con varietà di opinioni, si veda ora la ricca raccolta di saggi a cura di A. BERNARDI, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, che si aggiunge al volume collettaneo a cura di C. PAONESSA e L. ZILLETI, *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; ed ancora i contributi raccolti in occasione del convegno *Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*, pubblicati in *Rivista AIC*, n. 4/2016.

⁵ Per una sintesi sulle diverse posizioni dottrinali e giurisprudenziali, v. altresì F. MAZ-

plina degli atti interruttivi⁶, altre fautrici di una disapplicazione solo parzialmente operante⁷, altre ancora più pensose e riottose rispetto a soluzioni tanto *tranchant*, e consapevoli del «costo costituzionale» della soluzione suggerita.

Tra queste, appunto, le perspicue ordinanze con cui la Corte d'Appello di Milano, prima, e la Cassazione, dopo, hanno interrogato la Corte costituzionale, forse ammonite dai «bagliori costituenti» del problema⁸.

2. *Una premessa in chiave di rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*

La risposta della Corte costituzionale conforta, anzitutto, la correttezza della strada opzionata dai giudici rimettenti sul piano del *metodo*: quando le interferenze tra il diritto eurounitario e l'ordinamento nazionale profilano possibili corrugamenti della cornice costituzionale – come «minaccia», nel nostro caso, l'evidente tensione tra *primauté* e legalità penale – è la Corte, e non il giudice comune, a dover essere chiamato in gioco: «bene hanno perciò fatto i remittenti a investirla del problema, sollevando un questione di legittimità costituzionale» (punto 6).

Si tratta, come è chiaro, di un significativo momento di cesura nel processo di irradiazione in sede diffusa – ormai pienamente dispiegato – del controllo accentrato di costituzionalità, che ha un suo catalizzatore essenziale proprio nella diretta applicabilità del diritto UE e nel correlativo potere/dovere di disapplicazione «*per saltum*» del giudice comune –

ZACUVA, *I reati tributari nel contesto europeo*, in C.E. PALIERO, C. PALAZZO, *Trattato di diritto penale*, Torino, 2017, in corso di pubblicazione.

⁶ Cass., sez. III, 15 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, in *Dir. pen. cont.*, 22 gennaio 2016 (altresi in *Giur. it.*, 2016, 965 ss., con nota di F. ROSSI, *La Cassazione disapplica gli artt. 160 e 161 c.p. dopo la sentenza Taricco*).

⁷ Così Cass., sez. IV, 25 gennaio 2016 (dep. 20 gennaio 2016), n. 7914 (in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2016, con nota di A. GALLUCCIO, *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale*) ritenendo nel caso sottoposto non doverosa la disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p., non sussistendo – in particolare – i presupposti enucleati dalla sentenza della Corte di giustizia, e diversificando comunque le opzioni percorribili a seconda che la prescrizione sia già maturata o meno.

⁸ Così, in particolare, prima la Corte d'Appello di Milano, ordinanza 18 settembre 2015 (in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2015, con commento di F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'Appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti'*), rilevando il contrasto con l'art. 25, comma secondo, Cost.; poi, ampliando i parametri di costituzionalità (artt. 3, 11, 27, co. 3°, 101, co. 2° Cost.), la Cass., sez. III, ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346 (in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2016) e ord. 31 marzo 2016, ric. Adami e altri.

così come più in generale nella «*domestication*» del diritto sovranazionale⁹ – in rapporto di interlocuzione diretta con le alte Corti¹⁰.

Riappropriarsi di questo «dialogo» con il giudice di Lussemburgo, disponendo un rinvio anche in sede di ricorso incidentale – ed «uscendo dalla solitudine» per la prima volta anche in ambito penale¹¹ – significa dunque per la Corte costituzionale ri-avocare a sé spazi di sindacato sottraendoli ai giudici *a quibus*, a conferma peraltro di una scelta di campo inaugurata nel recente passato¹²; ma le garantisce anche un controllo immediato e diretto sui «controlimiti», secondo un riparto di competenze espressamente ribadito nei confronti – come si vedrà – del giudice dell'UE (*infra*, § 3.3).

3. *Le tre mosse della Corte*

Nel merito, prima di precisare i quesiti pregiudiziali, la Corte affronta in tre mosse le questioni sul tappeto, e le diverse sollecitazioni a cui è esposto, nel caso concreto, lo statuto della legalità penale: principio che – si sottolinea quasi in via stipulativa – «comporta che le scelte relative al regime della punibilità siano assunte esclusivamente dal legislatore mediante norme sufficientemente determinate e applicabili solo a fatti commessi quando esse erano già in vigore»; e principio messo dunque seriamente a repentaglio dalla disapplicazione prospettata dalla Corte di giustizia, a fronte dell'aggravamento retroattivo del regime di punibilità, così come della ambiguità e vacuità dei criteri alla cui stregua identificare le ipotesi in cui operare il *decoupage* «comunitariamente conforme», sostanzialmente rimesso, dunque, all'arbitrio del giudice.

3.1. *Primazia del diritto UE e supremazia costituzionale*

La Corte affronta, *in primis*, il rapporto tra «*primauté*» del diritto europeo e «controlimiti» (sentenze n. 30 del 1971 e n. 183 del 1973), ri-

⁹ A. STONE SWEET, *A Cosmopolitan Legal Order: Constitutionalism Pluralism and Rights Adjudication in Europa*, in *Global Constitutionalism*, 2012, 53 ss.

¹⁰ Sul punto, volendo, V. MANES, *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *RIDPP*, 2015, 154 ss., 163.

¹¹ Al riguardo, S. CASSESE, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, in *Ars interpretandi*, 2015, 21 ss.

¹² Dopo la «svolta» intervenuta con l'ordinanza n. 103 del 2008, ove la Corte aveva appunto sollevato una questione pregiudiziale di interpretazione in un giudizio in via principale (riconoscendosi per la prima volta la natura di «giurisdizione nazionale» ai sensi dell'art. 267, terzo comma, TFUE), la possibilità di adire la Corte di Giustizia in un giudizio in via incidentale è stata affermata, come noto, nell'ordinanza n. 207 del 2013.

badendo il «predominio assiologico» della Costituzione, in caso di ipotetiche collisioni, sotto minaccia di una parziale, ma doverosa operazione di «ortopedia giuridica» sulle «condizioni di accettazione» degli accordi europei, e, dunque, sulla legge nazionale che ha autorizzato e resi esecutivi i Trattati «per la sola parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi».

Il profilo dell'«integrazione condizionata», affermato in apertura, è ribadito dalla Corte a più riprese, evidenziando come un regime della prescrizione – quale che ne sia la natura – sottratto «alle disposizioni e tradizioni costituzionali» (non è stato richiesto dalla sentenza *Taricco* e) non «sarebbe consentito nell'ordinamento italiano quando esse esprimono un principio supremo dell'ordine costituzionale, come accade per il principio di legalità in campo penale in relazione all'intero ambito materiale a cui esso si rivolge» (punto 4).

Non sono, peraltro, affermazioni apodittiche, giacché la stessa Corte argomenta diffusamente il doveroso rispetto dei «controlimiti» come parte delle «regole di ingaggio» del patto eurolunitario: da questa angolatura, integrazione europea e controlimiti sarebbero, in sostanza, un *unum et idem*, e per garantire la prima Corte di Giustizia dovrebbe simultaneamente rispettare «il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE» (punto 6)¹³.

Dirà poi, la Corte, chi è tenuto a stabilire – e a custodire – la sagoma dei «controlimiti», e dunque l'identità nazionale, venendo al *punctum crucis* del problema (*infra*, § 3.3).

3.2. La legalità penale come «controlimite»

Nel caso concreto, l'identità nazionale – come accennato – è intaccata giacché l'adempimento degli (asseriti) obblighi di matrice europea – per il tramite della disapplicazione – minaccia sotto diversi aspetti l'assetto del *nullum crimen*, nella precipua estensione riconosciuta in sede domestica.

È questa la «seconda mossa» della Corte, introdotta con intonazione retorica puntualizzando che «Se l'applicazione dell'art. 325 del TFUE comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale, come ipotizzano i ricorrenti, questa Corte avrebbe il dovere di impedirlo».

Come è chiaro, questo passaggio implica una precisa scelta di campo sulla prescrizione e la sua disciplina, condotta in linea con un

¹³ Sul punto, v. anche F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla «Taricco»*, cit.

consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, a ribadire che «la prescrizione è sostanza della legalità penale, e non semplice morte del processo»¹⁴.

Ma con un chiarimento ulteriore.

Ove alla prescrizione è attribuita natura sostanziale (come in Italia e, tra gli altri, in Spagna), secondo i giudici è necessario che l'ordito di disciplina in cui si articola l'istituto della prescrizione «sia analiticamente descritto, al pari del reato e della pena, da una norma che vige al tempo di commissione del fatto», cosicché – ribadisce la Corte ad evitare ambiguità – occorre «[...] che la disposizione scritta con cui si decide quali fatti punire, con quale pena, e, nel caso qui a giudizio, entro quale limite temporale, permetta “una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo” [...]».

È su queste basi, peraltro, che la Corte si impegna in ulteriori puntualizzazioni – tutte di notevole significato – in punto di rapporti tra armonizzazione europea, prescrizione e *nullum crimen*.

3.2.1. Con la prima, di non poco momento, si evidenzia che la disciplina della prescrizione non entra – di per sé sola – nel campo di attrazione della *need of harmonization* del diritto UE, quasi riconoscendo, al riguardo, un necessario campo di gioco al «margine nazionale di apprezzamento» degli Stati¹⁵.

E forse questa è l'unica notazione – cursoria ma rimarchevole – di «diritto materiale» mossa sul fronte delle competenze eurounitarie, giacché la Corte evita, come pure si vedrà, di prendere posizione sia sulla pertinenza della materia – la disciplina sanzionatoria dell'IVA – all'ambito di competenza della Corte sia, soprattutto, sulla assunzione – operata tanto dal giudice di Cuneo quanto dalla Corte di giustizia – dell'art. 325 TFUE a «base giuridica» su cui edificare il potere/dovere di disapplicazione *in malam partem*, congeniale all'originale riconoscimento alla disposizione stessa di «effetti diretti».

La Corte, dunque, non contesta la vorace «autoattribuzione di competenze» che pure, come noto, non ha mancato di suscitare reazioni di ri-

¹⁴ P. GAETA, *Rapporti tra fonti europee e Cassazione in tema di legalità: alcune icone*, relazione svolta al convegno di Parma, 9/10 ottobre 2015, dattiloscritto (in corso di pubblicazione nel volume a cura di A. CADOPPI).

¹⁵ Ma sul punto, v. i rilievi critici, ed i richiami giurisprudenziali, di C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia*, cit., 2, richiamando l'orientamento della Corte di giustizia secondo cui, anche quando il legislatore nazionale opera nell'esercizio di una competenza a lui riservata almeno in linea di principio (come nel caso di specie, trattandosi di definizione della portata dell'istituto della prescrizione), è comunque tenuto al rispetto del diritto dell'Unione [...].».

getto da parte di autorevoli tribunali costituzionali¹⁶; né disputa in punto di «effetti diretti» (*infra*, § 3.4); si limita, piuttosto, a lavorare per sottrazione, eccettuando la prescrizione dal magnetismo centripeto dell'armonizzazione.

3.2.2. Così riconosciuta – *ratione materiae* – la discrezionalità degli Stati, si precisa tuttavia che ove il regime della prescrizione sia ricondotto al diritto sostanziale esso deve essere garantito e «coperto» dalle diverse declinazioni della legalità, e comunque assoggettato alla garanzie «storica» della necessaria prevedibilità.

Tale conclusione è peraltro integrata da un richiamo corroborativo alla giurisprudenza di Strasburgo volto a sottolineare che la conclusione non muterebbe se la prescrizione fosse acuartierata in ambito processuale, giacché la Corte EDU «pur non negando che lo Stato aderente possa riconoscere alla prescrizione carattere processuale, ugualmente [...] si riserva di sanzionarlo quando, in materia penale, non vi sia una base legale certa e prevedibile a sorreggere l'estensione del potere punitivo pubblico oltre il limite temporale previsto al tempo del fatto»¹⁷.

Si intende dunque sgombrare il campo da quelle letture che, non disconoscendo la natura sostanziale della prescrizione, vorrebbero attribuire alla disciplina di talune evenienze – come gli atti interruttivi – veste diversa, identificandoli come intarsi processuali affidati – secondo la tradizionale partizione – al regime del *tempus regit actum*. Viceversa, la Corte sembra finalmente chiarire che ogni modifica che comporti una ricaduta sulla «concreta minaccia di pena» – ivi comprese quelle che incidono sul margine temporale di «rischio penale» – deve essere assoggettata all'irretroattività, se imprevedibile, ciò imponendo una istanza di tutela individuale, di eguaglianza e di «affidamento» dei singoli di fronte allo Stato: non – si noti – l'affidamento sulla recondita speranza di poterla «fare franca» grazie all'intervento salvifico di quella «creatura teratologica» che è la prescrizione, ma l'affidamento sul fatto che lo Stato non «cambi le carte in tavola» alle spalle (e a detrimento) degli individui, dovendo sempre garantire – in un sistema basato sul principio di *preé-*

¹⁶ A seguito della sentenza Fransson, il *Bundesverfassungsgericht* ha prontamente risposto con una decisione sul caso del c.d. «data base antiterrorismo» (BVerfG, 1 BvR, 1215/07 del 24 aprile 2013), minacciando la censura di atti *ultra vires* qualora la Corte avesse insistito nell'orientamento affermato nella citata pronuncia (sul punto, M. PACINI, *Lussemburgo e Karlsruhe a duello sull'applicabilità della Carta UE*, in Osservatorio dell'Associazione dei costituzionalisti, settembre 2013).

¹⁷ Corte EDU, sentenza 20 settembre 2011, *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos contro Russia*.

minence du droit e sulla *rule of law* – una *fairness*, sostanziale o processuale¹⁸.

Senonché, l'impegnativa affermazione è però stemperata adottando una lettura della prevedibilità non in chiave *impersonale* e *oggettiva*, come sembrerebbe doveroso alludendo alla «base legale» sottesa all'art. 7 CEDU, bensì *soggettiva* ed *individuale*, da parametrarsi dunque sul grado di *forseeability* dell'imputato nel caso concreto: in questa prospettiva, infatti, la Corte si dice «convinta che la persona non potesse ragionevolmente pensare, prima della sentenza resa in causa *Taricco*, che l'art. 325 del TFUE prescrivesse al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen. 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 cauda, dunque, il richiamo al concetto venefico di prevedibilità soggettiva rischia di contaminare, sviandolo, un discorso coraggiosamente impostato sulla «legalità legale»; ed è noto – ce lo ricordano le sentenze italiane sugli effetti della sentenza della Corte EDU, *Contrada c. Italia* – quanto questa declinazione della prevedibilità sia in grado di depotenziarne, nei fatti, la portata.

3.2.3. È proprio su questo versante – ovvero sul crinale dei rapporti tra legalità e contenuto degli obblighi europei enucleati dalla sentenza *Taricco*, e posti in capo al giudice comune – che si registrano infatti le affermazioni più perentorie, e si apprezza la vera «cifra politica» della pronuncia, ritenendo la Corte «[...] necessario interrogarsi, sia sul rispetto della riserva di legge, sia sul grado di determinatezza assunto dall'ordinamento penale in base all'art. 325 del TFUE, con riguardo al potere del giudice, al quale non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale».

Era questo, come si sa, il profilo di criticità maggiormente evidenziato nelle critiche della dottrina, segnalando la palese ambiguità dei criteri indicati dalla Corte a presupposto della disapplicazione, la sostanziale delega al giudice di scelte politico-criminali rimesse al Parlamento, se non persino l'integrale sostituzione alla legge di un «giudice di scopo», una sorta di «giudice *bricoleur*» eletto a «legislatore» del caso singolo¹⁹.

¹⁸ Del resto, non si comprenderebbe altrimenti perché la Corte EDU, con l'autorevolezza della Grande Camera (21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*), abbia sanzionato la retroattività occulta di un mutamento giurisprudenziale imprevedibile in materia sanzionatoria esecutiva.

¹⁹ Soprattutto, 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. cont.*, 10 dicem-

Qui, come è stato detto, la vera «posta in gioco» nella vicenda *Taricco*²⁰.

La Corte, d'altronde, ne sembra pienamente consapevole, e si premura di evidenziare con nettezza che «[...] il tempo necessario per la prescrizione del reato e le operazioni giuridiche da compiersi per calcolarlo devono essere il frutto dell'applicazione, da parte del giudice penale, di regole legali sufficientemente determinate»: «[i]n caso contrario, il contenuto di queste regole sarebbe deciso da un tribunale caso per caso, cosa che è senza dubbio vietata dal principio di separazione dei poteri di cui l'art. 25, secondo comma, Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale» [...].

Sarà un segno dei tempi: ma in meno di un lustro – sia detto solo per inciso – è la seconda volta che il giudice costituzionale – dopo la celebre sentenza n. 230 del 2012 che ha negato l'equiparabilità tra mutamento giurisprudenziale e *abolitio criminis* – si sente costretto ad evocare un «sovraprincipio» come la «separazione dei poteri» – a lungo assunto a premessa tacita di ogni discorso sulla penalità –, valorizzandolo nella giusta sinergia con la garanzia della riserva di legge. Il richiamo, quindi, sembra quasi voler arginare (o esorcizzare) trasformazioni *in progress* che comporterebbero – o stanno comportando – modifiche strutturali di un ordinamento a base legale, quale il nostro, se non una vera e propria «sovversione di sistema»²¹: torsioni tutte incompatibili con l'assetto costituzionale degli Stati membri di *civil law* che «non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano l'idea che i tribunali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi ciò possa avvenire».

Pure da questa angolatura, in ogni caso, la sentenza della Corte di Giustizia appare alla nostra Corte fortemente deficitaria, e meritevole di chiarimento poiché, da un lato, «non vi è modo di definire in via interpretativa con la necessaria determinatezza il requisito del numero considerevole dei casi, cui è subordinato l'effetto indicato dalla Corte di giustizia»; dall'altro, e più radicalmente, «Non è invece possibile che il di-

bre 2015 (ed altresì in AA.VV., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, cit., 93 ss.).

²⁰ D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 1/2016, 228 ss.

²¹ Al riguardo, volendo, V. MANES, *La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»*, ora in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 203 ss., 219 ss.; *amplius*, «Common law-isation del diritto penale»? *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017 (in corso di pubblicazione).

ritto 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».

Insomma: la legge penale deve fissare in modo chiaro il perimetro dei casi punibili e i margini di gioco dell'interpretazione giudiziale; tassatività e determinatezza – quale che sia l'attuale stato di crisi del concetto di «fattispecie»²² – impongono che la concretizzazione giudiziale dei casi, e il procedimento di sussunzione nello schema legale astratto, debbano avere un «fondamento ermeneutico controllabile», non potendo limitarsi ad indicare al giudice «il raggiungimento di uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e con quali limiti ciò possa avvenire».

Imperativi tutti disattesi dalla decisione para-normativa resa *in re Taricco*: infatti, l'art. 325 TFUE, «pur formulando un obbligo di risultato chiaro e incondizionato (...) omette di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo», aprendo alla possibilità, per il potere giudiziario, «di disfarsi, in linea potenziale di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla prescrizione del reato», così eccedendo «il limite proprio della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto quanto meno nella tradizione continentale» in un modo che «non pare conforme al principio di legalità enunciato dall'art. 49 della Carta di Nizza».

3.3. *Il giudice costituzionale custode dei «controlimiti»*

Su queste premesse, già molto significative ed impegnative (per l'assetto domestico come) per la Corte di giustizia, la terza affermazione è quella di maggior significato sul piano delle fonti nelle dinamiche *multi-level*, e delle relazioni intra-ordinamentali, perché – dopo aver chiarito i vincoli costituzionali alla *primauté* – la Corte si impegna a ribadire la propria concezione «costituzionalmente orientata» dei «controlimiti»²³, dei quali si riconosce *ex professo* «custode ultima» e – in buona sostanza – «unica».

²² Crisi dalla quale trae spunto, ora, l'autorevole riflessione del Primo Presidente della Cassazione, GIOVANNI CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2017, 3 ss.

²³ Sul tema, si veda ora il magistrale affresco di A. BERNARDI, *Presentazione. I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in ID. (a cura di), *I controlimiti*, cit., VIII ss.

Secondo i giudici, infatti, spetta «alle autorità nazionali la verifica definitiva circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento nazionale», giacché – nello spazio di decisione rimesso a ciascun ordinamento – «[l]a Costituzione della Repubblica italiana [...] la rimette in via esclusiva a questa Corte ...», che ha dunque il dovere di «accertare, se del caso, l'incompatibilità e conseguentemente escludere che la regola possa avere applicazione in Italia».

Del resto, è questa l'unica via per evitare il paradosso – e la «plateale *contradictio in adiecto*» – di affidare il controllo sulle limitazioni poste ad un ordinamento – quello dell'UE – al garante principe di quel medesimo ordinamento, ossia la Corte di giustizia, assicurando che «l'identità nazionale (*recte*: costituzionale) che l'Unione deve rispettare è solo quella che viene dichiarata dallo Stato interessato, nelle forme e nei modi che la sua Costituzione stabilisce»²⁴.

3.4. *Il problema irrisolto degli «effetti diretti» dell'art. 325 TFUE*

In questa trama argomentativa, vivida e luminosa, resta un punto sul quale l'ordinanza decide di fare *epoché*, forse ad evitare valutazioni troppo sospinte *in munere alieno*: la Corte si limita infatti a prendere atto che – secondo la Corte di Giustizia – all'art. 325 TFUE va riconosciuta efficacia diretta, ed arresta la sua verifica di compatibilità alle potenziali ricadute di tali effetti sul piano «esclusivamente nazionale», secondo un percorso argomentativo che – si premura di precisare – «non deriva da una interpretazione alternativa del diritto dell'Unione».

Senonché, proprio questo punto era – per così dire – la madre di tutti i problemi, e sarebbe stato forse opportuno entrare *in medias res*, anche in vista di possibili evoluzioni future (*infra*, § 5): la tesi degli «effetti diretti» discendenti dall'art. 325 TFUE – aggirando l'art. 83 TFUE – implica infatti la legittimazione di iniziative promosse (non solo mediante «direttive di armonizzazione» bensì anche) con regolamenti, normative direttamente applicabili e dunque potenziali strumenti di competenza penale *diretta*²⁵. Con problemi – certo non solo in punto di «riserva di legge» – che rischiano di ripresentarsi in forma aggravata.

²⁴ M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, ora in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 72 ss.

²⁵ Sull'attribuzione di effetti diretti all'art. 325 TFUE, e sui relativi rischi di implicita espansione illimitata delle competenze UE, volendo, V. MANES, *La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»*, 210 ss.

4. *I quesiti pregiudiziali*

È su queste basi, comunque, che si sviluppano i questi pregiudiziali, proposti alla Corte di giustizia, sollecitandola a chiarire se: *a)* l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del TFUE «debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato»; *b)* se tale articolo «debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità»; *c)* se la sentenza *Taricco* «debba essere interpretata nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione europea, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione dia 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».

Come si vede, la formulazione dei quesiti riflette «a specchio» l'intonazione globale dell'*iter* argomentativo, giacché i giudici costituzionali – quasi con uno *hysteron proteron* – sembrano dire: «sappia la Corte di giustizia qual è la nostra visione dei principi in gioco e dell'impatto della questione sulla cornice costituzionale italiana; dica, dunque, se davvero l'interpretazione resa nella sentenza *Taricco* è quella che abbiamo inteso».

5. *Scenari prossimi e futuri, sul fronte europeo e sul fronte domestico*

Ad un giudizio di sintesi, sembrerebbe che la Consulta si sia «arrocata» nella scacchiera costituzionale, se non persino – vista la perentorietà di talune affermazioni, e le strettoie imposte alla Corte di giustizia – che abbia messo «sotto scacco» la sentenza *Taricco*.

Ma chi conosce le cadenze del «dialogo tra Corti» sa bene che non può trattarsi di uno «scacco matto», tante sono le strade percorribili dal giudice di Lussemburgo, che del resto – pur avendo lasciato aperta la comunicazione, nel caso concreto²⁶ – non ha mai dimostrato particolare soggezione o deferenza nei confronti dei tribunali costituzionali nazionali.

Una prima opzione – quasi un *commodus discessus*, suggerito dalla stessa Corte costituzionale (punto 7, in coda) – potrebbe condurre la Curia a considerare superato il problema dell'inadeguatezza repressiva delle frodi all'IVA alla luce delle modifiche recentemente apportate alla normativa penal-tributaria, con aumento di un terzo dei tempi di prescrizione per i reati puniti dagli articoli da 2 a 10 del d.lgs. n. 74 del 2000²⁷, accontentandosi della «vittoria politica» pur a fronte dell'inapplicabilità della modifica ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge.

Una seconda via – che chiameremo del «dialogo passivo» – potrebbe invece condurre il giudice europeo ad una interpretazione «sterilizzante» della sentenza *Taricco*²⁸, ovvero – quale possibile variante – una «rilettura tassativizzante» dei criteri enunciati, rimettendo al giudice nazionale la soluzione dei profili intertemporali. Così facendo, peraltro, il giudice europeo «incasserebbe» nel bilancio dell'*acquis* un dividendo giuridico di non poco momento in punto di «efficacia diretta» dell'art. 325 TFUE, e *pro futuro* la definitiva legittimazione a trarne condizioni vincolanti per le politiche criminali degli Stati membri: ma questo eventuale *revirement* lascerebbe aperto il problema della compatibilità di un simile assetto (non con la tassatività bensì) con la riserva di legge, punto sul quale – come si è visto – la nostra Corte ha arrestato il giudizio; e solo il tempo dirà se si tratta di una valutazione soltanto rinviata.

Viceversa, un «dialogo attivo», ispirato alla *cross-fertilization* e «cooperativamente» orientato al *maximum standard* dei diritti in gioco potrebbe condurre la Corte a superare – con una inattesa «mossa del cavallo» – i ravvisati ostacoli costituzionali interni incorporandoli al proprio interno, facendo lievitare l'interpretazione del principio di legalità – quale principio generale di diritto dell'Unione riconosciuto dall'art. 49 della Carta di Nizza – secondo l'estensione garantistica riconosciuta in

²⁶ Segnatamente, il punto 53: «Occorre aggiungere che se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati. Questi ultimi, infatti, potrebbero vedersi infliggere sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggiti in caso di applicazione delle suddette disposizioni di diritto nazionale».

²⁷ Art. 2, comma 36-*vicies semel*, lettera l), del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 1, della legge 14 settembre 2011, n. 148.

²⁸ C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco*, cit.

sede domestica, e così ricomprendendovi l'istituto della prescrizione²⁹; sembrerebbe del resto questa – nonostante i toni decisi – la direttrice vagheggiata dalla Corte costituzionale, sottolineando il contributo (non solo dell'«identità costituzionale» ma anche) delle «tradizioni costituzionali» comuni quali condizioni essenziali della *comunità* giuridica europea, nel solco dello *slogan* europeo «unità nella diversità»³⁰ ma anche – sotto traccia – della ambizione domestica votata alla «massima espansione delle garanzie»³¹.

Ovviamente, la dimensione «irenica» del *cooperative constitutionalism* nel «sistema corale» delle Corti non esclude il verificarsi, *inter alia*, di uno scenario ben più contrastivo, che veda il giudice europeo – a fronte della fermezza del tribunale costituzionale italiano – trincerarsi in posizioni simili a quelle adottate nel caso *Melloni* (non a caso fatto oggetto di *distinguishing* nell'ordinanza in commento³², a scongiurare possibili «venti di guerra»...): a questa sorta di «arrocco a rovescio» seguirebbe una fase di «stallo costituzionale», con conseguente «scelta tragica» – a valle – in capo al giudice costituzionale italiano: imitare la «ritirata strategica» del *Tribunal constitucional* spagnolo, nel caso *Melloni*, con accettazione *ob torto collo* degli *standard* (meno) garantistici comunitari (in punto di MAE e processo *in absentia*), ovvero – ipotesi che sembrerebbe forse più probabile, date le premesse – dare seguito agli avvertimenti, facendo applicazione dei controlimiti, sulla traccia della linea costituzionalmente più protezionistica e muscolare – rigidamente edificata sull'«identità costituzionale» – seguita, in diverse occasioni, dal *Bundesverfassungsgericht*.

Ciò che è certo è che, nelle more della decisione europea (richiesta con «procedimento accelerato»), l'ordinanza della Corte costituzionale non potrà che avere un «effetto di congelamento» sul potere di disapplicazione dei giudici italiani investiti di casi analoghi, giacché rimuovere la disciplina degli atti interruttivi in forza dell'art. 325 TFUE risulta – allo stato – rimedio comunitariamente suggerito, ma costituzionalmente impercorribile, essendo stato chiaramente paventato «un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice».

²⁹ C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia*, cit., secondo la quale, in tal modo, «[i] valori sottesi al controlimite verrebbero in un certo senso “acquisiti” dal sistema giuridico dell'Unione come principio generale del diritto e valorizzati quale fattore di integrazione dell'ordinamento sovranazionale, nei suoi rapporti con quelli degli Stati membri (come già accaduto, ad esempio, nei casi *Omega* e *Dynamic Medien*)».

³⁰ Accentuano questo profilo, in particolare, F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla «Taricco»*, cit., e, con vigore, O. POLLICINO, M. BASSINI, *When cooperation means request for clarification, or better for «revisitation»*, cit., 4.

³¹ Corte cost. n. 317 del 2009.

In conclusione, a noi sembra che l'ordinanza *Taricco* sia stata non solo occasione per sollecitare un doveroso «regolamento di confini», mostrando al giudice del Kirchberg la sagoma delle mura costituzionali, ma anche spunto per impegnare la Corte in una riaffermazione «alta» – e «a tutto tondo» – dei diversi profili di garanzia del *nullum crimen*, che – se coltivata – potrebbe essere preziosa anche *intra moenia*: legalità estesa ad ogni profilo capace di incidere sulla punibilità (anche al di là delle paratie categoriali, e della distinzione diritto sostanziale/processuale); determinatezza e riserva di legge come presidi della separazione dei poteri e della rappresentatività democratica; esplicito e solenne «ripudio» del giudice di scopo; tutti tratti costitutivi del patrimonio costituzionale troppo opacizzati e sbiaditi nell'esperienza recente.

Chissà che questa decisione non inauguri una pausa di riflessione sulle spinte eccessive (ed illiberali) che può subire il processo di integrazione europea, «con l'effetto di degradare le conquiste nazionali in tema di libertà fondamentali»; e che al contempo non possa contribuire – sul piano domestico – ad un riequilibrio dei rapporti, ormai sconnessi, tra legalità e giurisdizione.

La speranza, dunque, è che l'ordinanza in commento non sia solo una luminosa, ma fugace, «*ship passing in the night*»³³.

³² Come noto, nella decisione *Melloni* (CGCE, Grande sezione, 26 febbraio 2013, C-399/11) la Corte di giustizia – in risposta ad un quesito pregiudiziale posto dal *Tribunal constitucional* spagnolo – aveva negato la possibilità – invocata alla luce del diverso standard garantistico riconosciuto nella Costituzione spagnola – di aggiungere condizioni all'esecuzione di un mandato di arresto europeo; su queste basi, di fatto, il principio in tema di «livello di protezione» sancito dall'art. 53 CDFUE, così come il principio del rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri di cui all'art. 4.2 TUE hanno finito col soccombere, in sede di bilanciamento, rispetto ai principi del primato, unità ed effettività del diritto sovranazionale, nonché ai principi di fiducia e riconoscimento reciproci che la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo mira a rafforzare, dimostrando chiaramente la «possibile «sterilizzazione» della protezione assicurata all'identità nazionale dalle corti domestiche attraverso i controlli» (così A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali*, a cura di C.E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Risicato, Napoli, 2017, 7 ss., 79, con ulteriori rilievi critici).

Al riguardo, la Corte si premura di precisare – qui il *distinguishing* – che mentre in *Melloni* una differente soluzione avrebbe comportato «la rottura dell'unità del diritto dell'Unione in una materia basata sulla reciproca fiducia in un assetto normativo uniforme», nella vicenda *Taricco* non sarebbe posto in discussione il primato del diritto dell'Unione, quanto piuttosto l'esistenza di «un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice», che «non dipende dalla contrapposizione di una norma nazionale alle regole dell'Unione ma solo dalla circostanza, esterna all'ordinamento europeo, che la prescrizione in Italia appartiene al diritto penale nazionale, e soggiace perciò al principio di legalità in materia penale» (punto 8).

³³ S. CASSESE, *Fine della solitudine delle Corti costituzionali*, cit., 22, con richiamo alla metafora di Henty Wadsworth Longfellow.

STEFANO MARCOLINI - ELENA MILITELLO - FRANCESCA RUGGIERI

IL CASO *TARICCO* E L’AFFERMAZIONE DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ PROCESSUALE*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Fondamenti e significato del principio di legalità processuale. – 2.1. Lo statuto costituzionale del processo penale. – 2.2. Il nuovo processo penale costituzionale a seguito della modifica dell’art. 111 Cost. – 2.3. La lettura del combinato disposto di cui agli artt. 25, comma 2 e 111 Cost. – 3. Legalità processuale e processo penale “policentrico”. – 3.1. Il principio dell’affidamento. – 3.2. Norma processuale e bilanciamento di interessi. – 4. La tutela dell’affidamento. – 4.1. Il superamento del principio “*tempus regit actum*”. – 4.1.1. L’irrilevanza della distinzione tra previsioni intertemporali e *pro futuro*. – 4.2. Le conseguenze sul caso *Taricco*. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Come noto, con la sentenza 8 settembre 2015, in causa C-105/14, la CGUE, investita dal G.U.P. presso il Tribunale di Cuneo di una domanda di pronuncia pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, ha emesso una storica ma problematica sentenza che, dopo aver stigmatizzato l’attuale assetto della disciplina della prescrizione del reato in Italia (artt. 160, comma 3 e 161 c.p.), ha invitato a disapplicarla se e qualora essa impedisca di combattere efficacemente i reati finanziari, segnatamente le gravi frodi in materia IVA (artt. 2 ed 8 d.lgs. 74/2000).

L’accoglienza riservata a tale pronuncia dalla prassi italiana è stata variegata.

L’avvocatura associata si è sostanzialmente schierata contro il giudice comunitario, plaudendo invece alla decisione della Corte costituzionale di cui subito si dirà¹.

In giurisprudenza, a fronte di immediati – e forse acritici – adeguamenti al *dictum* della CGUE², si sono registrati sia interventi animati

* Il presente lavoro è il frutto unitario delle riflessioni da parte dei tre Autori. In quest’ottica, il paragrafo conclusivo è comune; ad Elena Militello si deve il § 2.3, a Francesca Ruggieri i §§ 2.1 e 2.2 ed a Stefano Marcolini i restanti §§.

¹ Per il relativo comunicato sul punto cfr. il seguente link: www.camerepenali.it/cat/8028/la_corte_costituzionale_e_la_sentenza_“Taricco”.html.

dalla volontà di fornire un decalogo per garantire l'applicazione dell'insegnamento comunitario, risolvendone i nodi di problematicità interpretativi³, sia provvedimenti che, invece, mettendo in luce le conseguenze negative per gli imputati dei processi in corso, hanno chiamato in causa il giudice delle leggi nazionale⁴.

Quest'ultimo si è espresso con la nota ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017, con cui investe la CGUE di una nuova questione pregiudiziale, che chiede di definire con procedimento accelerato.

All'orizzonte si profila quindi una seconda pronuncia da parte della CGUE, che gergalmente potrebbe definirsi "Taricco 2", e, a seconda del contenuto di tale decisione, una ulteriore presa di posizione da parte della Corte costituzionale.

La "vicenda Taricco", così sommariamente descritta, ha sin da subito sollevato un enorme interesse nel ceto accademico⁵, chiamando in causa studiosi sia del diritto internazionale e comunitario, sia del diritto penale sostanziale, sia, infine, del diritto processuale penale.

Sul tappeto, infatti, non vi è solo l'interrogativo circa la fisionomia da dare alla disciplina nazionale della prescrizione del reato⁶ o il problema connesso alla ricerca delle più efficaci modalità di lotta alle frodi che ledono gli interessi comunitari; vi sono i delicati rapporti tra ordinamento nazionale ed ordinamento eurolunitario, con la collegata possibilità di invocare o meno dei controlimiti nazionali all'integrazione comunitaria.

Per lo studioso delle vicende processuali, infine, il caso *Taricco* costituisce la definitiva dimostrazione della necessità di affermare a gran voce l'esistenza del c.d. principio di legalità processuale.

Il presente lavoro vuole innanzitutto dimostrare come tale principio sia doverosamente ricavabile dall'ordito costituzionale nazionale (§ 2); vuole inoltre sviscerarne il contenuto (§ 3) e le ricadute, anche nella presente vicenda (§ 4), per poi tracciare delle brevi riflessioni conclusive (§ 5).

² Cfr. ad esempio, proprio all'indomani della sentenza comunitaria, Cass. pen., sez. III, 17.9.2015, n. 2210, Pennacchini, in *CED*, rv. 266121.

³ Espressione di tale sforzo è, ad es., Cass. pen., sez. III, 7.6.2016, n. 44584, in *Guida dir.*, 2016, fasc. 46, 104.

⁴ Cfr. Cass. pen., sez. III, 30.3.2016, n. 28346 (ord.), Cestari, in *CED*, rv. 267259; C. App. Milano, sez. II, 18 settembre 2015.

⁵ I commenti a vario titolo alla sentenza della CGUE od alle altre pronunce nazionali sono numerosissimi e sarebbe impossibile ormai – oltre che forse inutile, nella presente sede – riportarli tutti. Il *Volume* al cui interno appare il presente contributo fornisce certamente un ampio spaccato della policromia delle posizioni assunte dalla dottrina sul tema.

⁶ Per una analisi in prospettiva storica della prescrizione quale istituto anche processuale cfr. L. GARLATI, *La prescrizione dell'azione tra diritto e processo*; M.N. MILETTI, *Il tempo dell'oblio. Fondamento e natura della prescrizione nella penalistica italiana tra Otto e Novecento*, entrambi in *Diritto penale XXI secolo*, 2017, fasc. 1, in corso di stampa.

2. *Fondamenti e significato del principio di legalità processuale*

2.1. *Lo statuto costituzionale del processo penale*

Non sono frequenti gli studi che si interrogano sulla cornice o, meglio, sui vincoli costituzionali che potrebbero o dovrebbero informare il modello dell'accertamento penale nel rispetto della nostra Carta costituzionale.

Nella prospettiva della normativa preesistente all'entrata in vigore della Costituzione (1948) ed all'inizio dei lavori della Corte costituzionale (1956), è noto come il codice del 1930 sia sopravvissuto per oltre trent'anni al vaglio del Giudice delle Leggi. L'allora modello "misto" fu censurato con riferimento specialmente alle garanzie del diritto di difesa ed alla confusione, in capo al medesimo soggetto, di funzioni inquirenti e funzioni giudicanti. A tutela del diritto di cui all'art. 24 Cost. gli interventi del giudice delle leggi contribuirono alla configurazione di un modello processuale etichettato come "garantismo inquisitorio". A presidio della imparzialità del giudicante i moniti della Corte, pur senza mai giungere ad una declaratoria di incostituzionalità, si appuntarono sulla figura del Pretore quale "Giano bifronte" che, con l'entrata in vigore del nuovo codice di rito nel 1988, scomparve insieme alla figura del giudice istruttore.

La cornice costituzionale tracciata dalle norme sui diritti inviolabili della persona con riguardo al sistema processuale penale nei rapporti civili (artt. 13-15, 24-27 Cost.) e in quelli economici (artt. 41 e 42 Cost.), nell'ambito della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e con riferimento all'organizzazione della magistratura (artt. 101-113 Cost.), è risultata idonea ad accogliere sia il vecchio sia il nuovo codice, almeno nei suoi primi anni di vigenza.

La riserva di legge ed a favore della "autorità giudiziaria" per la limitazione dei diritti fondamentali della persona (artt. 13-15 Cost.) ha potuto "convivere" sia con il "vecchio" mandato di cattura del pubblico ministero nel sistema del 1930 sia, in prospettiva decisamente più avanzata, con le ordinanze cautelari emesse dal (solo) organo giurisdizionale nel nuovo impianto codicistico. I diritti economici (artt. 41 e 42 Cost.; ma, tra i diritti civili, si consideri, ad esempio, anche l'art. 21 Cost.) sono stati legittimamente compressi in forza dei provvedimenti ablativi emessi sia dalla polizia, dal pretore e dal giudice istruttore, sia, con una diversa sensibilità, dall'attuale giudice della libertà. L'attività istruttoria del pubblico ministero ha trovato giustificazione e fondamento sia negli artt. 97 e 112 Cost. sia, più di recente, nel solo art. 112 Cost., letto alla luce delle – relativamente – recenti disposizioni in tema di "non superfluità del processo" (art. 125 disp. att. c.p.p.). L'esercizio dell'azione penale si è

identificato prima con la richiesta dell'istruzione formale ed ora con la formulazione dell'imputazione. L'art. 24 Cost. è stato declinato sia con riguardo alla necessaria presenza del difensore all'allora attività di indagine del giudice istruttore, sia con riguardo al diritto alla prova di cui all'art. 38 disp. att. c.p.p. (ora abrogato). Processi ad unico ed obbligato percorso e giudizi articolabili invece in modo differenziato, a seconda del reato per cui si procede, hanno superato indenni il test di conformità con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.

In definitiva: sino al 1999 i paletti costituzionali in tema di processo penale erano tali da poter tranquillamente includere schemi di accertamento anche molto diversi tra loro: indagini di organo dell'accusa e giudice da un lato, fase procedimentale in cui unico responsabile delle investigazioni è il pubblico ministero dall'altro; processo basato essenzialmente sulle risultanze dell'attività "inquisitoria" del giudice istruttore e processo con baricentro dibattimentale ed assunzione orale delle prove; giudizio "mono-modulare", strutturato secondo un unico *iter* procedimentale, e pluralità di giudizi diversi, affidati spesso alle opzioni delle parti (pubblica o privata).

2.2. Il nuovo processo penale costituzionale a seguito della modifica dell'art. 111 Cost.

A distanza di oltre un decennio dalle – per molti aspetti drammatiche – vicende di "Tangentopoli", sono altrettanto note le circostanze che hanno condotto alla modifica dell'art. 111 Cost. Non è un caso che la novella sia anche stata denominata "super 513", dall'articolo del codice di rito cui il legislatore voleva ridare vigore, e che era stato l'emblema delle distorsioni arrecate dal giudice delle leggi al nuovo sistema in nome del discusso "principio di non dispersione della prova".

Il nuovo codice del 1988, nelle mani di generazioni di giuristi formati sullo studio e sull'applicazione del precedente codice Rocco del 1930, aveva ben presto subito interpretazioni vanificatrici da parte dei giudici di merito, autorevolmente avallate dalla giurisprudenza di legittimità ed anche costituzionale, specie in uno dei settori più rilevanti della riforma in senso accusatorio: il diritto alla formazione della prova in dibattimento. La risposta del legislatore alla "ribellione" del potere giudiziario si è, quindi, indirizzata a modificare il canone di riferimento: appunto la cornice costituzionale che, sino a quel momento, aveva consentito le distorsioni ed il ritorno al passato.

Proprio come è accaduto in occasione del mutamento dell'art. 117 Cost., gli effetti della modifica sono andati ben oltre la enunciazione dei

principi solennemente affermati nelle nuove norme di cui all'art. 111 Cost. E, come accade ogni qual volta si interpolino (aggiungendo, come in questo caso, ma anche modificando) norme che appartengono ad un ben preciso sistema, tutto il sistema ne esce modificato.

«*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*». L'art. 111, comma 1 Cost. assicura l'assoluta riserva di legge per qualsiasi processo e, in generale, ogni qual volta si eserciti la giurisdizione. Il termine "giusto" ha una accezione volutamente etica (il legislatore avrebbe ben potuto limitarsi a dire che "la giurisdizione si attua mediante il processo regolato dalla legge"). In Costituzione è espressione relativamente inusuale. Sembrano possedere la medesima valenza i concetti di "buon costume" (artt. 19 e 21 Cost.) e, in particolare, di "buon andamento" della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.). Spetta peraltro all'interprete la ricostruzione dello spettro semantico del termine "giusto" che, per non essere limitato ad un significato etico, deve fare i conti con il più generale contesto in cui si trova, che è quello della disciplina della funzione giurisdizionale: l'art. 101; gli altri commi dell'art. 111; tutte le disposizioni che "legittimano" l'esercizio del potere giurisdizionale in tema di difesa, di giudice naturale e di indipendenza dei componenti la magistratura nel suo complesso (artt. 24, 25, 101, 104 ss.).

La disposizione del comma 1 è ulteriormente specificata dal comma immediatamente successivo, secondo cui il giusto processo che dà attuazione alla giurisdizione deve svolgersi «*nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale*» (art. 111, comma 2 Cost.). La norma va ben oltre il principio del giudice naturale precostituito per legge di cui all'art. 25, comma 1 Cost., con il quale pure deve essere letta, e la garanzia dell'indipendenza dell'ordine giudiziario nel suo complesso (art. 104 Cost.). La terzietà e l'imparzialità del giudice devono misurarsi sempre con il ruolo delle parti, che operano nel contraddittorio e in condizione di parità. Il diritto di difesa acquista connotazioni che era impensabile ricavare *tout court* dall'art. 24 Cost.

Sono soprattutto i commi successivi che, dedicati esplicitamente al processo penale, trasformano radicalmente la cornice del modello processuale penale rilevante nella nostra Legge fondamentale.

Il diritto all'informazione («*nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico*»: art. 111, comma 3 Cost.) poteva già trovare riconoscimento nell'art. 24 Cost., di cui poteva essere ritenuto il presupposto. Di così immediata percezione non era il diritto a «*dispo[rre] del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa*» (ivi). Né poteva essere dedotta dall'art.

24 Cost. (se non nei limiti di una interpretazione calibrata sul diritto positivo proprio a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice di rito, come era talvolta successo negli anni Novanta del secolo scorso) «*la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore*» (ivi). La norma concretizza il diritto alla prova che, individuato da Vassalli nel 1968 nei principi convenzionali, non era mai stato oggetto di disciplina costituzionale. Non si tratta più di una difesa che lavora “di rimessa” sulle evidenze raccolte dall'autorità giudiziaria.

Del resto, non esiste processo penale senza contraddittorio: «*il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova*» (art. 111, comma 4, I periodo Cost.). Il diritto inviolabile di difesa in ogni stato e grado del procedimento (art. 24 Cost.) non può essere più interpretato come mera presenza, come era stato polemicamente ritenuto, a proposito della giurisprudenza citata degli anni Novanta, addirittura “un convitato di pietra”. Il processo non è più un rito dominato dall’“autorità giudiziaria” (artt. 13, 14 e 15 Cost.), cui l'imputato e il suo difensore hanno diritto di assistere passivamente, commentando l'attività del potere pubblico.

«*La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore*» (art. 111, comma 4, II periodo Cost.). La fonte di prova non può più essere “gestita” liberamente dall'autorità, sia essa inquirente o giudicante. Il dichiarante che si sottrae all'esame dell'imputato non appartiene al processo. Il risultato delle informazioni da lui rese unilateralmente a controparte non può entrare a far parte del patrimonio cognitivo del giudice. Il processo non è più indefettibilità dell'accertamento, come tante volte è stato ripetuto sulla base dell'art. 112 Cost., anche per giustificare il principio di non dispersione della prova. Il processo è regola, è conoscenza legittimamente acquisita.

E l'imputato ha il potere di intervenire con il proprio consenso in questa acquisizione: «*la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita*» (art. 111, comma 5 Cost.).

Ecco dunque che in Costituzione, in una parte “ordinamentale”, dedicata alla magistratura, viene, forse inopinatamente, a collocarsi (ma come si ricorderà la riforma è stata inserita in questa parte per ragioni del

tutto contingenti, legate alla particolare agenda parlamentare del momento) la persona dell'imputato. Là ove si tratta, per collocazione sistematica, delle modalità dell'esercizio del potere pubblico, si inserisce la volontà della persona soggetta a quel potere, che pure ne può modificare forma e sostanza.

Il consenso dell'imputato può quindi sia incidere sulle modalità dell'accertamento, sia determinarne l'esito.

Sino all'inizio del nuovo millennio, nell'ambito della cornice costituzionale si dava per presupposto che l'accertamento del reato, nel rispetto dei diritti fondamentali della persona, fosse riservato alle esclusive scelte dell'autorità giudiziaria.

Oggi non è più così.

La novità, così correttamente inquadrata, è rivoluzionaria e quasi sconcertante, perché capovolge le tradizionali immagini dell'esercizio del potere giudiziario. Alla Giustizia, cieca, munita di spada e di bilancia, si affianca la volontà del privato cittadino che, sulla base di una propria visione strategica del processo, è in grado di addolcire il filo della spada ed alterare gli equilibri della bilancia.

Ed infine, con tale nuovo statuto il "processo penale costituzionale" ha perso ogni carattere equivoco: le norme contenute nell'art. 111 Cost. non sono compatibili con le caratteristiche del garantismo inquisitorio né con quelle di un processo a carattere misto.

2.3. *La lettura del combinato disposto di cui agli artt. 25, comma 2 e 111 Cost.*

Il mutato quadro costituzionale, come risultante dalla presenza del "nuovo" art. 111 Cost., incide anche sulla portata dell'art. 25 c. 2 Cost. ai sensi del quale, come si ricorderà, "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso".

L'espreso riconoscimento costituzionale del principio – di rilevante importanza sistemica – di legalità processuale, operato dall'art. 111, comma 1, colora di un nuovo significato l'intera architettura costituzionale ed assicura l'effettività del rispetto del principio di legalità *tout court*⁷.

Oggi appaiono difficilmente sostenibili letture restrittive che individuino il destinatario del precetto di cui all'art. 25 c. 2 Cost. unicamente

⁷ O. MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in *Dir. pen. cont.*, 18 dicembre 2012, 3; S. LORUSSO, *Interpretazione, legalità processuale e convincimento del giudice*, in *Dir. pen. cont.*, 10 giugno 2015, 1.

nel legislatore penale sostanziale. Se è in forza delle norme processuali, di fonte legislativa, che si può legittimamente (e “giustamente”) giungere all’irrogazione e poi all’esecuzione di ogni pena, e quindi alla punizione di cui all’art. 25 Cost., questa norma non può non ricomprendere anche le disposizioni di carattere processuale, a loro volta connotate dalle dimensioni della tassatività e della determinatezza⁸.

Già una risalente tradizione dottrinale si era schierata a favore del riconoscimento di risvolti processuali alla norma sul principio di stretta legalità di cui all’art. 25, comma 2 Cost. In questa visione la riserva di legge, seppure originariamente ideata per il diritto penale sostanziale⁹, non avrebbe dovuto necessariamente essere interpretata come una riserva per “tipo di disciplina”¹⁰, così escludente le norme processuali. Anzi, la norma avrebbe dovuto essere comunque letta congiuntamente agli altri diritti fondamentali previsti in costituzione, ed oggi espressamente funzionali alla realizzazione del giusto processo: il principio della presunzione di innocenza di cui all’art. 27, comma 2 Cost.¹¹, i diritti fondamentali di tutte le persone coinvolte (dell’indagato o dell’imputato ma non solo), di volta in volta attinti da specifiche disposizioni costituzionali (ad es. artt. 13, 14, 15, 21, 24), le garanzie che predeterminano poteri e, soprattutto, limiti di chi è chiamato ad applicare il diritto penale sostanziale¹².

Simili approcci, che ora trovano una sorta di “consacrazione” nell’art. 111 Cost., aprono scenari prima della novella costituzionale impensabili anche con riferimento alla particolare, e da tempo discussa, relazione tra diritto penale sostanziale e diritto processuale.

Oggi non è più possibile concepire un processo penale strumentale o servente rispetto al diritto penale¹³: entrambi sono, pure con ambiti di reciproca autonomia¹⁴, due elementi paritetici ed ugualmente necessari per la miglior realizzazione del sistema di giustizia penale¹⁵.

3. *Legalità processuale e processo penale “policentrico”*

La nuova cornice costituzionale del processo penale, legittimando forme di giurisdizione improntate esclusivamente a schemi accusatori

⁸ O. MAZZA, *I diritti fondamentali*, cit., 5.

⁹ M. NOBILI, *La disciplina costituzionale del processo*, Bologna, 1976, 69-71.

¹⁰ M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino, 2014, 29-51.

¹¹ M. NOBILI, *La disciplina costituzionale*, cit., 70.

¹² S. LORUSSO, *Interpretazione, legalità processuale*, cit., 10.

¹³ M. NOBILI, *La disciplina costituzionale*, cit., 20-22.

¹⁴ M. NOBILI, *La disciplina costituzionale*, cit., 70.

¹⁵ O. MAZZA, *I diritti fondamentali*, cit., 1.

(*supra*, § 2.2), arricchisce ulteriormente il contenuto del principio di legalità processuale, all'interno del quale non trovano spazio “monolitiche” modalità di accertamento. Nella nuova cornice della Carta fondamentale il privato non è solo il “centro di imputazione” dei poteri, pure rigidamente circoscritti, dello Stato. È il protagonista, indagato o vittima che sia, delle forme della giurisdizione, sagomate sulla base delle scelte strategiche del privato, decisive per l'evoluzione del processo stesso in una direzione od in un'altra.

L'accusato (indagato od imputato) decide razionalmente – assistito dal proprio difensore – se prestare il proprio consenso ad un rito alternativo, in vista dell'ottenimento di un preciso beneficio, non necessariamente solo relativo all'addolcimento della pena¹⁶, oppure se affrontare la contesa dibattimentale: in questo senso, anche la decisione di “non optare” per un procedimento speciale rappresenta, in sé, una scelta strategica.

Il danneggiato, sulla base di valutazioni altrettanto complesse e soggettive, decide se insinuare la propria pretesa civilistica all'interno del processo penale oppure se presentare autonoma domanda avanti il giudice civile considerando tutte le occasioni e le modalità di esercizio del proprio diritto alla prova nelle due sedi (penale e civile), i diversi standard probatori (l'oltre ogni ragionevole dubbio e il “più probabile che non”), nonché gli effetti che ciascuna decisione potrebbe avere nella diversa sede.

Il responsabile civile, sia pure negli ambiti limitati della propria sfera giuridica, fa altrettanto e decide se “giocare” sul tavolo penale o su quello civile la partita volta a statuire sul proprio – eventuale – obbligo risarcitorio.

La vittima, destinataria della recente Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, “che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI”, e del correlativo decreto legislativo nazionale di attuazione, n. 212 del 2015, infine, costituisce il “contraltare” dell'accusato sui piani più diversi: in tema di diritto alla prova, di misure cautelari protettive, di percorsi di giustizia riparativa e così via.

Gli attori, soggetti del procedimento o parti del processo, compiono tutti scelte processuali “consapevoli”, sulla base delle facoltà che la legge,

¹⁶ Il patteggiamento, ad es., potrebbe essere appetibile per taluni profili relativi alla mancata applicazione di determinate pene accessorie o per l'inefficacia extrapenale della decisione.

nel rispetto delle norme costituzionali, accorda loro al momento in cui compiono tali loro scelte.

Due le caratteristiche di un simile processo “poli-centrico” ove, dal punto di vista dei soggetti, non è il solo imputato a rivestire il ruolo prevalente ed, oggettivamente, non sono solo i diritti e gli interessi dell'accusato a predominare: il principio dell'affidamento dei partecipanti al gioco¹⁷; le norme come risultato di un bilanciamento di una pluralità di diritti e/o interessi.

3.1. *Il principio dell'affidamento*

Dal punto di vista soggettivo, nel momento in cui uno degli attori del processo (soggetto o parte) compie delle scelte, lo fa sulla base di un quadro che egli ritiene ragionevolmente stabile; e ciò ingenera un affidamento che, nel prosieguo del procedimento o del processo, deve essere riconosciuto come meritevole di tutela¹⁸. Negli esempi fatti: se l'accusato si risolve a patteggiare perché, secondo la legislazione vigente in quel momento, dalla sentenza *ex art. 444 c.p.p.* non discendono effetti extrapenalni o determinate pene accessorie, il legislatore od un soggetto equiparato (ad es. la CGUE) restano senz'altro liberi di riparametrare gli effetti extrapenalni o le pene accessorie che scaturiscono dalla pena concordata, ma violerebbero l'affidamento se pretendessero di applicare il *novum* anche agli accordi siglati in precedenza¹⁹; se si è in presenza di danneggiato dal reato che abbia optato per l'esercizio autonomo dell'azione avanti il

¹⁷ Non è nuovo né irriverente il ricorso alla metafora del gioco per spiegare le norme processuali: sono passati ormai oltre ottant'anni (il libro fu pubblicato nel 1938) da quando J. HUIZINGA scrisse il suo *Homo Ludens*.

¹⁸ Un chiaro esempio del possibile sovrapporsi di scelte strategiche diverse si ha in tema di giudizio abbreviato: normalmente allo stato degli atti, solo eccezionalmente il rito abbreviato ammette dei supplementi istruttori (art. 438, comma 5 e art. 441, comma 5 c.p.p.); una volta effettuati, anche l'imputazione, normalmente immodificabile, può essere aggiustata dall'accusa alle nuove risultanze (di nuovo, artt. 438, comma 5 e 441, comma 5 c.p.p.); se ciò avviene, a sua volta all'imputato spetta un ventaglio di possibili decisioni che vanno dalla prosecuzione del rito sino alla “fuga” con ritorno nell'alveo del giudizio ordinario (art. 441-*bis* c.p.p.).

¹⁹ Intuibilmente, e anticipando sin d'ora quanto si dirà *infra* nel testo: se l'accusato decide di *non* accedere ad un rito alternativo (operando quindi una precisa *non* scelta), perché la durata media dei procedimenti penali, unita alla considerazione della disciplina sulla prescrizione del reato, lascia intendere che il reato certamente si prescriverà in primo grado od al massimo in appello, il legislatore od un soggetto equiparato (ad es., la CGUE) può certamente modificare la disciplina del procedimento speciale o della prescrizione, ma non può spingersi a pretendere che tale *novum* si applichi anche ai giudizi penali in corso per i quali il termine per patteggiare sia (consapevolmente, con presunzione *iuris et de iure*) decorso.

naturale giudice civile, il legislatore può ben modificare l'efficacia che la sentenza penale di assoluzione ha (o, sarebbe più corretto dire, al momento non ha) nel separato procedimento civile (art. 652, comma 1, ultima parte c.p.p.), ma non potrebbe disporre l'applicazione ai giudizi civili in corso senza violare l'affidamento di quel danneggiato; se la vittima decide di partecipare al procedimento penale per chiedere, ottenendolo, il riconoscimento dello status di particolare vulnerabilità, una ipotetica legge nazionale che cancellasse tale istituto (la particolare vulnerabilità), "al netto" delle responsabilità che ne deriverebbero sul piano comunitario, di certo non potrebbe essere applicata ai procedimenti in cui vi è una vittima già dichiarata particolarmente vulnerabile senza violarne l'affidamento.

3.2. *Norma processuale e bilanciamento di interessi*

Dal punto di vista oggettivo, rispetto alla norma penale sostanziale, che appare per così dire "bidimensionale", quella processuale è il frutto del bilanciamento di ben più numerosi interessi. Nel conflitto tra interesse pubblico alla repressione del reato e libertà individuale del singolo, la norma penale sostanziale è sempre sagomata – ed è naturale che sia così – sulla figura del reo, di cui seleziona, in base al principio di frammentarietà, le condotte lesive del bene giuridico tutelato ritenute meritevoli di incriminazione. La norma processuale, invece, si deve far carico, a seconda della specifica materia che disciplina, di molteplici interessi, la cui emersione e protezione segna la maggior profondità e, se si vuole, instabilità del sottostante bilanciamento.

Anche in tal caso gli esempi sono numerosi: la disciplina sulle intercettazioni telefoniche (artt. 266 ss. c.p.p.) non deve solo considerare l'interesse pubblico all'impiego del mezzo investigativo ed il contrapposto diritto alla riservatezza dell'accusato, ma deve anche tenere in conto l'analogo diritto delle persone, totalmente estranee al reato, le cui conversazioni, pur prive di alcun interesse investigativo, vengano nondimeno captate e registrate, e il diritto della stampa e della collettività a pubblicare e a conoscere quelle conversazioni; la disciplina sul dibattimento a porte chiuse (artt. 472-473 c.p.p.) tempera il principio "generale" della pubblicità delle udienze con considerazioni attinenti la sfera dell'accusato, della persona offesa e/o parte civile, del testimone, della stampa, che potrebbero essere variabilmente interessati alla celebrazione in forma pubblica o riservata dell'udienza; più in generale, qualunque norma imponga al giudice di provvedere "sentite le parti" (ad esempio, gli artt. 19, 106, 114, 189, 190, 240, 420-*quater*, 464-*quater*, 473, 495, 498 c.p.p.)

evoca non solo la parte pubblica e l'accusato, ma anche le parti private, obbligando il giudice, chiamato alla decisione, a valutare gli specifici punti di vista di ciascuno.

Nel processo penale "polcentrico" la norma processuale si atteggia quale momento di bilanciamento di contrapposti interessi perennemente in tensione. Tale bilanciamento è frutto della consapevole discrezionalità del legislatore e, in quest'ottica, in qualche modo fisiologicamente instabile²⁰. Poiché la norma processuale – a differenza di quella sostanziale – è il risultato di un delicato bilanciamento tra compositi interessi, il principio di legalità processuale è configurabile come un principio relazionale che interconnette, appunto, le sfere dei soggetti titolari di variegati interessi (imputato, persona offesa e/o parte civile, etc.).

4. *La tutela dell'affidamento*

4.1. *Il superamento del principio "tempus regit actum"*

Mentre nel campo della legalità sostanziale il corollario della irretroattività non permette di applicare nuove leggi, di contenuto sfavorevole, a vicende pregresse, è viceversa inveterata tradizione, imperniata sulla vigenza del noto principio *tempus regit actum*, ritenere che, nel regno del processo, le norme applicabili siano quelle in vigore al tempo in cui viene celebrato il processo stesso, sia pure nel rispetto del limite "esterno" della ragionevolezza, sindacata dal giudice delle leggi. In applicazione del detto principio, ricavabile dall'art. 11 delle preleggi, a differenza della "cittadella" di diritto sostanziale, presidiata dalla componente del principio di legalità consistente nel divieto di retroattività della legge penale sfavorevole, si ritiene che il processo sarebbe affare che tollera modifiche anche in corso d'opera.

Questa interpretazione non appare più in linea con il principio di legalità processuale. Se il legislatore resta ovviamente libero di modificare qualunque aspetto della disciplina del processo (nel rispetto, altrettanto ovviamente, dei vincoli costituzionali ed internazionali), oggi il principio di legalità processuale gli pone dei ben precisi limiti.

Il principio di legalità processuale, nella sua dimensione di conoscibilità *ex ante* delle regole del gioco (cfr. *supra*, § 3), ingloba e tutela tutte le espressioni del procedere. L'affidamento originato dalle legittime

²⁰ Ciò ben si iscrive nel più ampio tema della ormai innegabile liquidità della norma giuridica nello scenario post-moderno. Sul punto, da ultimo, si legga, sia pure con accenti critici, FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 2016, fasc. 4, 13 ss.

scelte processuali compiute dal soggetto o dalla parte non è suscettibile di essere pregiudicato da modifiche delle regole che, ad un tempo: avvengano a gioco in corso; siano peggiorative rispetto all'affidamento ingenerato.

Per non calpestare gli affidamenti di soggetti e parti, discendenti da scelte da essi compiute nel vigore del quadro normativo precedente, il legislatore deve garantire l'irretroattività della nuova norma processuale. Ed il miglior modo per farlo è quello di applicare il *novum* alle notizie di reato iscritte dopo l'entrata in vigore del *novum* stesso.

Vale solo la pena di ripetere che, a differenza che per il diritto penale, gli affidamenti da non violare potrebbero essere riferibili non solo alla sfera dell'accusato ma anche della parte pubblica (che agisce in posizione di parità rispetto alla difesa: art. 111, comma 2 Cost.) o di altri attori processuali privati.

La modifica potrebbe trovare applicazione a procedimenti già in corso solo in due ipotesi limite: o laddove, eccezionalmente, non siano ravvisabili degli affidamenti e nessun conseguente rischio di lesione; oppure, ancor più eccezionalmente, laddove specifiche ragioni di urgenza entrino con chiarezza nel bilanciamento tra i contrapposti interessi, sino a suggerire la consapevole lesione di un affidamento già insorto.

4.1.1. *L'irrilevanza della distinzione tra previsioni intertemporali e pro futuro*

È evidente che, a parte i due casi limite segnalati alla fine del precedente paragrafo, il principio di legalità processuale porterebbe con sé anche l'effetto semplificatore, a fronte dell'entrata in vigore di una nuova legge, di azzerare la necessità di distinguere tra disciplina transitoria e nuova disciplina.

Si avrebbero infatti unicamente procedimenti che proseguono e vengono definiti secondo le regole previgenti e processi che iniziano con quelle nuove, non essendovi spazi interstiziali per barocche contaminazioni tra l'uno e l'altro regime.

Ciò avrebbe anche la salutare conseguenza di scoraggiare o comunque ridurre drasticamente i margini di operatività della c.d. legislazione "emotiva", con cui il legislatore tenta di sedare, con interventi immediati ma di dubbia efficacia, le angosce che si manifestano nell'opinione pubblica a fronte di notizie o di campagne mass-mediatiche spesso facenti perno su singoli episodi di cronaca; legislazione di cui i vari "pacchetti sicurezza", per certi periodi susseguitisi con cadenze anche inferiori all'anno, rappresentano il miglior esempio.

In quest'ottica, l'opinione pubblica dovrebbe sapere che ogni nuova modifica introdotta non potrebbe avere effetto sui procedimenti in corso; ed a quel punto, forse, sarebbe lo stesso legislatore a rinunciare, responsabilmente, al ricorso a interventi "emotivi", cui si deve tanto della "destrutturazione" del codice di rito.

4.2. *Le conseguenze sul caso Taricco*

Pur avendo, come già detto, una portata ben più generale, il principio di legalità processuale, nei termini descritti nei precedenti paragrafi, fornisce un indubbio contributo alla soluzione della "vicenda Taricco".

In tale vicenda la CGUE ha, tra le molte, compiuto due affermazioni: la prescrizione del reato è da considerarsi istituto processuale e non sostanziale; a differenza che nel diritto sostanziale, nel processo vale il principio "*tempus regit actum*" e quindi eventuali sue modifiche si applicano ai processi in corso.

Non si vuole qui discutere il primo punto, ed in particolare chi sia l'autorità deputata in ultima istanza a definire la natura della prescrizione o se possano coesistere una natura processuale, a fini comunitari, ed una sostanziale secondo il diritto nazionale.

Le critiche invece – lo si sarà ormai intuito – non possono non appuntarsi sulla seconda affermazione compiuta dalla CGUE: anche ammessa la natura processuale della prescrizione, l'applicazione del canone "*tempus regit actum*" per definire le successioni di leggi nel processo è frutto di una visione riduttiva ed antiquata²¹, ormai decisamente da abbandonarsi per effetto del principio di legalità processuale.

A venire prepotentemente in considerazione nel caso *Taricco* è certamente la sfera giuridica dell'accusato: in particolare, una modifica del regime della prescrizione, che renda di fatto imprescrittibili talune categorie di reati, non potrebbe che applicarsi, in forza del principio di legalità processuale, solo alle notizie di reato pervenute dopo tale modifica.

Al più, volendosi anticipare al massimo l'applicazione del *novum*, lo si potrebbe fare per i procedimenti già pendenti ma per i quali non è ancora stata esercitata l'azione penale e per i quali quindi gli accusati sono ancora pienamente in termini²² per richiedere un rito alternativo.

²¹ Senza alcuna polemica, probabilmente coglie nel segno chi afferma che la qualità di certe affermazioni compiute dalla CGUE nelle proprie sentenze, a volte tacciate di non essere cristalline soprattutto quando hanno a che fare con istituti *lato sensu* penalistici, si deve alla formazione dei suoi giudici, che appunto non sono dei penalisti.

²² Sul punto vale la pena di svolgere la seguente, ulteriore riflessione: quel che bisogna considerare non è il dato formale della scadenza o meno del termine per richiedere un rito al-

Chi, invece, ha già irrimediabilmente optato per affrontare la contesa dibattimentale, facendo *anche* affidamento su tempi certi e definiti di prescrizione del reato di cui è accusato, non dovrebbe mai vedere alterata la propria scelta da una modifica sopravvenuta ed unilaterale che muti radicalmente il quadro normativo, sino a consentire, di fatto, l'imprescrittibilità di quel reato.

In quest'ottica ci si potrebbe chiedere se il legislatore, nella ricerca di una applicazione ancora più estesa dell'innovazione che introduce, possa ad esempio, con una disposizione transitoria *ad hoc*, rimettere in modo generalizzato in termini gli imputati per richiedere un rito alternativo.

La domanda non è oziosa: si consideri che, in occasione dell'introduzione del c.d. patteggiamento allargato, l'art. 5, comma 1 della legge n. 134 del 2003 aveva disposto, in via appunto transitoria, che «l'imputato, o il suo difensore munito di procura speciale, e il pubblico ministero, nella prima udienza utile successiva alla data di entrata in vigore della presente legge, in cui sia prevista la loro partecipazione, possono formulare la richiesta di cui all'articolo 444 del codice di procedura penale, come modificato dalla presente legge, anche nei processi penali in corso di dibattimento nei quali, alla data di entrata in vigore della presente legge, risulti decorso il termine previsto dall'articolo 446, comma 1, del codice di procedura penale (...)».

La ricerca di una risposta alla domanda consente di cogliere quella dimensione del principio di legalità processuale, che più sopra è stata definita "relazionale". Una restituzione generalizzata nel termine, a beneficio dell'imputato, dovrebbe essere negata se nel processo vi fosse una parte civile costituita, perché si lederebbe l'affidamento di quest'ultima. Il danneggiato ha insinuato la propria pretesa risarcitoria nel processo penale, l'imputato non ha voluto o potuto accedere ad un rito alternativo nei tempi previsti e, in conseguenza, il procedimento si è irreversibilmente incamminato verso un epilogo di tipo dibattimentale; se ora il legislatore intervenisse alterando la sequenza, magari consentendo all'imputato di raggiungere un tardivo concordato sulla pena, l'affidamento del danneggiato ne uscirebbe pesantemente compromesso, considerati gli effetti che tale concordato esplicherebbe sulla sua pretesa.

ternativo (le conclusioni in udienza preliminare, l'apertura del dibattimento), ma l'attribuzione all'accusato di un tempo adeguato per preparare la propria difesa (art. 111, comma 3 Cost.). In quest'ottica, sembra ragionevole individuare nei procedimenti ancora in indagini gli unici in cui l'indagato ha ancora un tempo adeguato per decidere se accedere o no ad un rito alternativo.

5. Conclusioni

Il principio di legalità processuale, ricavabile dal combinato degli artt. 111 e 25, comma 2 Cost., costituisce, pur nelle differenze dovute alle ineliminabili specificità delle due diverse materie, il doveroso *pendant* del tradizionale principio di legalità sostanziale. Entrambi, anzi, costituiscono la manifestazione del più generale principio di legalità che permea tutti i vari settori dell'ordinamento giuridico.

La legalità processuale presenta tratti peculiari: si connota per la rilevanza dell'affidamento che nella stabilità del quadro normativo hanno tutti gli attori, non solo l'accusato; presuppone appunto un processo penale "poli-centrico", in cui quegli attori sono chiamati a scelte strategiche consapevoli e le norme si atteggiavano quali risultanti del bilanciamento tra i variegati e non di rado contrapposti interessi di cui sono portatori; ha, quindi, natura non assoluta ma relazionale, dovendosi sempre tenere in conto, nell'interpretazione o nella modifica delle singole norme, degli interessi che vi sottostanno.

In definitiva, e con icastica metafora, la legalità processuale si atteggiava a limite per il legislatore, per effetto del quale le modifiche alle regole del gioco, sempre legittime, non possono tendenzialmente applicarsi alle partite già in corso, ma solo ai giochi futuri.

Resterebbe aperta la questione del rango da attribuire al principio di legalità così inteso.

Una prima possibilità è quella di intravedere nel principio di legalità processuale un controlimite nazionale. In quest'ottica, come già detto, la qualifica come processuale o sostanziale della prescrizione nel caso *Taricco* non muta di molto le cose: la pretesa della CGUE di disapplicare alcuni aspetti della disciplina prescrizione nazionale anche nei processi penali in corso troverebbe comunque ostacolo nel principio di legalità, indifferentemente declinabile nella sua versione sostanziale o processuale. Nella "vicenda *Taricco*" ad avere rilievo è la sfera dell'accusato; ma in futuro, nella prospettiva processuale, anche gli affidamenti di altri attori processuali potrebbero emergere e a quel punto dovrebbero essere presi in considerazione.

Non vi è dubbio che una simile soluzione classificatoria aumenti la sensazione di deriva verso forme di protezionismo nazionalistico contrarie all'integrazione comunitaria e porti al rischio di frizioni, quando non di veri e propri scontri, tra ordinamenti e Corti nazionali e comunitarie. Nella dottrina, soprattutto internazionalistica, si sostiene, a tal proposito, che "tirare il freno a mano" del controlimite del principio di legalità (non importa a questo punto se sostanziale o processuale) nel caso *Taricco* creerebbe un pericoloso precedente in quella direzione.

Con tutte le cautele del caso, si ritiene che un superamento di tali scenari, effettivamente non desiderabili, possa derivare da una diversa classificazione del principio di legalità processuale che, si ricorda, trova il proprio referente costituzionale non solo nell'art. 111 Cost., ma anche in una rilettura "sistematico-evolutiva" dell'art. 25, comma 2 Cost. (cfr. *supra*, § 2.3).

Se nessuno dubita che il principio di legalità sostanziale costituisca un diritto fondamentale appartenente alle tradizioni costituzionali comuni a tutti gli Stati membri dell'Unione, e se si considera sul punto la sostanziale equivalenza, sul piano terminologico e di significato, dell'art. 25, comma 2 Cost. con l'art. 49.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, appare ardito ma non del tutto fuori luogo sostenere che anche il principio di legalità processuale debba oggi essere riguardato come un pilastro delle tradizioni costituzionali comuni a tutti gli Stati.

In qualunque ordinamento giuridico, moderno ed occidentale, infatti, il processo penale, con tutti gli interessi che vi si agitano²³, non può essere considerato una mera appendice del diritto sostantivo, esposta a modifiche governate dal canone del *tempus regit actum*.

In quest'ottica, il principio di legalità processuale non dovrebbe essere riguardato come un ostacolo all'effettività delle politiche comunitarie (nel caso *Taricco*, della lotta alle frodi), ma – in una prospettiva integrata, sinergica e non sterilmente contrappositiva – come un principio che detta le irrinunciabili regole del gioco per lottare contro le frodi in modo efficace e nel rispetto dei diritti fondamentali.

²³ È la stessa sensibilità europea, ad esempio, a costringere a ripensare gli ambiti di operatività della vittima nel processo penale.

GIUSEPPE MARTINICO*

IL POTENZIALE SOVVERSIVO DELL'IDENTITÀ NAZIONALE ALLA LUCE DELL'ORDINANZA 24/2017 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Premessa: l'impatto dell'art. 4.2 TUE sul ruolo costituzionale dei conflitti. – 2. Il ruolo dei conflitti e il rapporto fra Art. 6 TUE (pre Lisbona) e Art. 4.2 TUE (post Lisbona). – 3. Il peso dell'identità nazionale nell'ordinanza della Corte costituzionale.

1. *Premessa: l'impatto dell'art. 4.2 TUE sul ruolo costituzionale dei conflitti*

L'argomento dell'identità nazionale, come codificato dall'art. 4.2 TUE, gioca un ruolo molto importante nella recente ordinanza sollevata dalla Corte costituzionale alla Corte di giustizia (CGUE) relativamente al caso *Taricco*. Si tratta di un punto non scontato, che costituisce una delle grandi differenze riscontrabili fra questa ordinanza e l'*auto* del *Tribunal constitucional* spagnolo in *Melloni*¹, che del concetto di identità nazionale non aveva fatto menzione, come ricordava nelle sue Conclusioni l'Avvocato Generale Bot².

Il presente contributo non offre un commento puntuale all'ordinanza né una riflessione compiuta sul rapporto fra controlimiti e *identity review*³. Si cercherà, invece, di inserire la vicenda *Taricco* all'interno della nuova stagione dei conflitti che si è aperta all'indomani dell'entrata in vi-

* Vorrei ringraziare Giacomo Delledonne, Fabio Pacini, Anna Margherita Russo e Marta Simoncini per i loro preziosi commenti.

¹ Tribunal constitucional, auto n. 86/2011, www.tribunalconstitucional.es. Si veda anche la decisione finale del Tribunal constitucional, sentencia n. 26/2014, www.tribunalconstitucional.es in risposta alla decisione della Corte di giustizia, Melloni, C-399/11, www.curia.europa.eu.

² Avvocato Generale Bot al caso Melloni, par. 139-142, www.curia.europa.eu.

³ Si vedano, fra gli altri, i contributi di P. FARAGUNA e G. PICCIRILLI in questo *Volume* e G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in <http://www.diritticomparati.it/2017/02/una-raagionevole-apologia-della-supremacy-in-margine-allordinanza-della-corte-costituzionale-sul-caso.html>.

gore del Trattato di Lisbona. Per far ciò, in un primo momento si ricorderà l'importanza che i conflitti hanno sempre avuto nella progressiva costituzionalizzazione del diritto dell'UE per poi sottolineare gli effetti che il quadro post Lisbona ha prodotto sull'attività delle corti. All'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Riforma molti Autori avevano commentato con favore il testo del nuovo articolo 4.2 del TUE, contenente il riferimento espresso al dovere di rispettare, da parte dell'Unione, l'identità nazionale degli Stati membri «insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali». Ad esempio Bogdandy e Schill avevano visto nel 4.2 TUE una delle novità più interessanti introdotte dal Trattato di Lisbona, sottolineando come esso possa «*guide the way to a more nuanced understanding beyond the categorical positions of the ECJ on the one side ... and that of most domestic constitutional courts*»⁴.

Il ragionamento degli autorevoli colleghi tedeschi si basava sullo spirito pluralistico che caratterizzerebbe l'art. 4 TUE, anche alla luce del riferimento al dovere di leale cooperazione. In altre parole, l'art. 4 TUE avrebbe il vantaggio di limitare i possibili conflitti fra Corti costituzionali e CGUE, spingendo le prime a cercare un confronto più diretto con la CGUE, in qualche modo «rassicurate» dal dovere dell'UE di rispettare le proprie strutture costituzionali:

*«Under such a pluralistic understanding, the answer to the question of who has the ultimate power to decide on issues of national identity is that there is no definitive answer as there is no final arbiter in a composite system of European constitutional adjudication. The ensuing potential for conflict is tamed by the mutual duty to cooperate»*⁵.

Tuttavia, altri Autori avevano subito avvertito i rischi presentati dal testo dell'art. 4.2 TUE, ricordando la sua più grande ambiguità: si tratta di una disposizione che rinvia alla e «parla» di identità nazionale, ma che appartiene al «giardino ermeneutico» della CGUE, e che reintroduce, così, il pericolo di disaccordi interpretativi. In altre parole, chi ha l'ultima parola sull'art. 4.2 TUE? Da un lato, è evidente il rischio di centralizzare l'interpretazione di questa disposizione in capo alla Corte di giustizia, frustrando così ogni tentativo di lettura pluralista. Dall'altro, anche lo scenario opposto rivela evidenti rischi, quelli, ad esempio, di una vera e propria deriva anarchica in cui ogni Corte costituzionale richiami il pro-

⁴ A. VON BOGANDY, S. SCHILL, Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty, in *Common Market Law Review*, 2011, 1417 ss.

⁵ A. VON BOGANDY, S. SCHILL, *Overcoming absolute primacy*, 1452.

prio concetto di identità nazionale, usando il 4.2 come una sorta di scudo capace di garantire una sostanziale immunità universale contro le ragioni del primato sovranazionale⁶.

La dottrina interessata all'uso dell'art. 4.2 TUE da parte della CGUE ha notato che, forse proprio per evitare questo secondo rischio, la Corte di giustizia ha in genere cercato di non utilizzare il concetto di identità nazionale come:

«*Autonomous ground of derogation but has enabled the Member State concerned to develop its own definition of a legitimate interest capable of justifying an obstacle to a fundamental freedom. In this respect, that Member State does not rely on the protection of national identity itself, but uses national identity, domestic constitutional traditions, cultural values etc. to interpret other treaty-based justifications, such as public policy*»⁷.

Dal punto di vista della CGUE i vantaggi di questo approccio, che utilizza il concetto di identità nazionale in combinato disposto con altre previsioni dei Trattati, sono molteplici: *in primis* quello di autonomizzare parzialmente un concetto che rischia di rivelarsi sovversivo, perché potenzialmente suscettibile di rappresentare un pericolo per l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto sovranazionale. In questo senso, l'identità nazionale di cui al 4.2 TUE sembra presentarsi come concetto (almeno parzialmente) autonomo di diritto europeo piuttosto che come fattore derivato per analogia dai diritti costituzionali degli Stati membri.

Negli ultimi anni si è verificato un cambio importante nel rapporto fra Corti costituzionali e CGUE – forse causato anche dall'introduzione

⁶ Si veda quanto sostenuto dalla Corte costituzionale tedesca nel rinvio promosso alla Corte di giustizia nel caso *Gauweiler*, in cui i giudici tedeschi hanno sottolineato che «the identity review performed by the Federal Constitutional Court is fundamentally different from the review under Art. 4 sec. 2 sentence 1 TEU by the Court of Justice of the European Union.» (2 BvR 2728/13, par. 29). Su questo BVerfG P. FARAGUNA, *La Corte di Giustizia strizza l'occhio alla Corte di Karlsruhe nel caso Gauweiler (OMT)*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 798 ss. Si compari quanto sostenuto nell'ordinanza di rinvio appena menzionata con ciò che i giudici tedeschi hanno sostenuto nella decisione sul mandato di arresto europeo: «The identity review does not violate the principle of sincere cooperation within the meaning of Art. 4 sec. 3 TEU. It is rather inherent in the concept of Art. 4 sec. 2 sentence 1 TEU (cf., on taking into consideration the national identity, ECJ, Judgment of 2 July 1996, *Commission v Luxembourg*, C-473/93, ECR 1996, I-3207, par. 35; Judgment of 14 October 2004, *Omega*, C-36/02, ECR 2004, I-9609, paras. 31 et seq.; Judgment of 12 June 2014, *Digibet and Albers*, C-156/13, EU:C:2014:1756, par. 34) and corresponds to the special nature of the European Union», 2 BvR 2735/14, par. 44. Sulle differenze a proposito del modo di concepire il controllo sull'identità si veda, per tutti, P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, 431 ss. e 455.

⁷ B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 2012, 263 ss.

dell'art. 4.2 TUE – dovuto all'accettazione (sempre limitata, in realtà) della via diretta di dialogo rappresentata dall'art. 267 TFUE. Tuttavia, sarebbe inesatto sostenere che prima di questa svolta non vi fosse dialogo fra corti, anzi, sono numerosi gli studi che hanno dimostrato come in realtà le Corti costituzionali abbiano da sempre cercato di dialogare con i colleghi europei utilizzando forme alternative di comunicazione⁸. In questo contesto, persino pronunce caratterizzate da toni forti e apparentemente ispirate da dinamiche tutt'altro che cooperative hanno dato avvio a importanti scambi di argomenti fra i giudici.

Ciò non dovrebbe stupire più di tanto. In fondo il dialogo non presuppone necessariamente la perfetta convergenza in termini di conclusione da parte degli interlocutori⁹ e vi sono anche numerosi studi sui così detti *cheap talk* che dimostrano come, a volte, anche i messaggi «conditi» di minacce riescano ad attivare fenomeni di negoziazione¹⁰.

Allo stesso tempo, conviene sottolineare un altro elemento di parziale continuità con la fase pre Lisbona, rappresentata dalla natura, in realtà solo parzialmente nuova del concetto di identità nazionale nel linguaggio dei Trattati. Nelle pagine successive si cercherà di evidenziare continuità e discontinuità fra conflitti vecchi e nuovi. Con riferimento a recenti momenti di tensione fra corti, conviene qui ricordare, ad esempio, le decisioni della Corte costituzionale tedesca sul c.d. OMT¹¹ e sul mandato di arresto europeo (c.d. Solange III)¹² e una recente pronuncia della Corte suprema danese in materia di effetto diretto orizzontale dei principi generali del diritto dell'UE¹³.

⁸ M. CARTABIA, *Taking Dialogue Seriously*, Jean Monnet Working Paper, 12/2007. <http://www.jeanmonnetprogram.org/paper/taking-dialogue-seriously-the-renewed-need-for-a-judicial-dialogue-at-the-time-of-constitutional-activism-in-the-european-union/>; G. MARTINICO, *Judging in the multilevel legal order: exploring the techniques of 'hidden dialogue'*, in *King's Law Journal*, 2010, 257 ss.

⁹ A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 118 ss., secondo cui si definisce vero dialogo lo scambio di argomenti fra soggetti dotati di pari dignità e accettati dai rispettivi interlocutori.

¹⁰ Fra gli altri, J. FARRELL, *Cheap Talk Can Matter in Bargaining*, in *Journal of Economic Theory*, 1989, 221 ss.; R. CROSON, T. BOLES, J.K. MURNIGHAN, *Cheap talk in bargaining experiments: lying and threats in ultimatum games*, in *Journal of Economic Behavior & Organization*, 2003, 143 ss.

¹¹ Prima il rinvio (2 BvR 2728/13) operato dalla Corte costituzionale tedesca e poi il seguito a Gauweiler (C-62/14, *Gauweiler*, www.curia.europa.eu) con la sentenza del 21 giugno 2016 - 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13.

¹² 2 BvR 2735/14, www.bundesverfassungsgericht.de. Si veda P. FARAGUNA, *Solange III? Il BVerfG colpisce ancora*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, 123 ss.

¹³ Corte Suprema danese, caso n. 15/2014. <http://www.supremecourt.dk>. Si veda quanto riportato da S. KLINGE, *Dialogue or disobedience between the European Court of*

2. *Il ruolo dei conflitti e il rapporto fra Art. 6 TUE (pre Lisbona) e Art. 4.2 TUE (post Lisbona)*

La dottrina ha già spiegato come i conflitti costituzionali siano fisiologi in contesti propriamente federali e ha proposto una chiave di lettura simile per il contesto europeo, pur rimarcando le differenze istituzionali esistenti¹⁴:

«Constitutional heterarchy is not merely conflict and accommodation based on raw power differentials or random fortuity of positions of relative advantage. Instead, constitutional heterarchy reflects the idea that the coordination among the various actors is based in constitutional considerations, that is, in the values of constitutionalism itself. Because conflict and accommodation are ordered in this way, constitutional heterarchy helps crystallize what these values are. Actors will base their respective claims of superior authority on their relative ability to vindicate the values of constitutionalism. And even when actors make what appears to be a naked bid for power, they will phrase their claims in terms of constitutional principle»¹⁵.

Justice and the Danish Constitutional Court? The Danish Supreme Court challenges the Mangold-principle, 2017, <http://eulawanalysis.blogspot.it/2016/12/dialogue-or-disobedience-between.html>.

¹⁴ *«In one important sense, however, the relationship between the European Union and its Member States is, of course, different from that between the United States and the several states. In the United States, the relationship between federal and state law, and, in particular, between the federal Supreme Court and the state judiciary, are fully ordered [...] In the European Union, by contrast, the relationship between the central and component state legal orders is fundamentally unsettled».* D. HALBERSTAM, *Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States*, University of Michigan Public Law Working Paper No. 111, 2008, https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstract_id=1147769.

¹⁵ *«The United States and the European Union are both functioning legal systems. Neither the lack of settlement regarding the hierarchy of legal systems in Europe nor the lack of settlement regarding the hierarchy of institutions in the United States leads to anarchy or chaos. Instead, each system is a system of order. By definition, however, order within pluralism cannot be the product of central command and control. Order in the face of pluralism must, if at all, arise spontaneously within the decentralized interactions among the various actors involved. And that is what we find in both systems. The U.S. President does not routinely threaten to pack the Court whenever he disagrees with the Court's interpretation of the Constitution, nor does the Bundesverfassungsgericht routinely threaten to interpose German constitutional values to block the effectiveness of EU law within Germany. Instead, we find in both systems a habit of deference and accommodation that enables each system to function as a stable and predictable system of constitutional governance. Let us call this kind of constitutional order in the absence of hierarchy constitutional heterarchy' Constitutional heterarchy is a system of spontaneous, decentralized ordering among the various actors within the system. But it is more than that. [...] Put another way, these normative and interpretive conflicts are carried out in what Neil Walker has called a 'constitutional register.' Examining constitutional conflict in these two systems reveals that the intersystemic engagement in Europe and inter-institutional engagement in the United States surround three primary values - call them 'voice,' 'expertise,' and 'rights.'*

Credo che l'idea di «eterarchia costituzionale»⁶ proposta da Halberstam sia compatibile con quello che Mouffe chiama «pluralismo agonistico»⁷: l'idea di conflitto come dato fisiologico in un contesto che conosce delle premesse comuni e sulla cui base vengono proposte diverse chiavi di lettura (diverse interpretazioni) scaturenti, da ambo i lati, dalla necessità di dare attuazione a quei valori di fondo che si ritengono condivisi e che Halberstam riconduce ai «values of constitutionalism»¹⁸.

Questa chiave di lettura permette di rivalutare tutti quei meccanismi che tradizionalmente sono stati definiti come puramente oppositivi alle ragioni dell'integrazione, come la dottrina *Solange* o quella dei controlli-miti, che al contrario, come in Italia ha magistralmente sottolineato Panunzio¹⁹, hanno in qualche modo indotto la Corte di giustizia a cambiare le proprie posizioni iniziali, dando un contributo importante alla definitiva interiorizzazione del rispetto dei diritti fondamentali fra i principi generali del diritto, e che hanno indotto, inoltre, a una svolta nel rapporto fra rispetto delle identità costituzionali (comuni e non) e primato del diritto europeo.

All'indomani di *Internationale Handelsgesellschaft*²⁰ in cui la Corte di giustizia sembrava non ammettere deroghe (nemmeno se dettate dai principi costituzionali nazionali) all'uniforme applicazione del principio del primato, le Corti costituzionali nazionali hanno risposto ponendo la questione dei diritti fondamentali.

In the pitched battles of confrontation, as well as in the mundane practice of co-existence, these three values emerge as central to the pragmatic accommodation that sustains constitutionally based pluralism in both systems», D. HALBERSTAM, Constitutional Heterarchy, cit.

¹⁶ Pur condividendo l'impostazione di fondo di HALBERSTAM, ho altrove espresso le mie perplessità su una lettura puramente eterarchica-reticolare del diritto dell'Unione: G. MARTINICO, *L'interpretazione (del diritto sovranazionale) come impresa collettiva e reticolare?*, in R. TONIATTI (a cura di), *Magistrature, giurisdizioni ed equilibrio istituzionale*, in corso di pubblicazione.

¹⁷ C. MOUFFE, *The Return of the Political*, Londra, 1993; ID., *The Democratic Paradox*, Londra, 2000; ID., *On the Political*, Londra, 2005. In italiano si veda la traduzione *Sul politico. Democrazia e rappresentazione dei conflitti*, Milano, 2007.

¹⁸ D. HALBERSTAM, *Constitutional Heterarchy*, cit.

¹⁹ S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 3 ss., 104.

²⁰ Corte di giustizia, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Racc.*, 1970, 1125: «La validità degli atti emanati dalle Istituzioni della Comunità può essere stabilita unicamente alla luce del diritto comunitario. Il diritto nato dal Trattato, che ha una fonte autonoma, per sua natura non può infatti trovare un limite in qualsivoglia norma di diritto nazionale senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che sia posto in discussione il fondamento giuridico della stessa Comunità. Di conseguenza, il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato».

Solange e i controlimiti hanno funzionato da veicolo di «costituzionalizzazione»; per corroborare questa affermazione basta guardare al nucleo della richiesta contenuta dalla Corte costituzionale tedesca in quella sentenza, secondo cui il giudice tedesco si riteneva competente a sorvegliare sul processo di integrazione europea «*as long as (Solange) the integration process has not progressed so far that Community law receives a catalogue of fundamental rights decided on by a parliament and of settled validity, which is adequate in comparison with the catalogue of fundamental rights contained in the Basic Law*»²¹.

I pilastri su cui si fondava l'assunto del giudice tedesco erano l'assenza di un catalogo di diritti e di un parlamento democraticamente eletto, elementi questi riconducibili all'essenza della più famosa definizione di Costituzione (protezione dei diritti e separazione dei poteri) in Europa, quella contenuta nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789²².

La lunga marcia della costituzionalizzazione (a costituzione non scritta) europea ha conosciuto un punto di svolta nel Trattato di Maastricht del 1992, grazie all'art. 6 TUE²³ che espressamente riconosceva nei diritti fondamentali, nel principio democratico e nello stato di diritto il suo fondamento (comma 1), rinviando alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alle tradizioni costituzionali comuni (comma 2) e, soprattutto, ai nostri fini, riconoscendo il principio del rispetto delle identità nazionali (comma 3).

Secondo la lettura proposta, l'art. 6 TUE avrebbe, inoltre, segnato un punto di svolta con riferimento alla dottrina del primato assoluto: con l'art. 6 TUE la dottrina del primato ad ogni costo, infatti, incontrava un limite espresso nel rispetto delle strutture costituzionali nazionali²⁴.

²¹ BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71 *Solange I-Beschluß*.

²² Art. 16: «Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione».

²³ Art. 6 TUE (vecchia versione): «1. L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri.

2. L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario.

3. L'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri.

4. L'Unione si dota dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e per portare a compimento le sue politiche».

²⁴ Sull'art. 6 TUE, vecchia versione, si vedano V. ATRIPALDI, R. MICCÙ, *La Costituzione europea 'multilivello' tra garanzie di omogeneità e identità pluralis*, 2007, <http://www.ecln.net/elements/conferences/bookrome/miccuatripaldi.pdf>, e M. CARTABIA, *'Unità nella diversità': il*

Comunemente si sostiene che la disposizione dell'art. 6.3 TUE sia stata pensata per arrestare l'erosione delle prerogative statali ed in questo senso viene solitamente interpretata come prodotto della reazione statale all'estensione delle competenze dell'UE²⁵.

È stato giustamente sottolineato il carattere ultroneo della lettera dell'articolo se concepito come mero limite alle competenze²⁶: se ciò fosse vero, perché scrivere di «identità nazionale»? Quest'ultima, infatti, si presenta come concetto, oltre che impegnativo, anche scomodo per le ragioni dell'integrazione e del tutto non definito dal testo analizzato.

L'art. 6 TUE ha rappresentato, in realtà, l'esito di un lungo processo dialettico iniziato negli anni settanta, che ha condotto al progressivo «ingentilimento» del primato comunitario. Più recentemente, peraltro, non soltanto l'idea di primato assoluto (applicabile, cioè, anche in caso di contrasto con norme costituzionali nel particolare ambito dei diritti fondamentali) sembra essere stata mitigata (anche se non completamente venuta meno²⁷), ma addirittura la Corte di giustizia, in casi risalenti come *Omega*²⁸ e in quello *Dynamic Medien*²⁹, ha ritrovato in principi costituzionali non considerati tradizioni costituzionali comuni, in quanto presenti soltanto nello Stato membro interessato dalla decisione, un'eccezione all'applicazione uniforme del diritto comunitario³⁰.

Si tratta di un percorso assai noto. Vorrei però soffermarmi brevemente su un aspetto forse non abbastanza analizzato in dottrina: la ne-

rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in *Diritto dell'Unione europea*, 2005, 590 ss.

²⁵ Su questo si veda V. ATRIPALDI, R. MICCÙ, *La Costituzione europea*, cit.

²⁶ V. ATRIPALDI, R. MICCÙ, *La Costituzione europea*, cit.

²⁷ Non mancano, infatti, sentenze problematiche come: Corte di giustizia, C-285/98, *Kreil*, in *Racc.*, 2000, I-69 o Corte di giustizia, C-81/05, *Cordero Alonso*, in *Racc.*, 2006 I-7569, Corte di giustizia, C-213/07, *Michaniki*, in *Racc.*, 2008, I-9999, Corte di giustizia, C-409/06, *Winner Wetten*, www.curia.europa.eu, Corte di giustizia, C-314/08, *Filipiak*, in *Racc.*, 2009, I-11049, Corte di giustizia, C-416/10, *Krizan*, www.curia.europa.eu.

²⁸ «Se misure restrittive della libera prestazione dei servizi possono essere giustificate da motivi connessi con l'ordine pubblico solo ove risultino necessarie ai fini della tutela degli interessi che mirano a garantire e solo a condizione che tali obiettivi non possano essere conseguiti con provvedimenti meno restrittivi, non è indispensabile, a tale proposito, che una misura restrittiva emanata dalle autorità di uno Stato membro corrisponda ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri relativamente alle modalità di tutela del diritto fondamentale o dell'interesse legittimo in causa. Pertanto, la necessità e la proporzionalità delle disposizioni adottate in materia non sono escluse per il solo fatto che uno Stato membro abbia scelto un regime di tutela diverso da quello adottato da un altro Stato membro», Corte di giustizia, C-36/02, *Omega*, in *Racc.*, 2004, I-9609.

²⁹ Corte di giustizia, C-244/06, *Dynamic Medien*, in *Racc.*, 2008, I-505.

³⁰ In questi termini si veda M. AVBELJ, *Fundamental Human Rights as an Exception to the Freedom of Movement of Goods*, *Jean Monnet Working Paper*, 06/2004, <http://www.jean-monnetprogram.org/archive/papers/04/040601.pdf>.

cessità di scindere, almeno concettualmente, il rinvio alle tradizioni costituzionali comuni dal riferimento all'identità costituzionale nazionale (alle strutture costituzionali di cui si parla all'art. 4 TUE³¹, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Riforma).

Come suggerito magistralmente da Ruggeri, tradizioni costituzionali comuni e controlimiti sono indubbiamente legati gli uni agli altri, provenendo entrambi dal materiale offerto dai principi costituzionali statali³². Ciononostante si tratta di due concetti autonomi e distinguibili come suggerito anche dalla versione dell'art. 6 TUE precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in cui essi venivano disciplinati in due diversi paragrafi dello stesso articolo, come ricordato in precedenza.

Il Trattato di Lisbona ha dato, anche «visivamente», giustizia a tale autonomia concettuale, disciplinando tali principi in due sedi diverse: il nuovo art. 6 TUE³³ ed il già citato art. 4 TUE.

³¹ Art. 4 TUE: «1. In conformità dell'articolo 5, qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri.

2. L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali.

Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro.

3. In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati.

Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione.

Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione».

³² A. RUGGERI, *Tradizioni costituzionali comuni e 'controlimiti', tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, 102 ss.

³³ Art. 6 TUE: «1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati.

I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.

2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.

3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Partendo da questo dato è possibile scorgere un effetto ulteriore delle dottrine *Solange* e dei controllimiti a livello sistemico. Con la propria giurisprudenza, le Corti costituzionali non hanno solo contribuito a dare voce ad istanze di natura costituzionale (secondo il processo descritto da Halberstam) consistenti nell'esigenza di una maggiore tutela dei diritti fondamentali, ma hanno anche contribuito all'introduzione di una nuova – perché non originariamente prevista dalla giurisprudenza della Corte di giustizia – deroga al principio del primato, consistente nel rispetto della struttura costituzionale degli Stati membri anche in assenza di una tradizione costituzionale comune.

Si tratta di due processi indubbiamente collegati, ma concettualmente indipendenti. Se era scontato ricondurre il rispetto delle tradizioni costituzionali nazionali all'autonomia del diritto europeo e del primato europeo, nel caso in cui esse contribuiscano alla formazione di un principio generale dell'Unione, più difficile appariva giustificare l'eccezione all'applicazione del primato in caso di presenza di una tradizione costituzionale non comune, perché accettare una tale deroga avrebbe significato aprire una breccia nell'idea di autonomia del diritto europeo. Questo spiega il potenziale «sovversivo» del rinvio operato dall'art. 4.2 al concetto di identità nazionale, specie se letto dalla prospettiva di una Corte, come la CGUE, che si è sempre dimostrata gelosa del proprio monopolio interpretativo, come il Parere 2/13³⁴, da ultimo, ci ricorda.

3. *Il peso dell'identità nazionale nell'ordinanza della Corte costituzionale*

Come ricordato, l'importante peso giocato dal concetto di identità nazionale nell'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale rappresenta una delle importanti differenze esistenti fra la strategia seguita dalla Consulta e quella intrapresa dai giudici spagnoli nell'*auto* che diede origine alla sentenza *Melloni*³⁵.

Personalmente credo che una composizione del conflitto sia possibile anche se difficile, e bene ha fatto la nostra Corte a ricordare all'interlocutore il par. 53 della sentenza *Taricco*, in cui la CGUE affermava che «se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposi-

³⁴ Corte di giustizia, Parere 2/13, www.curia.europa.eu.

³⁵ Tribunal constitucional, auto n. 86/2011, www.tribunalconstitucional.es. Si veda anche la decisione finale del Tribunal constitucional, sentencia n. 26/2014, www.tribunalconstitucional.es in risposta alla decisione della Corte di giustizia, C-399/11, *Melloni*, www.curia.europa.eu.

zioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati»³⁶.

Non valuto troppo negativamente nemmeno i toni usati dalla Consulta, perché utilizzati già da altre Corti costituzionali nell'interpretazione di un gioco di ruoli a cui la CGUE sembra essere abituata, tanto da rispondere spesso in maniera anche troppo netta e poco incline agli scambi argomentativi³⁷. Sarebbe auspicabile che ciò non si verifichi anche questa volta e che, anzi, la Corte di giustizia cogliesse le ragioni di un malessere che sembra essere diffuso, accetti le corti nazionali come validi interlocutori³⁸ e si confronti con gli argomenti sollevati, a prescindere dalla soluzione finale adottata.

Del resto, già la Corte costituzionale tedesca nell'ordinanza che aveva dato origine a *Gauweiler* sembrava avere assunto una posizione intransigente⁹, salvo poi accettare, non senza lanciare l'ennesimo avviso ai colleghi lussemburghesi, quanto stabilito nella pronuncia delle CGUE⁴⁰.

Proprio in *Gauweiler*⁴¹, in realtà, la Corte di giustizia non ha dato troppo spazio al concetto di identità nazionale, dimostrandosi a disagio con l'art. 4 TUE e in genere con tutte quelle che rinviano al diritto nazionale di cui ultimante il diritto dei Trattati (o delle fonti equivalenti, si pensi alla Carta di Nizza) si è arricchito. Si tratta di uno degli esiti paradossali del processo di costituzionalizzazione europeo, processo intrapreso anche grazie alla veemente reazione dei giudici nazionali alla tesi del primato assoluto espressa in *Internationale Handelsgesellschaft*.

Tale convergenza e le conseguenze sistemiche di atti che sembrano a prima vista di «rottura», quasi forme di «disobbedienza civile»⁴², confermano il ruolo «positivo» e «sistemico» che talvolta i conflitti costituzionali possono avere.

Come scritto, si sta analizzando un processo tutt'altro che concluso e lineare. Tale convergenza ha avuto degli esiti paradossali nella misura in cui tale l'interiorizzazione ha prodotto ulteriori forme di concorrenza interpretativa fra Corte di giustizia e Corti costituzionali, funzionali all'ac-

³⁶ Corte di giustizia, C-105/14, *Taricco*, www.curia.europa.eu.

³⁷ Si vedano le considerazioni di R. ALONSO GARCÍA, *Guardar las formas en Luxemburgo*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 2012, 1 ss.

³⁸ D. SARMIENTO, *An Instruction Manual to Stop a Judicial Rebellion (before it is too late, of course)*, 2017, <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/>.

³⁹ 2 BvR 2728/13.

⁴⁰ 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13.

⁴¹ Corte di giustizia, C-62/14, *Gauweiler*, in www.curia.europa.eu.

⁴² J. BAQUERO CRUZ, *Legal Pluralism and Institutional Disobedience in the European Union*, in M. AVBELJ, J. KOMÁREK (a cura di), *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*, Oxford, 2012, 249.

quisizione del monopolio interpretativo sui materiali normativi ora condivisi dai diversi livelli (o poli) costituzionali.

Ciò ha prodotto un'evoluzione importante, passando dai conflitti iniziali, che erano soprattutto di «divergenza», a conflitti che altrove si è cercato di chiamare di «convergenza»⁴³, in cui il terreno di disaccordo è rappresentato dalle diverse interpretazioni date a principi apparentemente condivisi, secondo dinamiche che ci ricordano il concetto di «consenso conflittuale» descritto da Mouffe⁴⁴.

Non è un caso, allora, che, accanto ai passaggi dedicati al 4.2, TUE la nostra Corte abbia anche fatto riferimento al principio di legalità penale inteso come tradizione costituzionale comune, usando insieme due strategie argomentative che il vecchio art. 6 TUE codificava nella stessa disposizione e che, con Lisbona, erano state apparentemente scisse.

⁴³ G. MARTINICO, *The «Polemical» Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law*, in *German Law Journal*, 2015, 1343 ss.

⁴⁴ «It needs what I call a 'conflictual consensus'. We need to accept a common symbolic framework, but within this symbolic framework, of course, there is room for disagreement. Let me give you an example of what I mean by that. The common symbolic framework of modern pluralist democracy is the expression of 'liberty and equality for all'. Those are its 'ethico-political principles'. Citizens in a pluralist democracy need to agree that those are the principles that are going to inform their coexistence. But, of course, those shared principles can be interpreted in many different ways. After all, what is liberty? What is equality? And who belongs to this 'all'? There are many different interpretations of this last term alone, and we should accept the legitimacy of those different interpretations», C. MOUFFE, *Which Public Space for Critical Artistic Practices?*, <http://www.delpesco.com/ChantalMouffe.pdf>.

ADRIANO MARTUFI

LA MINACCIA DEI CONTROLIMITI
E LA PROMESSA DEL DIALOGO:
NOTE ALL'ORDINANZA N. 24 DEL 2017
DELLA CORTE COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Introduzione: il caso *Taricco* davanti alla Corte costituzionale. – 2. Rinvio pregiudiziale e mancato ricorso ai controlimiti: dialogo o diktat? – 3. Identità costituzionale e primato delle norme europee: l'interpretazione dell'art. 4 par. 2 TUE e le sue ricadute per la materia penale. – 4. La legalità penale nei rapporti tra Costituzione e diritto UE: il ruolo dell'art. 53 della Carta dei diritti UE. – 4.1. L'illegittimità della “regola Taricco” e il principio di determinatezza: dalla disposizione alla norma. – 4.2 Il ruolo della prescrizione e l'ambito applicativo del diritto dell'Unione. – 5. Legalità penale e Carta dei diritti UE: la dimensione europea del principio di determinatezza. – 6. Conclusioni: le soluzioni proposte e i nodi irrisolti.

1. *Introduzione: il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*

Mettendo fine a una lunga attesa la Corte costituzionale si è finalmente pronunciata, con l'ordinanza n. 24 del 2017¹, sulla controversa e

¹ Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24 in *www.giurcost.com*. Tra i molti contributi già comparsi a commento dell'ordinanza cfr. A. BERNARDI, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, in *Quad. cost.*, 2017, 109 ss.; M. CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?* in *Dir. pen. cont.*, 24 febbraio 2017; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2017; L. DANIELE, *La sentenza Taricco torna davanti alla Corte di giustizia UE: come decideranno i giudici europei?*, in *Eurojus*, 10 aprile 2017; P. FARAGUNA, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: “Gauweiler in the Roman Campagna”*, in *Verblog*, 31 gennaio 2017; R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei ‘controlimiti’ e scontro tra paradigmi*, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2017; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2016; F. PALAZZO, *La consulta risponde alla Taricco: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto* in *Dir. pen. proc.*, 2017, 285 ss.; I. PELLIZZONE, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: principio di determinatezza, separazione dei poteri e ruolo del giudice penale*, in *Quad. cost.*, 2017, 112 ss.; O. POLLICINO, M. BASINI, *The Taricco decision: a last attempt to avoid a clash between EU law and the Italian Constitution*, in *Verblog*, 28 gennaio 2017; G. RICCARDI, *Patti chiari e amicizia lunga. La Corte co-*

divisiva “vicenda Taricco”. A questa saga, inaugurata con l’ormai celeberrima sentenza della Corte di giustizia resa in data 8 settembre 2015 (causa C-105/14, Taricco e altri), i giudici costituzionali italiani aggiungono oggi un nuovo capitolo.

Come noto la Consulta era chiamata a pronunciarsi in merito alle questioni di legittimità dell’art. 2 della legge di ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona, nella parte in cui dà ingresso all’art. 325 TFUE, così come interpretato dai giudici europei nella sentenza diano richiamata. Evitando di ingaggiare uno scontro diretto con i loro omologhi di Lussemburgo i giudici costituzionali decidono, in modo opportuno e coraggioso, di percorrere la strada del rinvio pregiudiziale.

Va detto da subito, però, che il provvedimento che qui si annota appare tutt’altro che rinunciatario sul piano della difesa dell’identità costituzionale in materia penale: esso si contraddistingue anzi per alcune nettissime (e per certi aspetti inedite) prese di posizione relative alla portata e al contenuto di garanzia del principio di legalità penale, da sempre uno dei più significativi punti di attrito nei rapporti tra diritto criminale e fonti sovranazionali (anche, ma non solo, di diritto dell’Unione europea)².

Troppo noti gli antecedenti di questo intervento della Consulta perché se ne possa esaustivamente dare conto in questa sede: è sufficiente rammentare come la già richiamata pronuncia della Corte di giustizia avesse nitidamente enunciato l’obbligo di disapplicare il regime del termine massimo di durata della prescrizione di cui agli artt. 160 e 161 c.p. per violazione del diritto europeo primario. Tale disciplina doveva segnatamente ritenersi in contrasto con l’art. 325 par. 1 TFUE qualora dalla sua applicazione derivasse l’impossibilità «di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea»³.

stizionale tenta il dialogo nel caso Taricco, in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2017; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controllimiti (a margine di Corte cost. 24 del 2017)*, in *Consulta Online*, 1, 2017, 81 ss.; C. SOTIS *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2017; F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2017.

² Sul punto, cfr. O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, 2197 ss. Inoltre, da ultimo, si vedano i contributi raccolti nel volume collettaneo C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, Napoli, 2016.

³ Corte giust., sent. 8 settembre 2015, *Taricco e altri*, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555, punto 47.

Sulla scorta di quanto disposto dall'art. 325 par. 2 TFUE, inoltre, la Corte di Lussemburgo aveva ritenuto contraria al diritto UE la circostanza che la legge italiana delineasse, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari nazionali, termini di prescrizione più lunghi «di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea»⁴.

In dottrina e nel dibattito tra gli operatori del settore non erano mancate critiche (anche veementi) alla pronuncia, in ragione soprattutto degli effetti che essa sembrava suscettibile di produrre sul versante dell'ordinamento interno⁵. A molti era parso, in particolare, che l'obbligo di disapplicare una componente della disciplina prescizionale con effetti pregiudizievoli per il reo, finisse per porsi in contrasto con taluni principi penalistici di rango costituzionale. Non solo: i dubbi alimentati dalla succitata sentenza circa la tenuta di alcuni “capisaldi garantisti” della materia penale avevano condotto più d'uno a denunciare apertamente il rischio che un ricorso incontrollato alla disapplicazione potesse confliggere, financo, con alcuni principi supremi afferenti al nucleo dell'identità costituzionale italiana. Si giungeva in tal modo a suggerire la possibilità di azionare il meccanismo dei “controlimiti” da opporre alla penetrazione del diritto UE nell'ordinamento nazionale.

Di tali perplessità si sono fatte carico le ordinanze di rimessione da cui origina la pronuncia in commento. Sollevando la questione di legittimità costituzionale della legge di ratifica ed esecuzione dei Trattati, i giudici rimettenti (la Corte d'appello di Milano⁶ e la terza sezione della Corte di cassazione⁷) chiedevano in sostanza alla nostra Corte costituzio-

⁴ Corte giust., sent. 8 settembre 2015, cit., punto 48.

⁵ La mole di contributi prodotti a commento della sentenza impedisce di procedere a una esaustiva rassegna della letteratura in argomento. A riprova della centralità e della trasversalità disciplinare delle questioni sollevate dalla sentenza Taricco è sufficiente rinviare a tre opere collettanee che, con varietà accenti, raccolgono oggi alcuni tra i più significativi interventi sul punto: cfr. A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017; C. PAONESSA, L. ZILLETTI (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'UE: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, Pisa, 2016; nonché il numero monografico della rivista dell'Associazione italiana costituzionalisti dal titolo: *Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016.

⁶ Corte app. Milano, sez. II, ord. 18 settembre 2015 in *Dir. pen. cont.*, 21 settembre 2015, con nota di F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti'*.

⁷ Cass., sez. III pen., ord. 30 marzo 2016, n. 28346 per cui si veda G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte eurounitaria tra limiti di attribuzione 'internazionale' e controlimiti 'costituzionali'*, in *Cass. pen.*, 2017, 869 ss.

nale di azionare i “controlimiti” alle limitazioni di sovranità accettate dal nostro Paese con l’adesione all’Unione europea⁸. In particolare, tra i diversi parametri costituzionali indicati negli atti di promovimento (artt. 3, 24, 25 c. 2, 27 c. 3, 101 c. 2 Cost.), i giudici *a quo* deducevano la violazione dei tre fondamentali corollari del principio di legalità; segnatamente, i principi di irretroattività, riserva di legge e determinatezza.

I motivi di contrasto con tali fondamentali principi costituzionali possono essere qui solo sommariamente evocati.

In primo luogo, facendo leva sull’asserita natura sostanziale della prescrizione, i giudici rimettenti evidenziavano come il *dictum* di Lussemburgo, determinando un prolungamento dei termini massimi di prescrizione anche in relazione a fatti commessi anteriormente alla sentenza *Taricco*, finisse per produrre effetti retroattivi operanti a sfavore del reo⁹.

In secondo luogo, il fatto di riconoscere alle sentenze del supremo organo giurisdizionale dell’UE effetti pregiudizievoli per l’imputato, avrebbe comportato non solo una surrettizia attribuzione di competenze penali dirette all’Unione ma anche “la mutazione genetica della riserva di legge nella differente riserva di diritto; con il conseguente dissolvimento delle garanzie legate, storicamente e istituzionalmente, al monopolio legislativo del diritto penale”¹⁰.

In terzo e ultimo luogo, si faceva notare come la normativa risultante dall’intervento della Corte UE non fosse adeguatamente determinata, non essendo chiaro né quando le frodi dovessero ritenersi gravi, né quando potesse dirsi soddisfatto il requisito del “numero considerevole di casi di impunità”, con la conseguenza di rendere oltremodo vaghi i presupposti dell’obbligo di disapplicazione¹¹.

⁸ In merito alla categoria dei “controlimiti” (alle limitazioni di sovranità concesse in favore del diritto internazionale ed eurounitario) si rinvia, anche per ulteriori approfondimenti bibliografici, a A. BERNARDI, *I controlimiti al diritto dell’Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in ID. (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., VII ss.

⁹ E ciò anche indipendentemente dal fatto che, secondo attenta dottrina, proprio la pronuncia della Corte di giustizia in causa *Taricco* (o più correttamente le conclusioni rese in questa causa dall’avvocato generale Kokott) avrebbero permesso di distinguere, ai fini della rilevanza della questione di legittimità costituzionale, a seconda che alla data dell’8 settembre 2015 il termine di prescrizione fosse o meno scaduto; cfr. F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell’UE: la Corte d’appello di Milano sollecita la corte costituzionale ad azionare i ‘controlimiti’*, *Dir. pen. cont.*, 21 settembre 2015, par. 5.

¹⁰ G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte eurounitaria tra limiti di attribuzione ‘internazionale’ e controlimiti ‘costituzionali’*, cit., 882.

¹¹ Sino ad attribuirgli il compito di svolgere valutazioni politico criminali direttamente afferenti all’an della punibilità. Cfr. in questo senso e per tutti V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione del sistema”: le ragioni dei controlimiti*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., 203 ss.

L'ordinanza che qui si annota sceglie di incentrare il proprio scrutinio sul corollario della determinatezza, richiamando solo indirettamente il divieto di irretroattività della legge penale¹². La Consulta omette invece di raccogliere le sollecitazioni dei giudici rimettenti in merito alla possibile violazione della riserva di legge e di tutti gli altri parametri costituzionali indicati negli atti di promovimento.

Così ricostruito il parametro costituzionale alla base del giudizio, la Corte costituzionale giunge a ritenere contraria all'art. 25 c. 2 Cost. la regola elaborata dalla Corte di giustizia in *Taricco*. Non solo: la Consulta sembra ricondurre nella sua intenzza il principio di legalità penale al novero dei principi supremi, la cui violazione attiva il ricorso ai "controlimiti". Da tale conclusione non discende però (come sarebbe stato lecito attendersi) una dichiarazione di illegittimità costituzionale. Come si è detto, la Corte costituzionale opta – in modo forse inaspettato – per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, dimostrando almeno formale deferenza nei confronti della Corte di giustizia.

Senonché i quesiti rivolti alla Corte di Lussemburgo risultano formulati in maniera anomala: essi muovono infatti dal presupposto di una sostanziale incompatibilità della sentenza *Taricco* con la legalità penale domestica e mirano scopertamente a ottenere una riscrittura della prima pronuncia da parte della Corte UE¹³.

Se questo è vero, sembra tuttavia che i giudici costituzionali abbiano voluto evitare un approccio oltremodo polemico¹⁴, lasciando intravedere agli omologhi europei la possibilità di un "compromesso". In particolare, come meglio diremo, la Corte costituzionale sembra lasciare aperto più di uno spiraglio a un'interpretazione del diritto UE che, pur senza rimettere in discussione il primato delle norme europee, consenta di ricali-

¹² Cfr. ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., punto 2: "non vi è inoltre dubbio che il principio di legalità in materia penale esprima un principio supremo dell'ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e *non abbiano in nessun caso portata retroattiva*"; e ancora al punto 4 "nell'ordinamento giuridico nazionale il regime legale della prescrizione è soggetto al principio di legalità in materia penale, espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost. [...] è perciò necessario che esso sia analiticamente descritto, al pari del reato e della pena, *da una norma che vige al tempo di commissione del fatto*". corsivi aggiunti.

¹³ La maggioranza dei commentatori appare orientata in questo senso; cfr., con particolare chiarezza su questo punto, P. FARAGUNA, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: "Gauweiler in the Roman Campagna"*, cit.

¹⁴ In merito al carattere "non meramente polemico" ma "funzionale" di taluni "disaccordi interpretativi" tra Corti nazionali e sovranazionali, cfr., per tutti, G. MARTINICO, *Corti costituzionali (e supreme) e disobbedienza funzionale. Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, 303 ss.

brare gli effetti dell'art. 325 TFUE in modo da fare salve alcune fondamentali esigenze di garanzia sottese alla legalità penale "nazionale"¹⁵.

2. *Rinvio pregiudiziale e mancato ricorso ai controlimiti: dialogo o diktat?*

Come anticipato la Corte costituzionale, scegliendo la strada del rinvio pregiudiziale, rifugge la tentazione di utilizzare l'arma dei controlimiti. Occorre evidenziare da subito, tuttavia, che la scelta di rinunciare (almeno per il momento) all'attivazione di tale rimedio estremo non pare sottendere un rigetto delle censure avanzate dai giudici rimettenti. Nel merito, infatti, l'ordinanza esclude chiaramente che una regola di diritto come quella partorita dalla Corte di giustizia rispetti i requisiti della prevedibilità e della sufficiente determinatezza imposti dal principio costituzionale di legalità penale.

La premessa di tale ragionamento è che la disciplina della prescrizione, a differenza di quanto affermato dalla Corte UE in *Taricco*, abbia natura sostanziale e debba quindi essere analiticamente descritta, al pari del reato e della pena, da una norma in vigore al tempo di commissione del fatto. Pertanto se l'interpretazione dell'art. 325 TFUE resa nella causa *Taricco* comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria a tale configurazione del principio di legalità penale la Corte costituzionale avrebbe il dovere di impedirlo anche, se del caso, attraverso il rimedio estremo dei controlimiti¹⁶.

Orbene un simile approdo interpretativo equivale a un'aperta sconfessione delle conclusioni a cui era giunta la Corte UE nella citata sentenza, al punto da fare sembrare il rinvio pregiudiziale un semplice gesto di galateo istituzionale¹⁷. Come è stato autorevolmente evidenziato, infatti, la Corte costituzionale evita di procedere a una dichiarazione secca di incostituzionalità avvalendosi di quello che probabilmente è un mero "espediente argomentativo"¹⁸.

¹⁵ In questo senso, già prima dell'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale, si vedano le considerazioni di C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione della Corte di giustizia?*, in *Forum costituzionale*, 5 ottobre 2016, par. 6.

¹⁶ Cfr. ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., punto 2: "Se l'applicazione dell'art. 325 del TFUE comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale, come ipotizzano i rimettenti, questa Corte avrebbe il dovere di impedirlo".

¹⁷ In questi termini V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, da scacco a Taricco*, cit., 1.

¹⁸ F. PALAZZO *La consulta risponde alla Taricco: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto* cit., 288; ma vedi altresì C. SOTIS *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, cit., 3.

Senza mettere in discussione l'interpretazione data all'art. 325 TFUE dalla sentenza *Taricco*, i giudici costituzionali si chiedono tuttavia se da tale interpretazione discenda necessariamente un obbligo di disapplicazione in capo al giudice nazionale. Nel paragrafo 53 della sentenza *Taricco* la Corte di giustizia aveva in effetti cursoriamente affermato che "se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati". Tanto basta alla Corte costituzionale per formulare una richiesta di interpretazione pregiudiziale il cui reale obiettivo sembra quello di ottenere dalla Corte UE una rilettura costituzionalmente conforme della "regola Taricco"¹⁹.

Si potrebbe allora ritenere che l'unica via d'uscita per la Corte UE sia quella di riconoscere la supremazia dei controlimiti, legittimandone l'operatività in deroga al principio del primato. L'ordinanza in rassegna si caratterizza tuttavia per una motivazione ricca e articolata, che sfocia in tre distinte questioni interpretative. A ciascuna di queste corrispondono tre differenti nuclei argomentativi della motivazione che è qui opportuno analizzare separatamente²⁰.

Un primo argomento, più generale, richiama la Corte UE al rispetto dei principi generali dell'ordinamento costituzionale e preconizza l'attivazione dei controlimiti ove si accerti una loro violazione. Un secondo argomento, più specifico, fa invece perno sull'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali UE e sul maggior contenuto garantistico che il diritto italiano riconosce alla legalità costituzionale rispetto al corrispondente principio di diritto UE di cui all'art. 49 della Carta. Un terzo, e ultimo, argomento mira invece a fare dichiarare l'art. 325 TFUE contrario all'art. 49 della Carta nella parte in cui impone la disapplicazione delle norme interne senza vincolare l'attività del giudice al rispetto di "disposizioni legali sufficientemente determinate".

Va notato che la Corte costituzionale sembra avere impostato le questioni interpretative come mutualmente esclusive, lasciando intendere che l'accoglimento anche di uno solo dei rilievi proposti aprirebbe la strada a una soluzione compatibile con i nostri principi costituzionali. Occorre quindi cercare di dipanare la trama dell'argomentazione della Corte costituzionale, per mettere in evidenza quali siano gli spazi lasciati

¹⁹ L'espressione citata ("regola Taricco") è utilizzata dalla Corte costituzionale per indicare sinteticamente l'obbligo di disapplicazione della disciplina degli atti interruttivi imposto in capo ai giudici nazionali dalla sentenza della Corte UE.

²⁰ Secondo V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, da scacco a Taricco*, cit., 12 "la formulazione dei quesiti riflette 'a specchio' l'intonazione globale dell'iter argomentativo".

aperti dal giudice costituzionale a una possibile soluzione di compromesso²¹.

3. *Identità costituzionale e primato delle norme europee: l'interpretazione dell'art. 4 par. 2 TUE e le sue ricadute per la materia penale*

Nel primo dei tre nuclei argomentativi che compongono il provvedimento in esame, i giudici costituzionali richiamano la Corte UE al rispetto dei principi generali dell'ordinamento costituzionale, ventilando l'attivazione dei controlimiti nel caso di una loro violazione

Nel più ampio dei tre quesiti pregiudiziali la Consulta chiede infatti alla Corte di giustizia se la sentenza *Taricco* debba interpretarsi nel senso di imporre la disapplicazione del regime degli atti interruttivi anche laddove “tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro”.

Alla luce di un quesito così formulato si potrebbe pensare che l'unica via d'uscita per la Corte UE sia quella di riconoscere un'automatica prevalenza dei controlimiti sul diritto UE, accettando che gli Stati membri possano “disapplicare” il diritto dell'Unione in ipotesi di contrasto con i principi fondamentali del proprio ordinamento costituzionale²². La Corte costituzionale sembra, in effetti, paventare un'eventuale declaratoria di incostituzionalità nel caso in cui i giudici europei dovessero confermare i contenuti della loro prima pronuncia, conferendo in tal modo un'intonazione del tutto irrituale – secondo alcuni persino “retorica”²³ – alla richiesta di interpretazione.

Ai fini di una piena comprensione di questo passaggio dell'ordinanza assume particolare importanza la lettura che la Corte costituzionale dà al concetto di identità costituzionale, di cui all'art. 4 par. 2 TUE. Questa disposizione, come noto, prevede che l'Unione rispetti l'identità

²¹ Nello stesso senso, cfr. C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, cit., par. 4; D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, cit., par. 2.

²² In questo senso, con varietà d'accenti, cfr. A. BERNARDI, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, cit., 112; M. CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, cit., 19; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti*, cit., 92; F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., 2.

²³ R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controlimiti' e scontro tra paradigmi*, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2017, 19.

nazionale degli Stati membri quale risulta dalla loro “struttura fondamentale, politica e costituzionale”²⁴.

Orbene a giudizio di autorevole dottrina²⁵, per effetto di siffatta previsione, il primato del diritto UE incontrerebbe oggi un limite intrinseco laddove siano messi a rischio i principi supremi dell’ordinamento degli Stati membri. Secondo questa impostazione la clausola di salvaguardia avrebbe cioè la funzione di integrare nel diritto UE la giurisprudenza costituzionale degli Stati membri relativa ai controlimiti, determinando un’automatica prevalenza dei principi costituzionali supremi (*rectius*, dell’identità costituzionale dello Stato membro) sul diritto dell’Unione nel caso di un conflitto tra questi²⁶.

È opportuno sottolineare che, ove si acceda a una simile interpretazione, si verrebbe a determinare una deroga al primato del diritto dell’Unione per tutti quei principi o istituti che la giurisprudenza costituzionale domestica decidesse di ricondurre, anche indirettamente, al novero dei principi supremi dell’ordinamento. Il riconoscimento dei controlimiti su scala europea (per effetto della clausola in discorso) vincolerebbe inoltre non solo la Corte di giustizia ma anche il legislatore dell’Unione, con la conseguenza che in taluni settori dell’ordinamento interno verrebbe a consolidarsi una vera e propria riserva di competenze statali²⁷. Infine, identificando i controlimiti con un ampio concetto di “identità costituzionale”, la clausola dell’art. 4 par. 2 TUE avrebbe fatto sì che questa categoria non si riferisca più ai soli “principi e diritti fondamentali sanciti nelle Carte costituzionali nazionali”, ma sia oggi da connettere “ad una formula più ampia e generale dell’identità costituzionale nazionale”²⁸.

²⁴ Cfr. art. 4 par. 2 TUE: “L’Unione rispetta l’uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell’integrità territoriale, di mantenimento dell’ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro”.

²⁵ A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Supremacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Comm. mark. law. rev.*, 48, 2011, 1417 ss.; M. CARTABIA, *Art. 4, par. 2*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, Milano, 2014, 23 ss.

²⁶ Su questo punto si sofferma anche l’ordinanza di rimessione Cass., sez. III pen., ord. 30 marzo 2016, n. 28346, par. 4.10.

²⁷ Si veda sul punto C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale: segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 2015, 202, ove si richiama, in nota, il pensiero di B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e “controlimiti europeizzati”*, in *Quad. cost.*, 2012, 152 ss.

²⁸ S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté comunitaria*, in *Quad. cost.*, 2012, 538 il quale invero trae queste considerazioni da una lettura del celebre *Lissabon Urteil* del Tribunale costituzionale tedesco.

A quanto consta, però, l'interpretazione che lega l'art. 4 par. 2 TUE alla teoria dei controlimiti (ancorché autorevolmente sostenuta) non ha finora trovato riscontro nella giurisprudenza della Corte di giustizia²⁹ e risulta per giunta alquanto controversa in dottrina³⁰.

Ci sembra quindi meritevole di nota il fatto che, nell'ordinanza in commento, il richiamo all'art. 4 par. 2 TUE sia fatto valere dalla Corte costituzionale per sviluppare la diversa tesi secondo cui i rapporti tra Unione e Stati membri sono definiti in forza del principio di leale cooperazione, dal quale discende un dovere di reciproco rispetto e assistenza. Da tale principio, in particolare, deriva "l'obbligo per le istituzioni dell'Unione di fare salvo un tasso di diversità minimo, necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro"³¹. Secondo l'interpretazione proposta dalla Corte costituzionale, quindi, il primato del diritto UE dovrebbe cedere il passo non già in forza di un'astratta prevalenza dell'identità costituzionale sulle norme europee, ma in ragione di un limite intrinseco allo stesso ordinamento dell'Unione, consistente nel rispetto delle tradizioni costituzionali, nazionali ed europee, su cui tale ordinamento si regge³².

L'importanza di questo passaggio dell'ordinanza è stata già evidenziata dalla dottrina più attenta, la quale non ha mancato di illustrarne le significative ricadute sul piano dei rapporti tra ordinamento nazionale e diritto dell'Unione³³. In particolare, pur con qualche distinguo³⁴, si è sottolineato come l'inciso in questione costituisca una delle principali spie dell'apertura al dialogo della Corte costituzionale: quest'ultima, infatti, anziché contrapporre l'identità costituzionale al primato delle norme europee, ricerca un difficile equilibrio tra "l'autonomia del diritto dell'UE

²⁹ G. DI FEDERICO, *Identifying National Identities in the Case Law of the Court of Justice of the European Union*, in *Dir. Un. eur.*, 2014, 769 ss.; B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e "controlimiti europeizzati"*, cit., 154.

³⁰ Per un'ampia panoramica delle posizioni dottrinali sul punto si veda, per tutti, M. STARITA, *L'identità costituzionale degli Stati membri dell'Unione europea nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. quest. pubb.*, 2015, 250 ss.

³¹ Cfr. ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., punto 6.

³² M. BASSINI, O. POLLICINO, *The Taricco decision: a last attempt to avoid a clash between EU law and the Italian Constitution*, cit., ult. par.

³³ F. PALAZZO, *La consulta risponde alla Taricco: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, cit., 289; ma vedi altresì R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controlimiti' e scontro tra paradigmi*, in *Dir. pen. cont.* 23 marzo 2017, 7; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, da scacco a Taricco*, cit., 4; C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, cit., 3 ss.

³⁴ A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, cit., par. 1.

e il suo ancoraggio ultimo al medesimo quadro di valori e di ideali delle costituzioni nazionali”³⁵.

Resta da vedere se la Corte di giustizia potrà fare propri questi argomenti e avallare l’interpretazione dell’art. 4 par. 2 TUE avanzata dalla Consulta, posto che ciò significherebbe comunque derogare al primato del diritto UE in forza di una specifica interpretazione data a un principio di diritto nazionale³⁶. Vero è che a conclusioni non dissimili la Corte UE è pervenuta nella ben nota vicenda Omega³⁷ (non a caso richiamata dalla Corte costituzionale) ove il concetto di dignità umana, nell’accezione datagli dalla Costituzione tedesca, era stato ritenuto prevalente sulla libertà di circolazione di merci e servizi proclamata dai Trattati³⁸.

Senonché trattandosi di pronuncia alquanto isolata nell’ambito della giurisprudenza di Lussemburgo³⁹, si può forse dubitare dell’efficacia persuasiva del richiamo ai principi in essa enunciati. Ed è forse proprio la debolezza di tale riferimento ad aver spinto la nostra Corte costituzionale ad elaborare degli ulteriori argomenti per ottenere dalla Corte UE una riscrittura della pronuncia *Taricco*.

4. *La legalità penale nei rapporti tra Costituzione e diritto UE: il ruolo dell’art. 53 della Carta dei diritti UE*

Come si è visto un secondo nucleo argomentativo della sentenza fa perno sull’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali, il quale impone di far salvo il più elevato livello di protezione eventualmente sancito dalle costituzioni nazionali rispetto ai corrispondenti diritti e principi tutelati dalla Carta stessa. A differenza dell’art. 4 par. 2, quindi, tale disposizione sancisce la prevalenza dei principi costituzionali sul diritto dell’Unione,

³⁵ G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy*, cit., par. 3.

³⁶ Ne dubitano C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, cit., par. 4; L. DANIELE, *La sentenza Taricco torna davanti alla Corte di giustizia UE: come decideranno i giudici europei?*, cit., par. 7.

³⁷ Corte di giustizia, 14 ottobre 2004 C-36/02, *Omega Spielballen und Automatenaufstellungs GmbH contro Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn in Comm. mark. law. rev.*, 42, 2005, 1107 ss. con nota di T. ACKERMANN.

³⁸ Come noto tale pronuncia ha sancito l’innovativo criterio secondo cui, anche laddove un determinato principio di diritto nazionale non sia a tal punto condiviso da assurgere al rango di principio UE, sarà comunque “il diritto eurounitario, anche se leso in una sua libertà fondamentale, a cedere il passo”, e ciò allorché risulti “che quel determinato principio sia fondamentale nella prospettiva domestica”, cfr. C. SOTIS *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, cit., 3. Su questa pronuncia, cfr. altresì L. BESSELINK, *National and constitutional identity before and after Lisbon*, in *Utr. law rev.*, 42, 2010, 45.

³⁹ Cfr., nello stesso senso, G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy*, cit., par. 4.

non già in forza della loro appartenenza al nucleo indistinto dell'identità nazionale, ma in virtù del più elevato livello di protezione da essi garantito⁴⁰.

A tale nucleo argomentativo fa riferimento il secondo dei quesiti pregiudiziali, ove si chiede alla Corte UE di chiarire se l'art. 325 TFUE possa interpretarsi nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione anche laddove tale istituto sia "parte del diritto penale sostanziale e soggetto al principio di legalità". Il più elevato di livello di protezione che la Consulta chiede di salvaguardare risiede dunque nelle maggiori garanzie assicurate al reo dal fatto di attribuire natura sostanziale all'istituto della prescrizione.

Prima di affrontare questo fondamentale profilo della motivazione, è tuttavia opportuno soffermarsi nuovamente sulle ragioni che hanno indotto la Consulta a ritenere la "regola Taricco" contraria al principio di legalità penale. In particolare è necessario chiarire quale sia la portata riconosciuta a questo principio costituzionale dall'ordinanza in esame ed in quale misura la natura sostanziale della prescrizione conferisca al reo maggiori garanzie rispetto a quelle che gli sono riconosciute dal principio di legalità eurounitario.

4.1. *L'illegittimità della "regola Taricco" e il principio di determinatezza: dalla disposizione alla norma*

La Corte costituzionale sceglie, come già anticipato, di incentrare il proprio scrutinio sul solo principio di determinatezza. Si tratta di una opzione che merita di essere evidenziata: la Consulta mette infatti "in vetrina" un corollario della legalità domestica riconducibile al suo versante c.d. storico-universale, cioè quella componente del principio tendenzialmente avulsa da condizionamenti di matrice-storico politica⁴¹. La Corte

⁴⁰ Cfr., sul punto M. STARITA, *L'identità costituzionale degli Stati membri dell'Unione europea nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit., 260, che riferisce di un utilizzo della clausola prevalentemente improntato alla giustificazione delle restrizioni alle libertà di movimento e alla tutela del diritto degli Stati membri di scegliere forme e mezzi nell'attuazione del diritto dell'Unione.

⁴¹ Sul punto cfr., per tutti, F. PALAZZO, *Introduzione ai principi di diritto penale*, Torino, 1999, 205 ss.; ID., *Corso di diritto penale*, Torino, 2011, 96 ss. Cfr., inoltre, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, 8 ss.; A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, 42 ss. il quale peraltro sottolinea come un esame approfondito dei "profili assunti dal principio di legalità nei sistemi giuridici europei consente di cogliere", anche in relazione ai corollari suddetti, "evidenti divergenze, a dimostrazione del fatto che le differenti culture giuridiche nazionali riescono in qualche misura a permeare di sé persino quei corollari dei principi costituzionali meno inclini ad elaborazioni di tipo localistico-statuale".

costituzionale sceglie quindi di utilizzare un linguaggio “familiare” ai giudici europei, insistendo su quei profili della legalità “comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri”, oltre che alla stessa giurisprudenza delle Corti europee⁴².

Su queste basi la Corte costituzionale offre una ricostruzione tutto sommato originale del principio di determinatezza, “rischiando di nuova luce” taluni profili di esso sin qui poco valorizzati nella giurisprudenza costituzionale⁴³. Per un verso, infatti, si ammette che dal principio costituzionale di legalità discenda un vero e proprio diritto alla *prevedibilità* dell’esito giudiziario, da sempre “componente essenziale del principio di legalità convenzionale della giurisprudenza di Strasburgo”⁴⁴. Per altro verso, si sceglie di ribadire il requisito della *precisione* delle norme penali, sottolineando il nesso che nel nostro ordinamento intercorre tra la legalità penale e la “separazione dei poteri”, con la conseguente necessità di assoggettare l’attività del giudice a disposizioni legali sufficientemente determinate⁴⁵.

La doppia articolazione del principio di determinatezza messa in luce dall’ordinanza rispecchia, del resto, la duplice valenza garantista di questo corollario della legalità penale⁴⁶, il quale – come ricorda la stessa Consulta – impone che le norme penali siano “formulate in termini chiari, precisi e

⁴² Come noto, infatti, la Corte EDU ha da tempo compendiato le garanzie del reo espresse dal principio di legalità nei requisiti dell’accessibilità e della prevedibilità della norma penale, cioè in due dei suddetti profili storico-universali del *nullum crimen* O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, 174-175.

⁴³ A. MASSARO, *La risposta della Corte costituzionale alla (prima) sentenza Taricco: tra sillogismi incompiuti e quesiti retorici*, in *Giurisp. pen.*, 7 marzo 2017, 19.

⁴⁴ F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità ‘costituzionale’ vs. legalità convenzionale?*, in S. TORDINI CAGLI (a cura di), *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità*, in corso di pubblicazione, e in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2017, 22; V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento italiano*, Milano, 2011, p. 81 ss.; A. BERNARDI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege, between european law and national law*, in M. C. BASSIUNI (a cura di), *European cooperation in criminal matters: issues and perspectives*, Padova, 2008.

⁴⁵ Sulla determinatezza-tassatività come principio “diretto a fronteggiare gli arbitri del potere giudiziario”, cfr. per tutti F. BRICOLA, *Art. 25, II e III comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili, artt. 24-26*, Bologna-Roma, 1981, 256; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 163.

⁴⁶ Cfr., sul punto, F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula juris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 55; nello stesso senso S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel diritto penale italiano*, Napoli, 2001, 17. Ma vedi altresì Corte cost. sent. 1 agosto 2008, n. 327, punto 4 del considerato in diritto.

stringenti”, da un lato, per “consentire alle persone di comprendere quali possono essere le conseguenze della propria condotta sul piano penale”, dall’altro, per “impedire l’arbitrio applicativo del giudice”⁴⁷.

Muovendo da tali premesse l’ordinanza procede a verificare se la regola tratta dalla sentenza *Taricco* soddisfi il requisito della determinatezza. Tale verifica deve svolgersi su due piani: in primo luogo, si tratta di chiarire se la persona potesse ragionevolmente prevedere che dall’art. 325 TFUE sarebbe disceso l’obbligo di non applicare il regime degli atti interruttivi; in secondo luogo, va stabilito se la regola risultante dall’intervento della Corte UE risulti sufficientemente determinata e sia perciò idonea a circoscrivere la discrezionalità del giudice penale⁴⁸.

La Corte costituzionale risponde negativamente a entrambe le questioni: per un verso infatti non era possibile ragionevolmente prevedere che da una norma dei Trattati come l’art. 325 TFUE potesse derivare un allungamento dei termini di prescrizione per le frodi lesive degli interessi finanziari dell’Unione; per altro verso, si osserva come la regola varata dalla Corte di Lussemburgo non fosse sufficientemente determinata, risultando oltremodo vago il requisito del “numero considerevole dei casi” a cui è subordinato l’obbligo di disapplicazione della disciplina interruttiva.

Orbene mediante il riferimento alla prevedibilità della norma penale, la Corte costituzionale mira a dare risposta all’annosa questione degli effetti retroattivi della disapplicazione imposta dalla Corte UE in *Taricco*. La Consulta statuisce con chiarezza che l’omessa applicazione di una parte della disciplina prescrizionale per contrasto con il diritto UE non può essere fatta retroagire ai fatti commessi anteriormente alla sentenza *Taricco*. In caso contrario, infatti, risulterebbe violata la garanzia soggettiva che la stessa giurisprudenza costituzionale fa discendere dal principio di determinatezza, consistente nell’assicurare al destinatario della norma penale la “conoscenza preventiva delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta”⁴⁹.

La Consulta riconduce quindi al succitato diritto alla prevedibilità anche l’istituto della prescrizione, sul presupposto (non meglio esplicitato) che il regime della punibilità sia parte integrante di quelle “conse-

⁴⁷ Cfr. ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., punto 5.

⁴⁸ Sotto questo profilo, la regola presa in esame è soltanto quella derivante dal contrasto e gli artt. 160 e 161 c.p. e l’art. 325 c. 1 TFUE, che impone la disapplicazione in presenza di impunità riguardanti un “numero considerevole dei casi” di frodi “gravi” all’IVA. In merito alla maggior determinatezza della prima regola, quella derivante dall’art. 325 c. 2 TFUE (espressivo dell’obbligo di assimilazione), cfr. E. LUPO, *La primauté del diritto dell’UE e l’ordinamento penale nazionale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, 217 ss.

⁴⁹ Corte cost. sent. 1 agosto 2008, n. 327, punto 4 del considerato in diritto.

guenze giuridico-penali della condotta” che il reo deve potere preventivamente conoscere. L’ordinanza sembra quindi innovativamente ricomprendere nella tutela offerta dal principio di determinatezza non solo il diritto a conoscere in anticipo la rilevanza penale della condotta (e le sue eventuali conseguenze sanzionatorie) ma anche una più generale aspettativa in merito all’estensione temporale della pretesa punitiva⁵⁰.

Vero è che l’irretroattività delle modifiche peggiorative al regime della prescrizione poteva già ritenersi implicitamente tutelata in forza dell’art. 25 c. 2 Cost., avendo la Corte costituzionale a più riprese affermato la natura sostanziale del regime della prescrizione⁵¹. Tuttavia nell’ordinanza in commento la Consulta si spinge a tematizzare un vero e proprio diritto soggettivo a conoscere in anticipo il momento in cui interverrà l’estinzione del reato per prescrizione.

Si tratta un’innovazione dirompente che avrebbe forse meritato un maggiore sforzo argomentativo. I precedenti richiamati dalla Consulta, del resto, non paiono del tutto conferenti giacché nella giurisprudenza costituzionale si rinvencono solo riferimenti alla previa conoscibilità del precetto e della pena⁵². La determinatezza della norma penale viene infatti generalmente intesa dalla Corte come un presidio alla libertà di autodeterminazione individuale e ricondotta alla capacità della legge penale di svolgere una funzione di orientamento comportamentale⁵³.

La Corte costituzionale avrebbe quindi dovuto spiegare perché il principio di autodeterminazione garantisca anche il diritto individuale a sapere quando si esaurirà la pretesa punitiva. Pare trattarsi infatti di un’aspettativa assai diversa da quella su cui si fonda il diritto di distinguere,

⁵⁰ Sul punto si leggano ora le articolate considerazioni critiche di F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., 6; nonché già ID., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., 258 ss.

⁵¹ Nella sentenza n. 393 del 2006 si era affermato che il principio di retroattività favorevole (art. 2 cc. 2-4 c.p.) dovesse applicarsi a tutte “le norme [...] che incidono sulla prescrizione del reato”. Da tale inciso parte della dottrina ha ricavato elementi per sostenere, *a fortiori*, l’applicabilità del principio di irretroattività della legge penale all’intera disciplina della prescrizione (ivi compresi dunque gli istituti dell’interruzione e della sospensione); cfr. 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 A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., 393.

⁵² Corte cost. sent. 1 agosto 2008, n. 327, punto 4 del considerato in diritto; sent. 22 aprile 1992, n. 185 punto 2 del considerato in diritto ove, richiamandosi alle ben note statuizioni espresse nella sentenza 364 del 1988 sull’*ignorantia legis*, si precisa come “la libertà e la sicurezza giuridica dei cittadini sarebbero pregiudicate” ove non siano rispettati “i requisiti minimi di riconoscibilità e di intellegibilità del precetto penale”.

⁵³ Corte cost., sent. 364 del 1988, punto 8 del considerato in diritto: “nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento”.

attraverso l'esatta comprensione del precetto penale, tra cosa sia lecito e cosa sia vietato.

Non meno problematico è poi il riferimento al canone di precisione. La Corte costituzionale ha in effetti buon gioco a ritenere scarsamente determinato il requisito del "numero considerevole di casi", mentre preferisce sospendere il giudizio in merito al criterio della "gravità" delle frodi (forse nella convinzione che tale concetto possa essere più facilmente riempito di contenuto in sede interpretativa). Il primo requisito, invero, era parso da subito insuscettibile di essere precisato in via interpretativa e caratterizzato da una ineliminabile vaghezza⁵⁴, limitandosi in sostanza ad assegnare un obiettivo al giudice nazionale.

Appare tuttavia singolare il modo in cui la Consulta sceglie di strutturare il giudizio relativo alla precisione, incentrandolo non su una disposizione di legge ma su una norma risultante dall'attività interpretativa della Corte di giustizia: cioè la regola desunta dall'art. 325 TFUE. In particolare può stupire il fatto che la Corte pretenda di applicare i requisiti di "chiarezza" e "precisione" (attributi, in genere, riferibili al dato testuale di una disposizione) a quello che è pur sempre un esito interpretativo⁵⁵ (cioè la norma ricavata da una disposizione del Trattato).

Vero è che la giurisprudenza della Corte costituzionale mostra già da tempo di articolare in modo complesso il giudizio sulla determinatezza della legge penale, escludendo l'incostituzionalità delle disposizioni impugnate allorché una certa disposizione, pur essendo formulata in modo poco preciso, sia però "in grado di assumere dei significati normativi a seguito dell'opera interpretativa"⁵⁶: così, ad esempio, qualora l'esistenza di "interpretazioni giurisprudenziali costanti" (il c.d. diritto vivente)⁵⁷ consenta di colmare "l'assenza di precisione del precetto penale"⁵⁸.

⁵⁴ Cfr., tra i primi commenti alla sentenza Taricco, E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale*, cit., 220. D. NEGRI, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di giustizia UE, Taricco*, in C. Paonessa, L. Zilletti (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'UE: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, cit., p. 69 ss.

⁵⁵ In merito alla distinzione tra disposizione e norma nel diritto penale cfr., per tutti, M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in Id., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, 63 ss.

⁵⁶ Cfr. F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola juris*, cit., 65.

⁵⁷ Ciò non significa che la Corte non possa altresì orientare l'interpretazione del giudice remittente in modo conforme a Costituzione, anche colmando il deficit di determinatezza della norma penale impugnata; cfr. sul punto A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, Milano, 1994, 197 ss.

⁵⁸ Corte cost. sent. 1 agosto 2008, n. 327, punto 6 del considerato in diritto. Cfr., per

Anche in quest'ottica, però, si è sempre tenuto separato il giudizio sulla "chiarezza" e la "precisione" del dato testuale dal giudizio relativo alla "prevedibilità" o "conoscibilità" della regola di diritto coniata dall'attività dei giudici. La verifica della precisione del dato testuale è anzi prodromica all'eventuale ricerca di un significato normativo consolidato che sia in grado di colmare uno o più elementi indeterminati della fattispecie. Si pensi alla celebre pronuncia relativa al concetto di "disastro" di cui all'art. 434 c.p., dove si riconosce il carattere polisemico e vago di tale espressione⁵⁹ ma si rileva l'esistenza di un orientamento interpretativo idoneo a far salva l'esigenza di conoscibilità della norma penale⁶⁰.

Quel che pare assai innovativo nell'ordinanza *Taricco*, invece, è il fatto che tanto il controllo sulla precisione quanto quello sulla prevedibilità vengano entrambi riferiti a una "norma", cioè l'interpretazione dell'art. 325 TFUE. Un'interpretazione alla quale si richiede sia di poter essere conosciuta in anticipo, sia di essere elaborata dal giudice UE in modo chiaro e preciso, per esempio evitando (come in questo caso) il ricorso ad elementi quantitativi incapaci di limitare significativamente la discrezionalità del giudice comune.

È allora legittimo chiedersi se, nel ritenere che il requisito della precisione si imponga anche alle norme, i giudici costituzionali non siano giunti implicitamente a equiparare alla "legge scritta" il contenuto normativo delle pronunce della Corte UE. Detto altrimenti: se si richiede a una fonte "giurisprudenziale" il rispetto dei requisiti tipicamente imposti alla fonte legislativa, non si sta implicitamente affermando la loro sostanziale equivalenza?

Una conclusione di questo tipo, va detto per inciso, equivarrebbe a una presa d'atto dell'efficacia normativa ed *erga omnes* generalmente riconosciuta alle sentenze della Corte di giustizia, le quali si configurano a pieno titolo come fonti del diritto anche nella materia penale⁶¹. Sennon-

un ampio ricorso al parametro del "diritto vivente", anche Corte cost., sent. 11 giugno 2014, n. 172, soprattutto punti 4.1. e 4.2. del considerato in diritto.

⁵⁹ Il concetto di "disastro" è "di per sé, scarsamente definito: traducendosi in una espressione sommaria capace di assumere, nel linguaggio comune, una gamma di significati ampiamente diversificati"; cfr. Corte cost. sent. 1 agosto 2008, n. 327, punto 6 del considerato in diritto.

⁶⁰ La vaghezza del concetto di "disastro" non esclude tuttavia che un "indirizzo giurisprudenziale costante possa assurgere ad elemento di conferma della possibilità di identificare, sulla scorta d'un ordinario percorso ermeneutico, la più puntuale valenza di un'espressione normativa in sé ambigua, generica o polisemica"; cfr., ancora, Corte cost. sent. 1 agosto 2008, n. 327, punto 6 del considerato in diritto.

⁶¹ In questo senso, cfr. M. GAMBARDELLA, *Il caso Taricco: obblighi di disapplicazione in malam partem e compatibilità con i principi costituzionali della riserva di legge e di irretroattività* in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi*

ché ove si riconosca a una sentenza della Corte UE la possibilità di modificare *in peius* i presupposti della responsabilità penale occorrerà chiedersi se a tale esito non ostino altri principi costituzionali, e in particolare quello della riserva di legge al quale l'ordinanza in commento dedica solo un rapido accenno⁶².

4.2. *Il ruolo della prescrizione e l'ambito applicativo del diritto dell'Unione*

Quanto detto in merito alla legalità costituzionale e alla garanzie offerte dal principio di determinatezza, permette alla Consulta di sviluppare un ulteriore e decisivo argomento: ad avviso dei giudici costituzionali l'art. 25 c. 2 Cost. garantirebbe infatti una tutela dei diritti fondamentali più estesa di quella offerta dal principio di legalità eurounitario di cui all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali. Da tale maggior grado di tutela discende, ai sensi dell'art. 53 della Carta, la necessità di interpretare il diritto dell'Unione in modo che ciò non contrasti con le più ampie garanzie riconosciute dal principio di legalità nel diritto italiano.

Occorre chiedersi allora sotto quale profilo l'art. 25 c. 2 Cost. offra al reo maggiori garanzie rispetto a quelle che gli sono accordate dal principio di legalità di diritto UE. Al riguardo, la Corte costituzionale si limita a osservare che “la Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità”⁶³.

È quindi l'applicabilità della legalità domestica anche al regime della prescrizione a far sì che questo principio offra “un livello di protezione più elevato di quello concesso agli imputati dall'art. 49 della Carta di Nizza e dall'art. 7 della CEDU”, dovendo per questo venire salvaguardato “ai sensi dell'art. 53 della Carta, letto anche alla luce della relativa spiegazione”⁶⁴.

Può forse stupire che la Consulta non abbia valorizzato il corollario della riserva di legge per invocare l'esistenza di un più esteso grado di tu-

costituzionali, cit., 385, ove si sottolinea come “le sentenze pregiudiziali della Corte di Lussemburgo hanno un valore generale, ‘normativo’ (il principio affermato vale *erga omnes*); nel senso che innovano nella materia dove vanno ad incidere (nel nostro caso, il diritto penale sostanziale). Le possiamo considerare allora vere e proprie fonti del diritto alla stregua di quelle interne. Il principio di diritto contenuto nella sentenza pregiudiziale si impone con effetti *erga omnes*: chiunque deve sottostare alla interpretazione della Corte di giustizia”.

⁶² Cfr. ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., par. 5: “è necessario interrogarsi, sia sul rispetto della *riserva di legge*, sia sul grado di determinatezza assunto dall'ordinamento penale in base all'art. 325 del TFUE, con riguardo al potere del giudice”.

⁶³ Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., punto 8.

⁶⁴ Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., punto 8.

tela dei diritti nell'ordinamento interno. Sotto questo profilo sarebbe bastato sviluppare quanto già affermato nella sentenza n. 230 del 2012⁶⁵ in relazione al principio di legalità di cui al citato art. 7 CEDU, ritenuto in quell'occasione "meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali) ad esso restando estraneo il principio – di centrale rilevanza, per converso, nell'assetto interno – della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25, secondo comma, Cost."

Se una simile rivendicazione di "superiorità assiologica"⁶⁶ non è stata ribadita anche al cospetto della legalità UE, ciò si deve verosimilmente alla volontà di non alzare i toni, posto che la scelta di enfatizzare il contenuto della riserva di legge "avrebbe portato ad uno scontro con la Corte di Giustizia"⁶⁷.

Senonché l'affermazione di un più elevato grado di tutela ai sensi dell'art. 53 della Carta non è di per sé sufficiente a neutralizzare l'obbligo di disapplicazione affermato dalla Corte di giustizia in *Taricco*. In base a un'interpretazione ormai condivisa⁶⁸, infatti, la "clausola di maggior tutela" di cui all'articolo citato, sarebbe applicabile soltanto nella misura in cui le garanzie costituzionali domestiche non interferiscano con il campo di applicazione del diritto UE⁶⁹.

Inoltre a partire dal notissimo caso *Melloni*⁷⁰, si è affermata un'in-

⁶⁵ Corte cost., sent. 12 ottobre 2012, n. 230, secondo cui la minore estensione della legalità CEDU rispetto alla legalità costituzionale "preclude una meccanica trasposizione nell'ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale". Su cui cfr. V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2012, 164 ss.

⁶⁶ L'espressione è di G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale: tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 2017, 34.

⁶⁷ I. PELLIZONE, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: principio di determinatezza, separazione dei poteri e ruolo del giudice penale*, cit., 329.

⁶⁸ Per un'analisi dell'origine storica di tale disposizione, alla luce dei lavori preparatori della Carta, anche in rapporto a disposizioni di tenore analogo contenute in altri strumenti internazionali di tutela dei diritti fondamentali (su tutti, l'art. 53 CEDU) cfr. J.B. LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2001, 1172 ss. Sul punto cfr., da ultimo, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea e processo penale*, in S.M. CARBONE (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht. Verso nuove regole*, Napoli, 2013, 405 ss., spec. 431 ss.

⁶⁹ In questo senso dovrebbe leggersi l'inciso di cui al citato art. 53 secondo il quale la Carta non lede i diritti dell'uomo "riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dalle costituzioni degli Stati membri".

⁷⁰ Corte giust., sent. 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni c. Ministero Fiscal*; tra i primi commenti alla sentenza cfr. A. TORRES PEREZ, *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2014, 10, 308 ss.

interpretazione ulteriormente “restrittiva” della clausola in esame. La Corte UE ha infatti precisato, in quell’occasione, che l’art. 53 consente di applicare gli standard costituzionali di tutela dei diritti fondamentali soltanto a condizione che ciò non comprometta “il primato, l’unità e l’effettività del diritto dell’Unione”⁷¹.

Prendendo atto dell’interpretazione appena ricordata, l’ordinanza in commento chiarisce come le norme in materia di prescrizione si collochino nell’esclusivo ambito di applicazione del diritto nazionale e non costituiscano quindi una minaccia per il primato del diritto UE.

Anzi, per i giudici costituzionali il caso *Taricco* “si distingue nettamente da quello deciso con la sentenza Melloni” poiché, mentre in quella vicenda le garanzie costituzionali domestiche finivano per derogare a un assetto normativo reso uniforme dall’intervento del diritto UE, nel caso *Taricco* la disciplina prescrizione si mantiene estranea al campo di applicazione del diritto eurounitario e non sembra perciò attentare all’unità e all’effettività di quest’ultimo.

Come già sottolineato in dottrina, il passaggio in questione non è esente da una certa contraddittorietà⁷². L’ordinanza infatti, non mette in discussione l’effetto diretto derivante dall’art. 325, né pare apertamente sconfessare quanto affermato in *Taricco* (e già prima nella celebre sentenza *Fransson*⁷³) in merito alla riconducibilità delle frodi all’IVA al campo di applicazione dell’art. 325 TFUE. Si arriverebbe quindi al paradosso di negare la diretta applicabilità a norme a cui la Corte di giustizia (e ora anche la Corte costituzionale) riconoscono però l’effetto diretto.

Se queste critiche paiono in massima parte condivisibili, sembra però che il distinguo della Corte costituzionale si collochi su un altro piano. Le differenze con il caso Melloni, infatti, riguardano l’essenziale profilo concernente la diversa estensione riconosciuta, nei due casi, alle garanzie penalistiche.

In quella vicenda infatti la Corte di giustizia aveva preso atto di un “consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme” in merito alla portata da accordare al diritto di difesa nel contesto dell’esecuzione di un mandato di arresto emesso in contumacia. Come noto, infatti, veniva in rilievo l’applicabilità all’ordinamento spagnolo di una decisione quadro⁷⁴

⁷¹ Corte giust., sent. 26 febbraio 2013, cit., punto 60.

⁷² V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a Taricco*, cit., 10; C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, cit., par. 4.

⁷³ Corte giust., sent. 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*, in ECLI:EU:C:2013:105, punti 26.

⁷⁴ La decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e

che elencava tassativamente le ipotesi in cui l'assenza dell'imputato non poteva costituire motivo di rifiuto all'esecuzione del mandato⁷⁵.

In sostanza, si era venuto a creare un contrasto tra le garanzie costituzionali (che nel caso di specie avrebbero imposto una revisione del giudizio definito all'estero con sentenza contumaciale) e l'accordo raggiunto, in seno al Consiglio, in merito all'estensione da dare a un principio (il diritto all'equo processo) riconosciuto dalla Carta e dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri.

La Corte UE, interpretando le garanzie dalla Carta alla luce del diritto derivato⁷⁶, aveva risolto tale contrasto a sfavore dell'ordinamento spagnolo⁷⁷ al fine di impedire la rottura dell'unità del diritto dell'Unione in una materia basata sulla fiducia reciproca: riconoscere il più elevato livello di tutela offerto dal diritto costituzionale domestico avrebbe infatti portato ad ammettere un nuovo motivo di rifiuto, diverso da quelli previsti dalla decisione quadro, ostacolando così il funzionamento del meccanismo di cooperazione.

Quella del mutuo riconoscimento è del resto una materia delicata e assai specifica, nella quale la Corte di giustizia pare da tempo orientata a garantire a ogni costo le esigenze di effettività della cooperazione giudiziaria, anche a scapito di una maggiore espansione dei diritti fondamentali. Il tutto in nome di un vero e proprio obbligo di fiducia reciproca tra Stati membri, che non autorizzerebbe deroghe al mutuo riconoscimento diverse da quelle tassativamente stabilite dal legislatore dell'Unione⁷⁸.

2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo

⁷⁵ Per una più dettagliata ricostruzione di tali profili nella vicenda Melloni, cfr. C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali? Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2013, 19.

⁷⁶ V. MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice*, in *New Jour. Eur. Crim. Law*, 2015, 470.

⁷⁷ Corte giust., sent. 26 febbraio 2013, C-399/11, cit., punto 62 ove peraltro si ricorda come l'adozione della decisione quadro 2009/299 mirasse a rimediare alle difficoltà incontrate nel mutuo riconoscimento delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo. Difficoltà che avevano indotto gli Stati membri in seno al Consiglio a procedere a un'armonizzazione delle condizioni di esecuzione di un mandato d'arresto europeo in caso di condanna in assenza dell'imputato.

⁷⁸ Questo orientamento si rinviene in numerose pronunce della Corte di giustizia dedicate al settore del mutuo riconoscimento; cfr., per tutti, Corte giust., sent. 30 maggio 2013, C-168/13, *Jeremy F.*, par. 50: "il principio del riconoscimento reciproco su cui si fonda il sistema del mandato d'arresto europeo si basa esso stesso sul principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri circa il fatto che i rispettivi ordinamenti giuridici nazionali sono in grado di fornire una tutela equivalente ed effettiva dei diritti fondamentali, riconosciuti a livello dell'Unione, in particolare nella Carta".

Ora nella vicenda *Taricco* non paiono sussistere né una simile esigenza di fiducia reciproca, né tanto meno un consenso tra gli Stati membri in merito alla portata da riconoscere alle garanzie penalistiche in gioco. Quel che più conta, tuttavia, è che non sembra esservi neppure quell'apprezzabile esigenza alla salvaguardia dell'unità del diritto UE che nel caso Melloni aveva indotto la Corte di giustizia a ritenere soccombente il più elevato livello di tutela garantito dall'ordinamento spagnolo.

A voler prendere sul serio i criteri elaborati in quella sentenza, infatti, sembrerebbe che un più elevato standard di garanzia nazionale non operi allorché il legislatore UE sia intervenuto, con una disciplina di dettaglio, a regolare una materia nella quale un certo grado di armonizzazione delle garanzie penalistiche sia strumentale al perseguimento degli obiettivi imposti dai Trattati: in quel caso si trattava del mutuo riconoscimento, il quale presuppone un livello minimo di ravvicinamento delle garanzie sostanziali e processuali per poter realisticamente operare.

Tale regola non sembrerebbe invece potersi applicare ai casi in cui un'eventuale "geometria variabile" nelle garanzie riconosciute dai diversi Stati membri non entri di per sé in contrasto con quanto previsto da una norma UE. Così è per l'art. 325 TFUE il quale si limita ad assegnare uno scopo (la protezione degli interessi finanziari) il quale, nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia, si limita a richiedere agli Stati di approntare una tutela effettiva, ma non pretende che nel realizzare siffatta tutela le garanzie siano armonizzate da uno Stato all'altro⁷⁹.

5. *Legalità penale e Carta dei diritti UE: la dimensione europea del principio di determinatezza*

Il terzo e ultimo nucleo argomentativo riguarda, come anticipato, la compatibilità della norma ricavata dall'art. 325 TFUE con il principio di legalità enunciato dall'art. 49 della Carta. Sembra opportuno ribadire come, in questo passaggio della motivazione, si delinea un itinerario argomentativo diverso e alternativo rispetto a quelli prospettati nel resto dell'ordinanza. Seguendo il ragionamento qui proposto dalla Consulta, infatti, sarebbe lo stesso art. 49, e non già il principio di legalità domestico, ad imporre dei limiti all'obbligo di disapplicazione.

Come si ricorderà, nella sentenza *Taricco* i giudici europei avevano valutato la legittimità di tale obbligo soltanto alla stregua del principio di irretroattività, anch'esso sancito dal medesimo articolo della Carta. Si era

⁷⁹ Sembrano andare nello stesso senso le considerazioni di L. DANIELE, *La sentenza Taricco torna davanti alla Corte di giustizia UE: come decideranno i giudici europei?*, cit., par. 7.

incidentalmente notato come tale principio non fosse violato allorché la disapplicazione avesse l'effetto di allungare il termine prescrizione solo ai procedimenti già pendenti, lasciandosi intendere che tale modifica non avrebbe avuto effetto per i reati la cui la prescrizione fosse già maturata⁸⁰.

Nell'ordinanza in commento i giudici costituzionali invitano la Corte UE ad ampliare l'oggetto del proprio scrutinio e ad esaminare "l'altro profilo proprio del principio di legalità, ovvero la necessità che la norma relativa al regime di punibilità sia sufficientemente determinata"⁸¹. I giudici di Lussemburgo sono invitati a chiarire, in particolare, se sia compatibile con il succitato art. 49, un'interpretazione dell'art. 325 TFUE che finisca per mettere nelle mani del giudice comune la "creazione" di un nuovo regime prescrizione non previsto dalla legge⁸².

L'obiettivo a cui mira apertamente questo ultimo nucleo dell'argomentazione è quello di ottenere una riscrittura della "regola Taricco", portando la Corte UE a precisare meglio in quali circostanze il giudice nazionale deve procedere alla disapplicazione del regime interruttivo della prescrizione. Nel quesito rivolto alla Corte UE, si richiede infatti se l'art. 325 TFUE debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di disapplicare la disciplina sulla prescrizione "anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata. I giudici costituzionali, quindi, ribadiscono con forza che l'art. 325 TFUE pur indicando "un obbligo di risultato chiaro e incondizionato, secondo quanto precisato dalla Corte di giustizia, omette di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo".

Si chiede in questo modo alla Corte UE di rifiutare il paradigma del "giudice penale di scopo"⁸³, riconoscendo il nesso che lega il principio di

⁸⁰ Corte giust., sent. 8 settembre 2015, cit., punto 55: "con riserva di verifica da parte del giudice nazionale, 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*", corsivo aggiunto. Sul punto cfr. F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., 164 ss.

⁸¹ Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., punto 9.

⁸² Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., punto 9: "l'art. 325 del TFUE [...] omette di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo. In questo modo però si potrebbe permettere al potere giudiziario di disfarsi, in linea potenziale, di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato".

⁸³ Su questo profilo dell'ordinanza cfr. C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte*, cit., 13 ss. Più in generale per una riflessione critica in merito all'ineliminabile contraddizione tra attività giurisdizionale e vincoli di scopo, cfr. L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di giustizia può erigere il giudice a legislatore*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, 45 ss.; D. NEGRI, *Il dito della irre-troattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza*

determinatezza e la soggezione del giudice alla legge negli ordinamenti costituzionali di civil law, i quali “non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano l’idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire”.

Per accogliere i rilievi della Consulta, la Corte di giustizia dovrebbe però ampliare il raggio di tutela del principio di legalità dell’art. 49 della Carta. Se infatti tale articolo sancisce, senza alcun dubbio, un diritto alla prevedibilità dell’esito giudiziario in forza del richiamo (assicurato dall’art. 52 della Carta) all’art. 7 CEDU, sembra più discutibile che in esso trovi riconoscimento il diverso principio secondo cui le disposizioni legali debbono essere sufficientemente determinate al fine di delimitare la discrezionalità del giudice.

In questo senso non potrebbe utilmente richiamarsi il principio di certezza del diritto, dal quale una consolidata giurisprudenza europea fa discendere quale corollario⁸⁴ il principio di legalità penale⁸⁵. Come è stato di recente dimostrato in un studio monografico dedicato al tema⁸⁶, il principio di legalità nella giurisprudenza UE sembra infatti configurarsi ancora ed essenzialmente quale diritto soggettivo⁸⁷. Allo stato attuale, rimane invece estranea al diritto eurounitario la dimensione della legalità

Corte di giustizia UE, Taricco, in C. Paonessa, L. Zilletti (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell’UE: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, cit., p. 69 ss.

⁸⁴ In merito ai principi generali del diritto dell’Unione e, segnatamente, al principio di legalità penale cfr. T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU law*, Oxford, 2006, 244 ss.; A. BERNARDI, “*Principi di diritto*” e diritto penale europeo, in *Ann. Univ. Ferrara - Scienze giuridiche*, vol. II, 1988, 145 ss.

⁸⁵ Come ricordato da L. DANIELE, *La sentenza Taricco torna davanti alla Corte di giustizia UE: come decideranno i giudici europei?*, cit., par. 6.

⁸⁶ C. PERISTERIDOU, *The Principle of Legality in European Criminal Law*, Antwerpen, 2015, 177 ss. e in particolare 300 ss.; ma v. anche A. BERNARDI, *All’indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, cit., 51 ss. in merito al deludente sviluppo dato ai contenuti del principio di legalità convenzionale (art. 7 CEDU) dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

⁸⁷ Cfr., anche per la chiarezza della massima ivi espressa, Corte giust., sent. 3 maggio 2007, *Advocaten voor de wereld*, C-305/03, in *Racc.*, I-3633, punto 50: “Il principio della legalità dei reati e delle pene implica che le disposizioni comunitarie definiscano chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questa condizione è soddisfatta quando il soggetto di diritto 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”. Nello stesso senso Corte giust. sent. 12 dicembre 1996, *Procura della Pretura circondariale di Torino c. X*, C-74/95 e C-129/95, punto 25.

quale “principio ordinamentale”, riconducibile all’esigenza di separazione dei poteri evocata dall’ordinanza in commento⁸⁸.

Per giungere alle conclusioni auspiccate dalla Corte costituzionale, i giudici di Lussemburgo dovrebbero quindi cimentarsi in una difficile opera di comparazione e dare vita a una nozione autonoma di legalità, non mutuata dalla giurisprudenza di Strasburgo. Si tratterebbe quindi di valorizzare il richiamo alle tradizioni costituzionali comuni, di cui all’art. 6 TUE, per ridefinire il contenuto del principio di legalità penale sancito dalla Carta. Come noto, infatti, la succitata disposizione del Trattato consente alla Corte di giustizia di ricavare il contenuto dei principi di diritto UE a partire dalle Costituzioni nazionali, e ciò anche al fine di integrare i diritti e principi enunciati dalla Carta⁸⁹.

Invero, nell’interpretare la Carta, la Corte UE si è fino ad ora mostrata poco incline all’uso della comparazione⁹⁰. Tuttavia non può escludersi che la Corte di giustizia decida di fare lievitare i contenuti del principio di determinatezza all’interno del principio di legalità europeo, e richiamandosi al criterio dell’“orientamento prevalente”⁹¹, prenda atto del largo consenso diffuso tra gli Stati membri in merito a questo corollario della legalità⁹² attribuendogli una rilevanza sovranazionale.

Ove ciò accadesse, peraltro, molteplici sarebbero le conseguenze per i rapporti tra diritto penale interno e diritto UE. Basti pensare al fatto che una “costituzionalizzazione” su scala europea del principio di determinatezza consentirebbe alla Corte di Lussemburgo di censurare, nell’ambito di un rinvio pregiudiziale o di un ricorso in annullamento, le disposizioni indeterminate contenute in atti di diritto derivato qualora esse concorrano a determinare o aggravare le responsabilità penale dei singoli⁹³.

⁸⁸ Sul punto, cfr. già C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., 88 ss.; nonché A. BERNARDI, “*Riserva di legge*” e fonti europee in materia penale, in *Ann. Univ. Ferrara - Scienze giuridiche*, vol. XX, 2006, 1 ss.

⁸⁹ Cfr., sul punto, A. BERNARDI, *All’indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, cit., 58 ss.

⁹⁰ Cfr. G. DE BURCA, *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator*, in *Maastricht Journ.*, 2013, 176 ss.

⁹¹ Si tratta di uno dei possibili criteri per il recepimento, nell’ambito dei principi di diritto UE, dei diritti e principi riconosciuti dalle Costituzioni nazionali. Per una ricognizione completa delle tecniche argomentative utilizzabili dalla Corte UE ai fini di una siffatta opera di recepimento, cfr. A. BERNARDI, “*Principi di diritto*” e diritto penale europeo, cit., 177 ss.

⁹² Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., punto 9: “Il largo consenso diffuso tra gli Stati membri su tale principio cardine della divisione dei poteri induce a ritenere che l’art. 49 della Carta di Nizza abbia identica portata, ai sensi dell’art. 52, paragrafo 4, della medesima Carta”.

⁹³ Il problema del grado di determinatezza delle direttive di armonizzazione penale si è posto in Corte giust., sent. 3 giugno 2008, *Intertanko* C-308/06, punti 72 e 73. Sul punto cfr.

Quanto alla Corte costituzionale, la richiesta di interpretare di nuovo l'art. 49 mira ad ottenere dalla Corte di giustizia un chiarimento in merito al grado di determinatezza che le disposizioni UE debbono possedere per potere essere invocate in un processo penale e condurre alla condanna dell'imputato. Agli occhi della Consulta, infatti, per potere spiegare questi effetti è necessario – quanto meno – che il contenuto della norma europea sia prevedibile e idoneo a vincolare la discrezionalità del giudice nazionale.

6. *Conclusioni: le soluzioni proposte dalla Consulta e i nodi irrisolti*

Come si è cercato di mettere in evidenza in queste brevi note, l'ordinanza in commento delinea diversi itinerari interpretativi che la Corte UE potrebbe seguire nella risposta al rinvio pregiudiziale. A ben vedere gli argomenti portati a supporto delle tre questioni sollevate dalla Consulta si presentano assai variegati e non sovrapponibili. Ciò sembra coerente con il fatto che le questioni interpretative siano tra loro mutualmente esclusive: ove la Corte UE accolga una qualsiasi tra le soluzioni proposte, la Corte costituzionale non avrebbe motivo per dichiarare fondate le eccezioni di incostituzionalità.

Come si è visto un primo argomento (corrispondente all'ultima e più ampia delle questioni pregiudiziali) richiama la Corte UE al rispetto dei principi generali dell'ordinamento costituzionale e preconizza l'attivazione dei controlimiti ove si accerti una loro violazione. Tuttavia la stessa ordinanza si affretta a bollare come “sommamente improbabile” il rischio di una declaratoria di incostituzionalità. Inoltre, come si è visto, la clausola dell'art. 4 par. 2 non sembra essere stata interpretata dalla Corte costituzionale per suggerire una apodittica prevalenza dei controlimiti sul diritto UE. In ogni caso, come è stato osservato, non sembra che la Corte di giustizia possa realisticamente spingersi a riconsiderare i rapporti tra ordinamento interno e diritto eurolunitario, “accettando o viceversa escludendo che gli Stati membri possano disapplicare il diritto dell'Unione in caso di contrasto con i principi fondamentali del proprio ordinamento costituzionale”⁹⁴.

C. PERISTERIDOU, *The Principle of Legality in European Criminal Law*, cit., 307 ss.; nonché, volendo, A. MARTUFI, *Qualità intrinseche delle norme penali europee e controllo di legalità*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse e alla luce del trattato di Lisbona*, Milano, 2011, 445 ss.

⁹⁴ L. DANIELE, *La sentenza Taricco torna davanti alla Corte di giustizia UE: come decideranno i giudici europei?*, cit., par. 7.

Un secondo argomento, più specifico, fa invece perno sull'art. 53 della Carta, e sul maggior contenuto garantistico che il diritto italiano riconosce alla legalità costituzionale rispetto al corrispondente principio di diritto UE. Si è visto, come l'ordinanza cerchi di dimostrare l'applicabilità al caso *Taricco* della suddetta norma, la quale fa salvo il più elevato livello di tutela assicurato dal diritto costituzionale rispetto a quanto previsto dalla Carta. La Corte di giustizia potrebbe ritenere persuasive le osservazioni della Consulta ed ammettere che l'istituto della prescrizione, essendo garantito dal principio di legalità nazionale, sia sottratto alla disapplicazione. Per giungere a queste conclusioni la Corte UE dovrebbe però ritenere che tale istituto si collochi al di fuori del campo di applicazione dell'art. 325 TFUE, modificando l'orientamento espresso sul punto dalla sentenza *Fransson* e dalla prima pronuncia *Taricco*.

Un terzo, e ultimo, argomento mira invece a fare dichiarare l'art. 325 TFUE contrario all'art. 49 della Carta nella parte in cui impone un obbligo di disapplicazione senza vincolare l'attività del giudice mediante disposizioni legali sufficientemente determinate. In questo impegnativo passaggio della motivazione i giudici costituzionali sembrano suggerire la soluzione che più di ogni altra permetterebbe alla Corte UE di raggiungere un onorevole compromesso: nel togliere di mezzo ogni riferimento all'identità costituzionale e all'art. 53, infatti, i giudici costituzionali spalancano le porte a un esito del caso *Taricco* tutto interno al diritto dell'Unione⁹⁵. Limitandosi a interpretare un principio di diritto UE i giudici di Lussemburgo eviterebbero di pronunciarsi in merito alla spinosa questione dei rapporti tra norme costituzionali e diritto eurounitario. Un esito conforme a quanto auspicato richiederebbe comunque una lievitazione sul piano europeo di profili garantistici che, come si è visto, risultano fino ad ora sconosciuti alla dimensione sovranazionale del *nullum crimen*.

In sintesi: l'argomentazione della Corte costituzionale, qui sommariamente ripercorsa, lascia spazio a diverse possibili soluzioni nell'ambito della risposta al rinvio pregiudiziale. Impossibile però non leggere, tra le

⁹⁵ Significativo in questo senso il fatto che la Corte costituzionale sembri disposta a tollerare anche che la Corte di Lussemburgo mantenga la qualificazione della prescrizione come istituto di natura processuale, evidenziando che "anche se si dovesse ritenere che la prescrizione ha natura processuale, o che comunque può essere regolata anche da una normativa posteriore alla commissione del reato, ugualmente resterebbe il principio che l'attività del giudice chiamato ad applicarla deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate", cfr. Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., punto 9.

⁹⁶ Cfr., ancora, Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., punto 6, ove si ricorda come "La Costituzione della Repubblica italiana, a tale proposito, la rimette in via esclusiva a questa Corte, e bene hanno perciò fatto i rimettenti a investirla del problema, sollevando una questione di legittimità costituzionale".

pieghe della motivazione, un messaggio rivolto anche ai giudici comuni. Si tratta anzitutto del richiamo al ruolo della Corte costituzionale quale unico interprete dei controlimiti⁹⁶, “un significativo momento di cesura nel processo di irradiazione in sede diffusa – ormai pienamente dispiegato – del controllo accentrato di costituzionalità”⁹⁷ che dovrà essere letto come un obbligo di investire l’organo di giustizia costituzionale di ogni eventuale profilo di tensione tra primazia del diritto UE e principi supremi dell’ordinamento costituzionale.

Invero la decisione della Corte non offre indicazioni decisive in merito a uno dei problemi più delicati con cui l’ordinanza era chiamata a confrontarsi, vale a dire la possibilità che le norme UE con effetto diretto possano essere invocate a sfavore del reo. In particolare la Corte ha omesso di chiarire, se ed entro quali limiti, un’incidenza *in malam partem* del diritto UE contrasti con il principio della riserva di legge, scegliendo di non affrontare le questioni sollevate sul punto dai rimettenti⁹⁸.

Significativi limiti a un’incidenza del diritto UE con effetti sfavorevoli per il reo paiono invece discendere dal richiamo al principio di determinatezza, oggi elevato al rango di principio costituzionale supremo. Dall’obbligo di rispettare i principi di prevedibilità e precisione sembrano infatti derivare dei vincoli assai stringenti agli effetti che le norme UE dispiegano all’interno del sistema penale: in particolare, a seguito della presa di posizione della Consulta, sembra gravare in capo al giudice l’obbligo di individuare, prima di disapplicare la norma interna, una norma sufficientemente determinata in grado di sostituirla⁹⁹.

Solo l’esperienza applicativa potrà dire se i vincoli così imposti sapranno ricondurre l’attività del giudice penale all’interno dei limiti che la Costituzione assegna alla funzione giurisdizionale. Alla Corte costituzionale va il merito di avere posto l’accento su di essi, sottolineando il legame che intercorre tra il principio di legalità e la separazione dei poteri. Spetta ora alla Corte di giustizia stabilire quale rilievo assumano queste garanzie nell’ordinamento dell’Unione europea. La speranza è che si scelga la strada di una progressiva espansione dei diritti e della libertà individuali: l’unica davvero capace di restituire slancio al progetto europeo.

⁹⁷ V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a Taricco*, cit., 3. In questo senso, cfr. altresì e per tutti F. PALAZZO, *Armonizzazione europea e costituzionalismo penale tra diritto e politica*, in A. BERNARDI (cit.), *I controlimiti*, cit., 273 ss.

⁹⁸ Su questo punto si era soffermata l’ordinanza di rimessione Cass., sez. III pen., ord. 30 marzo 2016, n. 28346. In argomento, oggi, con accenti critici cfr. G. RICCARDI, *Patti chiari e amicizia lunga. La Corte costituzionale tenta il dialogo nel caso Taricco*, cit., 14.

⁹⁹ Per una panoramica delle molte problematiche forme in cui si articola l’interpretazione dei giudici penali “alle prese” con le norme europee, cfr. F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell’attuale momento storico*, in *Ars interpretandi*, 2016, 76 ss. e in particolare 78.

ROBERTO MASTROIANNI

LA CORTE COSTITUZIONALE
SI RIVOLGE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA
IN TEMA DI «CONTROLIMITI» COSTITUZIONALI:
È UN VERO DIALOGO?

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Luci e ombre dell’ordinanza n. 24 del 2017. – 3. Il necessario bilanciamento tra principi (artt. 11 e 25) entrambi di primaria rilevanza costituzionale. – 4. Un tentativo di analisi dei tre quesiti pregiudiziali. – 5. L’identità nazionale dello Stato italiano e la portata dell’art. 4, par. 2, TUE. – 6. Conclusioni (necessariamente) provvisorie.

1. *Premessa*

Alea iacta est. La Corte costituzionale ha deciso quale risposta fornire alle due ordinanze di rimessione proposte dalla Corte d’Appello di Milano e dalla Cassazione, terza sezione penale. Con dette ordinanze si sollecitava la Consulta a dare per la prima volta corso alla giurisprudenza costituzionale in tema di «controlimiti» all’applicazione delle norme dell’Unione in ragione del *vulnus* provocato dalla precedente sentenza *Taricco* al principio di legalità in materia penale di cui all’art. 25, secondo comma, Cost. La prima risposta non è nel senso di accogliere immediatamente le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici *a quibus* e riferite alla legge di ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona, ma di adottare a sua volta un’ordinanza (n. 24 del 2017) con la quale, per la terza volta (seconda nel contesto di un procedimento incidentale)¹ attiva il meccanismo del rinvio pregiudiziale di interpretazione².

¹ I noti precedenti sono le ordinanze n. 103 del 2008 e n. 207 del 2013.

² La Consulta esercita così una delle (residuali) competenze in materia di diritto dell’Unione europea che ha inteso riconoscersi a partire dal momento in cui, con la sentenza *Granital*, ha deciso di accettare, in presenza di un contrasto tra la legge interna ed una norma del diritto dell’Unione dotata di efficacia diretta, il meccanismo di disapplicazione della legge interna voluto dalla Corte di giustizia con la sentenza *Simmenthal*. Per una ricostruzione del sistema mi permetto di rinviare a R. MASTROIANNI, *L’ordinamento giuridico nazionale nei rapporti con il diritto comunitario e dell’Unione europea. La posizione della Corte costituzionale italiana*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2009, 437 ss.

Nell'ordinanza la Consulta propone alla Corte di giustizia una lettura «alternativa» alla precedente sentenza *Taricco*, con la garbata quanto ferma avvertenza che, qualora i suoi suggerimenti non fossero accolti, non esiterebbe a dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge di esecuzione del Trattato di Lisbona, in applicazione della (peraltro innominata) teoria dei «controlimiti» costituzionali.

La causa è stata registrata presso la cancelleria della Corte di giustizia con il numero C-42/17 ed ha assunto il nome (meglio, le iniziali) delle parti dei due giudizi *a quibus*, M.A.S. e M.B. Accogliendo la richiesta formulata nell'ordinanza di rinvio, il 28 febbraio 2017 il Presidente della Corte di giustizia ha deciso di sottoporre la causa al procedimento accelerato disciplinato dall'art. 105 del Regolamento di procedura della Corte, motivando detta decisione in ragione della necessità di eliminare, con una rapida risposta ai quesiti, le «gravi incertezze applicative» emerse in processi penali pendenti sul significato da attribuire al diritto dell'Unione.

2. *Luci e ombre dell'ordinanza n. 24 del 2017*

L'iniziativa assunta dalla Corte si pone sul solco di altri «incidenti costituzionali», emersi di recente in alcuni Paesi membri, dai quali si ricaverebbe una certa tendenza alla «ribellione» dei giudici supremi degli Stati membri nei confronti di non condivise posizioni assunte dalla Corte di giustizia³. L'ordinanza ha già stimolato, come era da attendersi considerata la portata della decisione, numerosi commenti, per lo più adesivi. Riservando per un'altra occasione un'analisi più ampia, in questa sede ci si limiterà ad evidenziare alcuni aspetti – positivi e negativi – dell'ordinanza, cercando anche di indicare quali potranno essere gli eventuali scenari futuri.

Anzitutto, valutiamo quello che l'ordinanza *non* fa, nonostante la forte spinta proveniente non solo dalle ordinanze di remissione, ma an-

³ Cfr. D. SARMIENTO, *An Instruction Manual to Stop a Judicial Rebellion (before it is too late, of course)*, in <http://verfassungsblog.de>, 2 febbraio 2017. Il più recente episodio, di certo il più significativo prima della vicenda *Taricco*, è la decisione dello Højesteret (Corte suprema danese) di ritenere non vincolante in Danimarca, per la soluzione di controversie tra privati, il principio generale di diritto dell'Unione che vieta le discriminazioni in base all'età, giustificando questa posizione di rottura in base all'assenza di indicazioni nell'atto di accessione della Danimarca all'Unione e nonostante una chiara presa di posizione, ovviamente in senso contrario, della Corte di giustizia nella sentenza 19 aprile 2016, causa C-441/14, *Dansk Industri*, EU:C:2016:278.

che da buona parte della dottrina⁴. In primo luogo, come anticipato, non applica immediatamente i c.d. controlimiti, con l'accoglimento delle questioni di costituzionalità sulla legge di ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona, preferendo sottoporre alla Corte di giustizia una serie nutrita di dubbi in merito alla portata della precedente sentenza *Taricco* ed ai suoi effetti sull'ordinamento interno. Peraltro, l'unico valore supremo dell'ordinamento interno invocato nell'ordinanza si rinviene nel principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, *sub specie* non retroattività e determinatezza della norma penale, il che potrebbe far pensare ad un superamento, nel senso dell'implicito non accoglimento, degli altri «controlimiti» invocati dai giudici *a quibus*⁵.

Avevamo già osservato⁶ che, seppure una dichiarazione di infondatezza dei dubbi di costituzionalità sarebbe stata senza dubbio la migliore soluzione, considerata la portata per definizione costituzionale della vicenda sarebbe stato invero inopportuno procedere nella direzione richiesta dai giudici *a quibus* senza avere quanto meno esperito un tentativo di *dialogo diretto* con la Corte di giustizia. Da questo punto di vista, quindi, l'ordinanza è da accogliere con favore.

In secondo luogo, l'ordinanza n. 24 non segue i giudici remittenti anche quando quest'ultimi, nel ricostruire il contesto costituzionale in cui si muove l'intera vicenda, sottovalutano la portata dell'art. 11 Cost., principio architrave della grande apertura che la Costituzione italiana contiene rispetto a norme e valori «esterni» – se funzionali agli obiettivi indicati in quella disposizione – e nel quale la Corte ha rinvenuto, con una giurisprudenza pluridecennale, le basi profonde della valenza costituzionale dell'integrazione europea. A fronte della posizione dei giudici remittenti, che in alcuni passi delle ordinanze di remissione avevano cercato di inquadrare la teoria dei controlimiti all'interno dell'art. 11 come una sorta di «limite interno», la Corte costituzionale appare scegliere una posizione più ortodossa: effettua un richiamo secco alla norma costituzionale intesa come la codificazione (sia pure implicita) della totale apertura dell'ordinamento interno ai valori (e quindi ai vincoli) dell'Unione, chiarendo al punto 2 della parte in diritto che «il riconoscimento del pri-

⁴ Per una puntuale e dettagliata ricostruzione del dibattito e varie critiche alla posizione dei giudici remittenti cfr. A. BERNARDI, *Introduzione*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. BERNARDI, Napoli, 2017, VII ss.

⁵ Mi riferisco in particolare agli artt. 3, 11, 24, 27, terzo comma, e 101, secondo comma, Cost., invocati insieme all'art. 25, secondo comma, nelle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale.

⁶ R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e «controlimiti» costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2016.

mato del diritto dell'Unione europea è un dato acquisito dalla giurisprudenza della Corte, ai sensi dell'art. 11 Cost.».

In terzo luogo, non segue le sirene dei giudici remittenti e, anche in questo caso, di buona parte della dottrina, nella richiesta di rimettere in discussione l'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia all'art. 325 TFUE, ritenuta da molti non condivisibile per avere riconosciuto a detta disposizione un «effetto diretto» a danno dei singoli. A parte il merito delle critiche, condivisibili soltanto se riferite ad una certa penuria di argomentazioni da parte della Corte di giustizia nei passi rilevanti della sentenza *Taricco* (punti 49-51), soddisfare la richiesta avrebbe comportato una patente violazione di uno dei pilastri su cui si basa l'ordinamento dell'Unione ed il suo rapporto con quelli nazionali: l'attribuzione alla Corte di giustizia della competenza ultima di giudicare in merito alla portata delle disposizioni del diritto dell'Unione, ai fini di consentire alle regole comuni di produrre i medesimi effetti in tutti gli Stati membri. La Corte costituzionale si mostra invece – ma è la «strategia» dell'intera decisione, come vedremo, ad andare in questa direzione – pienamente consapevole e rispettosa del ruolo affidato alla Corte di giustizia dall'art. 19, par. 1, TUE e quindi di questa riserva di competenza, là dove sostiene in maniera inequivocabile che «non spetta certamente a questa Corte attribuire all'art. 325 TFUE un significato differente da quello che gli conferisce la Corte di giustizia».

3. *Il necessario bilanciamento tra principi (artt. 11 e 25) entrambi di primaria rilevanza costituzionale*

Fin qui gli aspetti positivi. Va tuttavia sottolineato che le rassicuranti affermazioni della Corte costituzionale sono immediatamente dopo precisate – sarebbe meglio dire, affievolite – da altre che vanno in direzione diversa, tanto da provocare, come si dirà, una divergenza senza precedenti con la posizione della Corte di giustizia in tema di rapporti tra ordinamento dell'Unione ed ordinamento interno. Questo vale, innanzi tutto, per il discorso relativo all'art. 11 Cost. Dopo averne ricordato la funzione come disposizione fondante il primato del diritto dell'Unione, la Corte costituzionale non sembra valorizzarne al giusto la portata e l'inclusione tra i «principi fondamentali» inseriti nella prima parte della Costituzione. Ed infatti, una volta individuato nella sentenza *Taricco* un *vulnus* rispetto al principio di legalità in materia penale, nel cui alveo andrebbe ricondotto l'istituto della prescrizione, giunge subito dopo alla conclusione della necessaria difesa del «principio supremo dell'ordina-

mento», asseritamente minacciato dalla sentenza prima citata. Non si preoccupa, in altri termini, di operare un bilanciamento *in concreto* tra la pretesa violazione del principio di legalità, *sub specie* garanzie di determinatezza e divieto di retroattività della norma penale, provocato dall'applicazione retroattiva di regole sulla prescrizione diverse da quelle in vigore al momento dei fatti e capaci di allungare soltanto i tempi in cui il reato può essere perseguito, e le esigenze di «fedeltà comunitaria» imposte dall'art. 11 Cost.⁷. La decisione assunta nell'ordinanza n. 24 attribuisce dunque di fatto un valore recessivo al secondo in presenza, a quanto pare, di *qualunque* incidenza negativa del diritto dell'Unione sul principio di legalità in materia penale, ponendosi così in una posizione disarmonica anche con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che a quest'ultimo principio non ha mai riconosciuto un valore così assoluto.

Eppure, da un confronto ispirato (anche) dal principio di proporzionalità sarebbe probabilmente emerso che le circostanze del caso non meritavano una tale presa di posizione, trattandosi di mettere in discussione le esigenze primarie dell'integrazione europea, incluso il rispetto delle pronunce della Corte di giustizia, in un contesto in cui l'impatto negativo sul principio di legalità non riguarda il precetto penale in senso proprio, quanto piuttosto l'esclusione dei vantaggi offerti da un regime prescrizione derogatorio rispetto a quello generale, notoriamente sbilanciato in favore del presunto colpevole di un reato finanziario, e per questo motivo già modificato dallo stesso legislatore nazionale⁸. Sostenere, come fa la Corte costituzionale (par. 5 della parte in diritto), che il «controlimite» (ovvero, come la Corte lo definisce, «l'impedimento costituzionale») tratto dall'art. 25, secondo comma, Cost. intende proteggere la persona che non poteva «ragionevolmente pensare», prima della sentenza *Taricco*, che l'art. 325 TFUE prescrivesse al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, c.p., ove ne fosse derivata la violazione del principio di effettività o di quello di assimilazione, non convince non solo e non tanto perché comporta un – in-

⁷ Se è vero che di questa operazione di bilanciamento tra le esigenze di integrazione coperte dall'art. 11 ed il principio supremo invocato come controlimite non vi è traccia nella precedente giurisprudenza costituzionale, posto che il controlimite non è mai stato applicato in concreto, una valutazione più «cauta» avrebbe, a nostro modo di vedere, meglio dato seguito alla qualificazione come «sommamente improbabile» data dalla Corte costituzionale al proprio eventuale intervento in questa direzione (cfr. sentenze 183 del 1973, 170 del 1984, 232 del 1989).

⁸ La stessa Corte costituzionale ne è consapevole, quando ricorda che l'attuale disciplina della prescrizione dei reati conto gli interessi finanziari dell'Unione oggi in vigore è più severa di quella in vigore al momento dei fatti che hanno portato alla sentenza *Taricco* (cfr. punto 7 dell'ordinanza).

vero immeritato – «premio» nei confronti di chi avrebbe confidato nel decorso della prescrizione al momento delle condotte assunte in violazione della legge, ma anche perché non tiene in considerazione che l'interpretazione dei principi di effettività e di assimilazione come parametri di legittimità delle scelte del legislatore nazionale difficilmente può considerarsi una «novità» alla luce dei precedenti arresti della Corte di giustizia⁹. In altre parole, la Corte costituzionale sembra attribuire alla sentenza *Taricco*, nella parte in cui chiarisce che l'art. 325 TFUE produce effetti giuridici obbligatori nei confronti di uno Stato membro e quindi, come effetto riflesso o indiretto, nei confronti dei privati, una portata innovativa che probabilmente non ha e che in ogni caso avrebbe meritato maggiore esplicitazione.

4. *Un tentativo di analisi dei tre quesiti pregiudiziali*

Sulle basi di queste premesse, nello spazio limitato di questo intervento si proverà ad analizzare partitamente i quesiti posti dalla Corte costituzionale, per poi tentare qualche valutazione di carattere generale.

Il primo quesito è, a mio parere, quello più «dialogante». Con esso la Corte costituzionale cerca di valorizzare quel passo della sentenza *Taricco* nel quale la Corte di giustizia, dopo aver esposto in maniera secca qual è la conseguenza dell'accertata incompatibilità del regime nazionale della prescrizione in caso di procedimenti penali finalizzati alla repressione delle frodi comunitarie, vale a dire la disapplicazione della regola interna sul calcolo della prescrizione in caso di eventi interruttivi che non rispettano i criteri codificati di effettività ed assimilazione all'art. 325 TFUE, precisa che questo risultato non deve essere raggiunto *in ogni caso*. L'obbligo di disapplicazione come conseguenza della *primauté* deve infatti in ogni caso armonizzarsi con altri principi che, *nell'ordinamento dell'Unione*, assumono anch'essi valore primario. Al par. 53 della sentenza si legge infatti che

«Occorre aggiungere che se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati. Questi ultimi, infatti, potrebbero vedersi infliggere sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggiti in caso di applicazione delle suddette disposizioni di diritto nazionale».

⁹ Cfr. ad es. la sentenza 3 maggio 2005, *Berlusconi e a.*, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, in Raccolta, 2005, I-03565, al punto 72.

L'apertura è netta nonché, è bene precisarlo, non scontata, considerato il valore fondante che il principio di supremazia riveste nel diritto dell'Unione. Peraltro, valorizzare l'apertura ora ricordata comporta anche in questa circostanza la conferma della posizione, già sposata dalla Corte di giustizia, che tende a riconoscere un limite «intrinseco» al principio di supremazia, consistente nell'esigenza di garantire, a livello interno, la tutela dei «diritti fondamentali degli interessati»¹⁰. Nell'ottica della Corte di giustizia, che valorizza la *plenitude des pouvoirs* del giudice nazionale, spetta a quest'ultimo assicurare detta tutela, eventualmente con il conforto della Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale. Con la conseguenza che, nel caso in cui l'applicazione delle norme dell'Unione (eventualmente in sostituzione di quelle interne o, come nel caso che ci occupa, come parametro di legittimità di queste ultime) sia capace di provocare una tale inaccettabile conseguenza, la regola sostanziale del diritto dell'Unione non troverebbe applicazione.

È utile insistere su un punto. Qualora, come nel caso che ci occupa, la materia (lotta alle frodi al bilancio dell'Unione) è coperta dal diritto dell'Unione, mentre gli Stati membri operano per la sua applicazione ed *enforcement*, l'apertura ora ricordata vale esclusivamente se le garanzie di tutela dei diritti fondamentali si rinvergono nell'ordinamento dell'Unione, e non in quello interno. È nelle regole del primo che la Corte, quando ha ritenuto di effettuare questa precisazione, ha tratto un principio o un diritto fondamentale capace di limitare gli effetti, negli Stati membri, delle norme del medesimo ordinamento.

Ora, è noto che la Corte nella sentenza *Taricco* ha non solo «aperto la porta» ad un'analisi di questo tipo da parte del giudice remittente, ma ha provveduto anche a svolgerla direttamente con riferimento al principio di legalità dei reati e delle pene, codificato all'art. 49 della Carta. All'esito di questa operazione, di contenuto tipicamente «costituzionale», alla luce dei propri precedenti (sentenza *Niselli*) e della giurisprudenza di Strasburgo ha affermato che la disapplicazione delle regole interne in tema di interruzione della prescrizione non confligge con il divieto di retroattività della norma penale.

Non si tratta, tuttavia, di un'analisi definitiva, ma di quella richiesta dai «diversi interessati» che hanno presentato osservazioni di fronte alla Corte di giustizia¹¹. All'evidenza, ciò non esclude che possano prospet-

¹⁰ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*, EU:C:2016:198.

¹¹ Dalla lettura delle Conclusioni dell'AG Kokott risulta che questi interessati fossero gli imputati nel processo a quo ed il Governo italiano (cfr. par. 115 delle Conclusioni).

tarsi altri profili meritevoli di approfondimento. Così, rispetto al caso della prescrizione e degli effetti retroattivi della dichiarazione di anti-comunitarietà della legge interna, ben potrebbe la Corte di giustizia, rispondendo al primo quesito pregiudiziale, operare dei chiarimenti in merito a profili del principio di legalità, codificato all'art. 49 della Carta, *ulteriori* rispetto a quelli già esaminati e nettamente esclusi nella sentenza *Taricco* (v. par. 54-57). Il riferimento va, in particolare, al principio di determinatezza, che non a caso la Corte costituzionale mette in campo nella parte finale della sua ordinanza, quando precisa che detto principio opera, ai fini della valutazione delle conseguenze della disapplicazione della regola interna incompatibile, *prescindendo dalla natura sostanziale o processuale dell'istituto della prescrizione*. Più in concreto, la Corte di giustizia potrebbe dar seguito alla ricerca di approfondimento del rispetto dei diritti fondamentali coinvolti in questa complessa vicenda suggerendo alla Corte costituzionale – e quindi ai giudici *a quibus* – di non provvedere alla disapplicazione degli articoli del codice penale qualora ciò sia il frutto di una valutazione, da parte del giudice, di elementi che difettano, appunto, della necessaria determinatezza, come la natura «grave» della violazione ovvero il «considerevole numero di casi» nei quali le regole interne non consentono di reprimere i comportamenti fraudolenti.

Se questa sembra una strada di dialogo percorribile, non va tuttavia dimenticato che nella sentenza *Taricco* la Corte di giustizia ha rinvenuto due (autonomi) profili di inadeguatezza, rispetto ai parametri dell'art. 325 TFUE, dell'apparato sanzionatorio messo in campo nell'ordinamento interno per la repressione delle frodi al bilancio dell'Unione. A quanto risulta dall'ordinanza n. 24, entrambi i profili verrebbero in rilievo dinanzi ai giudici *a quibus*¹². Ne consegue che la strada appena prospettata porterebbe probabilmente a sterilizzare le critiche – meglio, gli effetti interni delle critiche – rispetto alla violazione del principio di effettività (art. 325 TFUE, par. 1, ma non è detto che possa portare alla medesima conclusione rispetto alla violazione del principio di assimilazione (art. 325 TFUE, par. 2), per l'applicazione del quale non è necessaria alcuna valutazione del giudice che vada oltre la comparazione *per tabulas* delle modalità con cui la repressione avviene nel diritto interno per le frodi al bilancio statale, da un alto, e per quelle al bilancio comunitario, dall'altro.

Alla luce di quanto sinora precisato, appare difficile convenire con la Corte costituzionale quando essa afferma, al par. 7 dell'ordinanza di

¹² V. il par. 1, con riferimento al rinvio operato dalla Corte d'appello di Milano.

rinvio, che con i citati par. 53 e ss. della sentenza *Taricco* la Corte di giustizia avrebbe lasciato al giudice nazionale il compito di valutare la compatibilità dell'obbligo di disapplicazione con gli standard costituzionali *nazionali* di tutela dei diritti fondamentali (art. 25 Cost.), in ipotesi più protettivi di quelli europei (art. 49 della Carta). Ne deriverebbe che la «porta aperta» lasciata dalla Corte di giustizia potrebbe essere percorsa in maniera da giustificare un ostacolo al *dictum* della sentenza *Taricco*, in quanto la regola desunta dall'art. 325 TFUE sarebbe applicabile solo con riserva di compatibilità con quella che la Corte definisce la «identità costituzionale» dello Stato membro. Si è già detto in proposito che, trattandosi di materia che rientra nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, è la Carta di Nizza il testo di riferimento per giudicare sulla presenza o meno di un *vulnus* ai diritti fondamentali: e su questo la Corte di giustizia *ha già risposto* negativamente, per cui ogni tentativo di riproporre la questione in base ai medesimi argomenti già valutati nella sentenza *Taricco* (in breve, la natura sostanziale e non processuale della prescrizione secondo la visione dell'ordinamento italiano) appare destinato all'insuccesso.

Non convince, inoltre, la posizione assunta nell'ordinanza nel senso di ritenere estranea alle competenze dell'Unione e quindi alle «esigenze di uniformità in ambito europeo» la decisione degli Stati membri di riconoscere, in conformità alla propria tradizione costituzionale, portata sostanziale o processuale all'istituto della prescrizione dei reati. Se è vero che al momento non si è provveduto ad un ravvicinamento delle legislazioni nazionali in tema di calcolo della prescrizione dei reati commessi contro il bilancio dell'Unione¹³, va da sé che qualsiasi disciplina, pur riferibile a ciò che la Corte di giustizia tradizionalmente definisce l'autonomia processuale (in senso ampio) degli Stati membri, capace di incidere in negativo sull'effettività delle norme dell'Unione rientra per definizione nel perimetro dello scrutinio comunitario, con la conseguenza che qualora le regole nazionali (pur non armonizzate) comportino un *vulnus* al raggiungimento del risultato che le regole sostanziali dell'Unione intendono realizzare, le stesse debbono essere disapplicate. Ciò vale anche per l'apparato sanzionatorio prescelto da uno Stato membro,

¹³ Diverso è il caso delle sanzioni di tipo amministrativo, per le quali si è da tempo provveduto ad un ravvicinamento delle regole processuali nazionali, comprese le regole sulla prescrizione (cfr. il Regolamento (CE, Euratom) n. 2988/95 del Consiglio, del 18 dicembre 1995, relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità, art. 3). La proposta di direttiva PIF, dell'11 luglio 2012, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (COM(2012)0363), contiene una disciplina della prescrizione dei reati, incluse le regole in tema di interruzione (cfr. art. 12).

che deve essere dotato di un sufficiente carattere dissuasivo e, se necessario, repressivo. La giurisprudenza della Corte di giustizia è ricca di esempi in questa direzione, anche riferiti alle regole interne sulla prescrizione¹⁴.

Allo stesso modo non convince la – solo apparentemente rassicurante – precisazione per cui l'interpretazione delineata dalla Corte costituzionale, nel senso che la sentenza *Taricco* non potrebbe produrre effetti in quanto non conforme agli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, non sarebbe tale da compromettere le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione e sarebbe quindi conforme al principio di leale collaborazione tra Stati membri e tra questi e l'Unione (art. 4, par. 3, TUE). A parte la singolare interpretazione di quest'ultimo principio – in realtà, considerata la materia in discussione, *prima vittima* della posizione assunta dalla Corte costituzionale –, è invece evidente che una soluzione del genere, capace di mettere in discussione tutti i pilastri su cui si fonda, secondo la Corte di giustizia, il rapporto tra ordinamenti, renderebbe la pronuncia *Taricco*, nella sostanza, *inutiliter data* se all'ordinamento interno fosse consentito porre un «ostacolo costituzionale» ai suoi effetti nei processi nazionali. Nonostante le rassicurazioni, prima ricordate, in merito al rispetto del ruolo «esclusivo» dei giudici di Lussemburgo come interpreti dell'art. 325 TFUE, è difficile immaginarsi che su questo punto la Corte costituzionale possa trovare una sponda nella Corte di giustizia. Essa infatti da sempre pone particolare attenzione alla *portata effettiva* delle sue pronunce, specie se emesse nel contesto della competenza pregiudiziale, ed al loro impatto sulla soluzione delle controversie nazionali; allo stesso modo, richiede che le norme dell'Unione siano applicate negli Stati membri anche qualora non siano conformi a principi costituzionali nazionali. Ciò vale anche quando un medesimo principio supremo (nel caso che ci occupa, quello di legalità) sia interpretato dalle Corti costituzionali nazionali in maniera diversa rispetto a quanto deciso dalla Corte di giustizia, trattandosi, in definitiva, di rispettare i confini dei rispettivi poteri di intervento delle Corti.

Da questo punto di vista, non convince neanche il tentativo di *distinguishing* operato rispetto al precedente *Melloni*¹⁵, rispetto al quale il caso che ci occupa sarebbe «nettamente» diverso. È vero che nel caso *Melloni* la soluzione proposta dalla Corte costituzionale spagnola e non

¹⁴ Per limitarsi a decisioni originate da rinvii pregiudiziali di corti italiane, v. le sentenze 15 settembre 1998, causa C-231/96, *Edis*, in *Raccolta*, 1996, I-4951, punto 48; 17 novembre 1998, causa C-228/96, *Aprile*, *ivi*, 1998, I-7141, punto 43; 19 maggio 2011, causa C-452/09, *Iaia*, *ivi*, 2011, I-4045.

¹⁵ Sentenza 26 febbraio 2013, causa C-399/11, EU:C:2013:107.

accettata dalla Corte di giustizia comportava nella sostanza mettere in discussione un sistema, quello del mandato di arresto europeo e delle eccezioni all'obbligo di consegna in caso di giudizio *in absentia*, frutto di armonizzazione delle legislazioni nazionali fondato sulla mutua fiducia tra gli Stati membri. Per questo motivo la Corte di giustizia non ha potuto consentire ad uno Stato membro di aggiungere ulteriori motivi di rifiuto in base alla diversa lettura «domestica» delle garanzie costituzionali rispetto ad un giudizio penale svoltosi in altri Paesi membri. In ogni caso, pur in assenza di un sistema armonizzato di regole sulla prescrizione penale, non è facile capire per quale motivo la proposta dalla nostra Corte costituzionale, a differenza di quella prospettata da quella spagnola, non metterebbe in discussione il primato del diritto dell'Unione: l'effetto della soluzione suggerita dalla Consulta sarebbe, precisamente, quello di non consentire all'art. 325 TFUE, come interpretato, di produrre effetti nell'ordinamento interno. Il vizio di fondo dell'intero ragionamento appare, lo ribadiamo, considerare la prescrizione come *materia estranea* al diritto dell'Unione, per cui ogni Stato potrebbe applicare la propria interpretazione e qualificazione dell'istituto senza con questo porsi in contrasto con la legalità comunitaria, anche qualora le conseguenze siano essenziali per la effettiva repressione delle frodi comunitarie. Ed invece, la violazione del principio del primato non consegue soltanto, come la Corte afferma, da una lettura «alternativa» del diritto dell'Unione (primo tentativo esperito dal *Tribunal Constitucional* nell'interpretazione della decisione quadro sul mandato di arresto europeo), ma anche dalla pretesa invocazione di regole primarie interne in ipotesi maggiormente protettive ma la cui applicazione certamente sterilizza l'applicazione in concreto della regola europea (terzo tentativo esperito dalla Corte spagnola nell'ordinanza *Melloni*).

5. *L'identità nazionale dello Stato italiano e la portata dell'art. 4, par. 2, TUE*

Rimane sullo sfondo dell'ordinanza – ma è in realtà al cuore dell'intero ragionamento della Corte costituzionale – il principio della «identità nazionale» degli Stati membri. Come è noto, l'art. 4, par. 2, TUE richiede all'Unione di rispettare detta identità, come «insita nella struttura costituzionale» dello Stato coinvolto. La norma non è espressamente invocata nei quesiti posti alla Corte di giustizia ma solo nella parte in diritto dell'ordinanza, ma è chiaro che a questo principio che la Corte intende riferirsi per giustificare, in base al diritto dell'Unione, la sua proposta di pre-

tesa «conciliazione» tra il principio di supremazia ed il rispetto dell'«impedimento costituzionale» imposto dal diritto interno all'applicazione delle regole del diritto dell'Unione come interpretate dalla Corte di giustizia. Riteniamo che la mancata richiesta di interpretazione di questa disposizione non possa impedire alla Corte di giustizia di *reformulare* i quesiti ed affrontare in maniera chiara la portata dell'art. 4, par. 2.

Come è noto, si tratta della clausola che, insieme all'art. 53 della Carta, è stata intesa anche in dottrina come *codificazione europea* della teoria dei controlimiti, nel senso di giustificare già al livello del diritto primario dell'Unione un argine interno all'applicazione di regole europee – o di sentenze che le interpretano – capaci di produrre un *vulnus* all'identità nazionale di un singolo Stato membro¹⁶. Nell'ordinanza n. 24 la Corte costituzionale sembra aver sposato questa teoria, facendo riferimento ad entrambe le norme ora citate per giustificare la sua posizione nel senso di (dover) impedire che gli effetti prodotti dalla sentenza *Taricco* siano tali da provocare un inaccettabile *vulnus* ad un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione nazionale. Ora, se la strada dell'art. 53 della Carta appare oramai difficile da perseguire dopo la citata sentenza *Melloni*, lo stesso non può dirsi per l'ulteriore sponda basata sull'art. 4, par. 2, TUE, posto che ad oggi la Corte di giustizia non ha ancora preso una posizione chiara sulla sua invocabilità ai fini della non applicazione di una disposizione del diritto primario dell'Unione, come interpretata dalla Corte di giustizia, se l'effetto di questa pronuncia collide con la lettura interna di un diritto fondamentale.

Infatti, nella sentenza *Taricco* la Corte di giustizia non ha preso in considerazione gli eventuali effetti del ricorso all'articolo 4, par. 2, TUE come clausola «orizzontale» di tutela della specificità costituzionale dello Stato italiano, nella specie riferibile alla particolare natura dell'istituto della prescrizione come intimamente connessa al principio di legalità sostanziale, con quello che ne consegue in tema di effetti retroattivi *in malam partem* del principio della *primauté*. Da questo punto di vista, è del tutto comprensibile che la Corte costituzionale vi abbia fatto riferimento nella ordinanza qui commentata, con il palese obiettivo di ottenere dalla

¹⁶ È evidente peraltro che se la clausola dell'identità nazionale dovesse avere un contenuto precettivo, ne deriverebbero una serie di questioni estremamente complesse. In primo luogo, va valutata la portata della norma, inserita, è bene ricordarlo, nella parte del TUE dedicata alle competenze dell'Unione: cos'è l'identità nazionale di uno Stato membro «insita nella struttura costituzionale»? Cosa si intende per struttura costituzionale? Essa comprende o meno i diritti fondamentali, o la loro protezione nell'ambito dell'Unione europea è materia oggetto esclusivamente delle previsioni dell'art. 6 TUE e della Carta, che non prevedono questo «controlimite»?

Corte di giustizia una rivisitazione della precedente pronuncia che tenga in considerazione, nella valutazione degli effetti della violazione dell'art. 325 TFUE, l'impatto provocato dalla disapplicazione delle regole interne sulla prescrizione.

La giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto non è ricchissima¹⁷. Di recente, essa ha dato all'art. 4, par. 2, il significato di regola di interpretazione delle norme di diritto derivato¹⁸, ed ha anche, e significativamente, riconosciuto la capacità della medesima norma di agire come parametro di legalità degli atti dell'Unione, pur evitando sinora di concludere nel senso della invalidità dei medesimi¹⁹. La clausola è stata poi valorizzata come canone interpretativo anche delle disposizioni del Trattato, in particolare di quelle che consentono agli Stati membri di derogare alle libertà fondamentali, come nel caso della tutela dell'ordine pubblico come eccezione alle regole sulla libertà di circolazione in altri Paesi membri. La Corte ha così esteso, forse con una certa generosità, le possi-

¹⁷ Sull'art. 4, par. 2, cfr. per tutti B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts. The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, Oxford University Press, 2012, 263 ss.; F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDJ, 2013.

¹⁸ In materia di appalti, cfr. la sentenza 21 dicembre 2016, causa C-51/15, *Remondis*, EU:C:2016:985, punto 40, ove si legge: «Inoltre, in primo luogo, occorre ricordare che la ripartizione delle competenze all'interno di uno Stato membro gode della tutela conferita dall'articolo 4, paragrafo 2, TUE, che *obbliga* l'Unione a rispettare l'identità nazionale degli Stati membri insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali». In materia di divieto di discriminazione in base alle credenze religiose, v. le conclusioni dell'AG Kokott del 31 maggio 2016 nella causa C-157/15, *Samira Achbita*, ove si legge al par. 32 che «Dal mero obbligo dell'Unione di rispettare l'identità nazionale dei suoi Stati membri, sancito all'articolo 4, paragrafo 2, TUE, non è dato desumere che determinate materie o settori di attività siano sottratti in toto all'ambito di applicazione della direttiva 2000/78. Piuttosto, l'applicazione di tale direttiva non può pregiudicare l'identità nazionale degli Stati membri. L'identità nazionale non limita pertanto l'ambito di applicazione della direttiva in quanto tale, bensì deve essere presa debitamente in considerazione in sede di interpretazione del principio della parità di trattamento ivi contenuto, nonché dei motivi di giustificazione per eventuali disparità di trattamento».

¹⁹ Significativa in questo senso l'ordinanza 1° ottobre 2010, causa C-3/10, *Affatato* (EU:C:2010:574) nella quale la Corte di giustizia ha concluso che la clausola 5 dell'accordo quadro sul rapporto di lavoro a tempo indeterminato, come interpretata dalla stessa Corte, «non è in alcun modo atta a pregiudicare le strutture fondamentali, politiche e costituzionali, né le funzioni essenziali dello Stato membro di cui è causa, ai sensi dell'art. 4, n. 2, TUE» (punto 41). La stessa conclusione è stata raggiunta nella sentenza del 17 luglio 2014, *Torresi*, cause riunite C-58/13 e C-59/13 (EU:C:2014:2088), con la quale ha accolto la posizione del governo italiano nel senso che l'articolo 3 della direttiva 98/5 «non sia comunque tale da incidere sulle strutture fondamentali, politiche e costituzionali né sulle funzioni essenziali dello Stato membro di origine ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE». La stessa «deferenza» nei confronti di quanto lo stesso Stato coinvolto dichiara in merito alla portata della clausola si rinviene al punto 141 delle Conclusioni dell'AG Bot relative alla citata sentenza *Melloni*.

bilità offerte agli Stati membri da dette norme derogatorie²⁰. Dunque, se la clausola dell'identità nazionale, per come sinora interpretata, ha prodotto effetti favorevoli per le peculiarità «costituzionali» degli Stati membri, si tratta pur sempre di un utilizzo «ortodosso» rispetto alle regole di base dell'Unione: in altre parole, una volta riconosciuto il suo valore pre-cettivo, non sorprende che ad essa sia stata attribuita la forza di parametro di legalità degli atti dell'Unione nonché di regola interpretativa di disposizioni contenute nel diritto primario (come nel caso dell'art. 21 TFUE) o nel diritto secondario.

Non risulta invece che questo principio sia stato sinora invocato dinanzi alla Corte di giustizia dagli Stati membri o da un giudice nazionale per interpretare il diritto primario dell'Unione in maniera da giustificare il mantenimento di regole interne divergenti rispetto a quelle europee in un settore coperto da quest'ultime quale la tutela degli interessi finanziari dell'Unione: un settore per il quale trova applicazione un sistema «interno» (la Carta) di garanzia dei diritti fondamentali, la cui tenuta è affidata al giudice dell'Unione e non alle Corti costituzionali. Inoltre, appare quanto meno dubbio che l'art. 4, par. 2, che è pur sempre una disposizione di diritto primario, possa giustificare la decisione di uno Stato membro di non dare applicazione, nell'ordinamento interno, ad un'altra norma di diritto primario (l'art. 325 TFUE, come interpretato dalla Corte di giustizia). Per quanto motivata dal rispetto di garanzie costituzionali interne, una soluzione del genere appare davvero difficile da accettare, e probabilmente non potrà accettarla la Corte di giustizia, a pena di mettere in discussione il suo stesso ruolo di garante del funzionamento del sistema dell'integrazione attraverso il diritto.

Per concludere sul punto, la Corte costituzionale propone alla Corte di giustizia una lettura decisamente innovativa dell'art. 4, par. 2, TUE, non rinvenibile né dal suo testo, né dalla lettura sinora data al medesimo articolo nella giurisprudenza comunitaria. Non è causale, infatti, che nell'ordinanza di rimessione non si faccia riferimento, per sostenerla, ad alcuna precedente pronuncia della Corte di giustizia. La Corte vorrebbe così ottenere da quest'ultima, attraverso il *passé-partout* della clausola dell'identità nazionale, un sostanziale via libera per la valutazione – inevitabilmente autarchica – della presenza di una violazione dei principi

²⁰ Sentenza 2 giugno 2016, causa C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, EU:C:2016:401, ove si legge al punto 64 che «si deve altresì riconoscere che, considerato nel contesto della scelta costituzionale tedesca, l'articolo 109, terzo comma, della Costituzione di Weimar, in quanto elemento dell'identità nazionale di uno Stato membro di cui all'articolo 4, paragrafo 2, TUE, può rilevare quale elemento di giustificazione di una restrizione al diritto di libera circolazione delle persone riconosciuto dal diritto dell'Unione».

costituzionali da parte di una norma del diritto dell'Unione. Si tratta di una lettura, all'evidenza, tale da attribuire alla clausola dell'identità nazionale il ruolo di norma di rottura «sistemica» della fedeltà europea ogni qual volta uno Stato membro invochi un principio supremo della propria Costituzione. Esattamente ciò che la Corte di giustizia ha sempre escluso in decenni di giurisprudenza e che difficilmente consentirà anche in questa occasione.

6. *Conclusioni (necessariamente) provvisorie*

In definitiva, poco fruttuoso appare, a nostro modo di vedere, il tentativo di dialogo aperto dalla Corte costituzionale con il secondo ed il terzo quesito pregiudiziale, trattandosi o di riconsiderare soluzioni che la Corte di giustizia ha già raggiunto, o di attribuire all'art. 4, par. 2, TUE un significato che difficilmente quest'ultima potrà condividere. La soluzione proposta nell'ordinanza di rinvio, nella sostanza finalizzata a «sterilizzare» gli effetti della pronuncia *Taricco*, sembra porsi in contrasto con lo stesso ruolo della Corte di giustizia di garante del rispetto del diritto (dell'Unione), nonché della sua uniforme e corretta interpretazione attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale. Lo spazio di «revisione» (o meglio, di integrazione) della sentenza *Taricco* alla luce dei diritti fondamentali dei soggetti sottoposti a procedimento penale per frodi al bilancio dell'Unione deve necessariamente passare dal diritto dell'Unione, per cui appare maggiormente promettente, da questo punto di vista, il varco che l'ordinanza tenta di creare con il primo quesito pregiudiziale al vincolo di disapplicazione delle regole interne in tema di limiti agli effetti interruttivi del calcolo della prescrizione.

In ogni caso, considerate le premesse, non è difficile attendersi da parte della Corte di giustizia un passo nella direzione voluta dalla Consulta. Come è stato sottolineato²¹, la codificazione del rispetto delle «identità nazionali» tra i principi che fondano ed in ultima analisi giustificano le competenze dell'Unione – soprattutto se esercitate in un settore così delicato quale quello del diritto e della procedura penale – comporta che le istituzioni europee, compresa la Corte di giustizia, non possono restare indifferenti alle esigenze fondamentali del sistema nazionale in causa, fermo restando il dovere per gli Stati e le loro Corti supreme di

²¹ A. TIZZANO, *Le ricadute della sentenza Costa/Enel nei rapporti tra giurisdizioni europee*, in *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, a cura di B. NASCIMBENE, Milano, 2015, 67 ss.

contribuire al progresso di un processo di integrazione dai primi liberamente accettato e confermato al momento delle successive revisioni dei Trattati istitutivi.

È difficile però al momento immaginarsi quale passo la Corte di giustizia potrà compiere. Anche qualora non intendesse accogliere i suggerimenti della Consulta, in particolare quando quest'ultima chiede di escludere in ogni caso, quindi anche per le condotte successive alla sentenza, la disapplicazione delle regole sulla prescrizione, utile potrebbe essere, al fine di ridurre l'impatto della sentenza *Taricco* sul principio di legalità, una precisazione nel senso di chiarire che gli effetti della disapplicazione delle regole interne in merito al tetto massimo della prescrizione, con conseguente estensione del termine equiparandolo a quello dei reati associativi nazionali, si produce anche per le condotte precedenti alla sentenza *Taricco*, ma solo a condizione che il termine *non* sia già spirato al momento della decisione della Corte di giustizia²². Non dovrebbero essere cioè coinvolte le situazioni già esaurite alla data dell'8 settembre 2015, nonostante il processo sia, in quel momento, ancora pendente. Ragionando diversamente, l'effetto preclusivo del decorso del tempo (e non dell'accertamento dell'avvenuta prescrizione, che potrebbe ovviamente essere successivo) verrebbe meno, ingenerando un'inaccettabile reviviscenza di processi penali destinati alla estinzione.

Si spera che una risposta «collaborativa» della Corte di giustizia, nella misura in cui sarà possibile ottenerla, sarà sufficiente per far desistere la Corte costituzionale dalla sua intenzione di procedere verso l'applicazione dei controlimiti. In caso contrario, qualora la Corte costituzionale dovesse dichiarare illegittima la legge di esecuzione e ratifica del Trattato di Lisbona, potrebbe realizzarsi uno scenario in realtà molto difficile da gestire, quello del giudice interno intenzionato a dare maggior peso alla fedeltà europea rispetto a quella costituzionale²³.

²² Non solo questa conclusione non è chiara nelle ordinanze di remissione, ma a quanto pare non è tale neanche in alcuni commenti. Cfr. D. SARMIENTO, *An Instruction Manual*, cit.

²³ Sul punto rinvio a R. Mastroianni, *Supremazia del diritto dell'Unione*, cit.

DANIELE NEGRI

DALLO 'SCANDALO' DELLA VICENDA TARICCO
RISORGE IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ PROCESSUALE

SOMMARIO: 1. La lezione 'illuminista' della Corte costituzionale. – 2. L'ottica funzionalista della Corte di giustizia. – 3. La (resistibile) tentazione di 'chiudere il cerchio'. – 4. L'appello all'esigenza di determinatezza della norma processuale penale. – 5. La legalità processuale come argine all'etica del risultato.

1. *La lezione 'illuminista' della Corte costituzionale*

Con tono paziente ma fermo la Corte costituzionale impartisce ai giudici di Lussemburgo una lezione esemplare di grammatica penale nello Stato di diritto. L'ordinanza n. 24 del 2017 altro non è, infatti, che il compendio affilato di quella tradizione continentale cui dobbiamo l'impronta giuspositivistica dei precetti dedicati alle libertà fondamentali dalla Costituzione repubblicana, concepita attorno all'idea – particolarmente feconda nel campo del diritto penale, dove è massimo il valore della certezza – della legge come strumento di tutela dell'individuo contro l'inclinazione del potere all'arbitrio e alla prevaricazione¹. Di qualunque potere, specie se esercitato a fini punitivi: in ciò va colta la ragione ultima della pronuncia; sia esso collegato all'esperienza secolare degli Stati nazionali, storicamente sfociata nell'autoritarismo, oppure riconducibile ad un'entità indenne da simile passato qual è l'Unione europea, nuovo *Leviatano* nato dalla volontà benefica di mantenere la «pace» e «agevolare la libera circolazione delle persone, garantendo al contempo la sicurezza dei popoli», ma non per questo immune – come vorrebbe una vulgata spesso acritica, se non apologetica – dal rischio di degenerare a sua volta nell'abuso².

¹ Cfr. in proposito, per tutti, L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 2781.

² Il nesso tra il pensiero di *Hobbes* e il preambolo al Trattato UE, all'insegna del bisogno di sicurezza dei cittadini quale ragione del patto fondativo, è ben posto in termini generali da M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015, 193. Proprio rammentando i «contrassegni della classica visione hobbesiana dello Stato»,

Il discorso potrebbe quasi esaurirsi nel plauso all'alto insegnamento della Corte, che viene a ribadire in serrata successione i cardini della migliore cultura penalistica discesa dall'Illuminismo: separazione dei poteri; soggezione del giudice alla legge; esigenza che quest'ultima sia formulata in termini «chiari, precisi e stringenti» allo scopo di assicurare la certezza del diritto nella duplice dimensione, di previa conoscibilità in capo al soggetto delle conseguenze derivanti sul piano penale dalla propria condotta, da un lato, e di freno all'arbitrio applicativo dell'autorità, dall'altro. Poco resterebbe da aggiungere, se tali capisaldi del pensiero e dell'ordito costituzionale di ispirazione garantista fossero tuttora condivisi presso gli interpreti.

Così non è. Sarebbe altrimenti unanime l'auspicio affinché la Corte di giustizia profitti dell'*escamotage* suggeritole dai giudici di Palazzo della Consulta, attraverso la scelta indulgente del rinvio pregiudiziale al posto della drastica, subitanea opposizione dei 'controlimiti': tornare sui propri passi senza smentirsi, prendendo questa volta seriamente le clausole di salvaguardia dei diritti fondamentali dell'imputato cui pure in precedenza aveva mostrato di subordinare la disapplicazione delle norme interne sui termini massimi di prescrizione, elette a bersaglio (artt. 160 e 161 c.p.)³. Nulla più che cautela di stile – per verità – nel percorso della sentenza del 2015 all'origine della vicenda, orientata ad affermare energicamente il primato del diritto dell'Unione e risoltasi infine ad escludere – se si scorrono bene tutti i passaggi della motivazione – la sussistenza di alcuna violazione delle garanzie individuali evocate⁴; senonché, l'estrema «verifica» allora riservata solo in apparenza al giudice nazionale diviene ora, stando all'ordinanza n. 24 del 2017, l'appiglio per concedere ai giudici di Lussemburgo l'occasione di adeguarsi al magistero della Corte costituzionale.

È stato dunque propizio lo scandalo sollevato dalla decisione del giudice europeo nella causa *Taricco*. Il custode della nostra Costituzione ha infatti potuto reagire alle correnti antiformalistiche di segno repressivo destinate a vertiginosa accelerazione dopo il pronunciamento dell'organo sopranazionale⁵, restituendo al principio di legalità il ruolo di

conduce un'appassionata e argomentata difesa del diritto penale liberale dalle derive dell'europeismo penale multilivello, C. CUPELLI, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, in *Criminalia*, 2013, 359-360.

³ Corte di giustizia, sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco*, par. 53 e 55.

⁴ Corte di giustizia, sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco*, par. 55 alla fine: «Una disapplicazione del diritto nazionale siffatta non violerebbe i diritti degli imputati, quali garantiti dall'articolo 49 della Carta».

⁵ Basterà rammentare lo zelo, nell'uniformarsi al primato UE addirittura superando in senso peggiorativo il *dictum* della Corte di giustizia, dimostrato da Cass. pen., sez. III, 17 set-

fondamento irrinunciabile del sistema penale – si badi – in entrambi i suoi emisferi: sia sul versante delle norme sostanziali più direttamente coinvolte nella questione incidentale di legittimità; sia però anche – esito non trascurabile – dal lato spesso lasciato in ombra delle regole processuali, come si desume dall’impianto argomentativo generale dell’ordinanza e da alcuni accenni specifici, rapidi ma incisivi della motivazione. Può darsi che l’argine sia affatto precario; certo la portata dei dettami scanditi nel provvedimento del gennaio scorso aspira ad oltrepassare l’ambito dei rapporti tra intangibilità del patrimonio costituzionale domestico e fedeltà ai Trattati, sino a sfidare in prospettiva l’attuale egemonia giurisprudenziale sui modi di porre e interpretare il diritto a discapito della forza precettiva della legge⁶.

Non va dimenticato che s’arrivò sull’orlo del baratro, all’indomani della sentenza della Corte di giustizia relativa alla vicenda ormai celeberrima. Nei suoi risvolti finali essa abilitava potenzialmente ogni giudice a manomettere qualunque dispositivo di garanzia avesse inceppato il meccanismo proteso allo scopo della sistematica inflizione delle pene⁷. L’attacco sferrato in nome della primazia delle fonti europee si annunciava appunto fatale per il canone della legalità eretto ad emblema della modernità giuridica, scosso negli ultimi decenni dal moto potente di quelle concezioni sostanzialiste che ne predicano con ostinata litania l’inesorabile tramonto. La tesi della legalità al crepuscolo unita al luogo comune sulla crisi della fattispecie, quale schema privilegiato di mediazione tra norma e caso concreto⁸, attendeva insomma il definitivo suggello dalla

tembre-20 gennaio 2016, n. 2210, sulla quale cfr. F. ROSSI, *La Cassazione disapplica gli artt. 160 e 161 c.p. dopo la sentenza Taricco*, in *Giur. it.*, 2016, n. 4, 965 ss.; F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi*, in *Dir. pen. cont.*, 22 gennaio 2016.

Con perfetta sintesi, riguardo alla trasformazione del sistema e dei suoi principi, v. la diagnosi di F. PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penali-stiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1176 ss.

⁶ L’auspicio che la decisione in parola contribuisca «ad un riequilibrio dei rapporti, ormai sconnessi, tra legalità e giurisdizione», è stato subito formulato anche da V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017, 14.

⁷ Chi scrive aveva evidenziato il rischio di simile conseguenza in D. NEGRI, *Il dito della retroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di Giustizia UE, Taricco*, in *Arch. pen.*, 2016, 650-651.

⁸ Nell’ambito di una vasta letteratura, trasversale a tutte le discipline giuridiche, si vedano almeno P. GROSSI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, in *Quad. fiorentini*, 2006, 1042 ss.; N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 36 ss. M. VOGLIOTTI, *Introduzione, in Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, a cura del medesimo, Torino, 2008, 9 ss. Cfr. pure, per le ricadute sul sistema penale, l’affresco critico di V. MANES, *Il*

sottomissione delle Corti nazionali al dominio del diritto UE nell'ultima, radicale versione accreditata dai suoi interpreti.

Del resto era facile pronostico che molti giudici si sarebbero prestati di buon grado a disapplicare le disposizioni interne ritenute d'ostacolo alla condanna, secondo l'incontrollabile efficientismo promosso dalla Corte di giustizia; così solidale, questo slancio vitale verso il successo, con l'eterna ambizione a liberarsi nella ricerca della verità dello stampo formale della legge⁹: conviene insistere sul manifestarsi di simile vocazione della giurisprudenza domestica in epoca assai anteriore all'ingresso nella cittadella penale delle fonti sopranazionali, per non commettere l'errore di ridurre il dibattito acceso dalla serie di pronunce riguardanti il caso *Taricco* ad opposizione manichea tra 'europeisti' indirizzati al progresso e 'sovraniisti' conservatori, legati all'ideologia antistorica che pretende la ferrea subordinazione del giudice alla lettera della legge¹⁰.

L'appello elegante e insieme fiero della Corte costituzionale ai principi supremi del nostro ordinamento, alla stregua di 'controlimiti' per ora solo agitati, va inteso non tanto quale negazione di ogni pluralismo ermeneutico in materia penale; quanto come freno all'evasione dal criterio di stretta legalità nel fissare i presupposti materiali e processuali di esercizio del potere punitivo, poiché il canone di determinatezza della fattispecie costituisce garanzia intangibile dell'imputato. In questo preciso senso l'ordinanza n. 24 del 2017 conferisce perenne attualità alla linea giuspolitica che procede dalle conquiste dell'Illuminismo sino alle Costituzioni liberaldemocratiche del secondo dopoguerra.

2. *Lottica funzionalista della Corte di giustizia*

Un insieme di valori, designabile con la categoria del garantismo penale, all'evidenza misconosciuto – almeno nell'occasione – dall'organo

giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sopranazionali, Roma, 2012, 5 ss.

⁹ Il compiuto disvelamento degli alibi addotti al riguardo dalla magistratura, nel corso del tempo, si deve alla potente visione di M. NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: processo - teoria dello Stato - epistemologia*, in *Ind. pen.*, 1999, 27 ss.

¹⁰ Sulla «riemersione di pulsioni autarchico-nazionaliste di cui i controlimiti sono pur sempre espressione», v. A. BERNARDI, *I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura del medesimo, Napoli, 2017, XXXIX, CII. Di contrario avviso S. MANACORDA, *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, *ivi*, 178, secondo il quale potrebbero rivendicare «una posizione progressista» anche «coloro che si ergono a difensori più strenui delle garanzie penalistiche».

cui compete interpretare i Trattati sull'Unione europea. La lacuna non stupisce, del resto, se si considera quale spirito animi tali fonti normative. Sono testi che capovolgono l'ottica di favore per la tutela del soggetto gravato da un'accusa penale, tipica invece delle Carte dei diritti formulate in contrapposizione alle esperienze totalitarie del Novecento¹¹. Non mancano anche lì – è vero – gli impegni solenni al «rispetto dei diritti umani» e al riconoscimento delle libertà fondamentali, patrimonio dello «Stato di diritto» e delle «tradizioni costituzionali comuni» ai Paesi membri (artt. 2 e 6 TUE); proprio a quei proclami si aggrappa infatti l'ordinanza n. 24 del 2017, nel tentativo di ricondurre l'operato della Corte di giustizia entro un orizzonte ermeneutico compatibile con il principio di legalità.

Ma l'autentica cifra dei Trattati per quanto attiene alla materia penale è identificabile nella finalità di ottenere un «elevato livello di sicurezza» attraverso misure di «lotta contro la criminalità», specie a dimensione transnazionale (artt. 67 e 83 TFUE)¹². Predominano insomma le componenti repressive, con la conseguente priorità accordata alle ragioni della vittima del reato (art. 82 TFUE)¹³; tanto che lo stesso affiorare di principi e diritti di segno diverso nella giurisprudenza di Lussemburgo – sino alla «maggiore visibilità» loro conferita grazie alla Carta di Nizza – corrisponde ad una strategia intesa a rendere accettabile il primato delle fonti europee ai Paesi membri, tranquillizzandoli di fronte al rischio di restare altrimenti «esposti all'obbligo di recepire strumenti normativi di origine esterna capaci di travolgere il nucleo garantista delle proprie Costituzioni»¹⁴.

S'inscrive nella medesima assiologia rovesciata in senso funzionalistico l'art. 325 TFUE, là dove obbliga gli Stati contraenti a combattere gli illeciti che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea mediante sanzioni efficaci e dissuasive. La Corte di giustizia – si ricorderà – vi aveva per l'appunto identificato la base giuridica del vincolo a disapplicare, nei procedimenti penali per gravi frodi fiscali, le norme interne che prolungano in misura ridotta il termine massimo di prescrizione, al verificarsi di atti interruttivi (artt. 160 ultimo comma e 161 capoverso c.p.);

¹¹ In termini generali, v. P. COSTA, voce *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enc. dir., Annali II*, t. 2, Milano, 2008, 397-399. Sull'«umanesimo processuale» espressione della 'grande Europa', v. O. MAZZA, *La procedura penale*, in *Speciale Europa - Dir. pen. proc.*, 2011, 33 ss.

¹² Nell'ambito di una vastissima letteratura, cfr., con particolare efficacia, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, 14-15, 32-35, 238 ss.

¹³ M. VENTUROLI, *La vittima*, cit., 96 ss.

¹⁴ Così, testualmente, A. BERNARDI, *I controlimiti*, cit., XIV.

e questo, se il giudice nazionale dovesse verificare che dalle disposizioni in parola scaturisce l'impunità degli autori del reato «in un numero considerevole di casi».

La sentenza – fu subito chiaro¹⁵ – lasciava temere l'innescò di conseguenze dirompenti per la fisionomia dell'intero sistema penale; la posta in gioco era la stessa sopravvivenza del baluardo costituito dal principio di legalità, ben oltre perciò la questione più immediata – pure, in sé capitale – degli effetti retroattivi, connessi alla disapplicazione, sulle regie giudicande concernenti fatti di reato commessi prima che la regola europea sfavorevole all'imputato venisse enunciata. Converrà tuttavia iniziare la disamina proprio da quest'ultimo profilo, poiché a partire da esso il percorso argomentativo della Corte costituzionale approda ai responsi di carattere generale. Va allora rammentato come i giudici di Lussemburgo avessero superato alla svelta il problema, semplicemente negando che i limiti temporali della punibilità siano annoverabili tra gli elementi normativi di cui l'art. 49 CDFUE esige, ai fini della condanna, la predeterminazione rispetto al fatto. Simile conclusione troverebbe conferma nell'analogo orientamento espresso dalla Corte EDU, mostratasi incline a distogliere il regime della prescrizione dalla tutela rigorosa del *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* (art. 7 CEDU) una volta ascritto l'istituto medesimo al settore processuale¹⁶, così da abbandonarne la disciplina al criterio debole di successione tra norme rappresentato dal *tempus regit actum*.

Del tutto antitetica la posizione sul punto della Corte costituzionale, esplicitata attraverso una sequela ben scandita di affermazioni a natura assiomatica che potrebbe reputare apodittiche solo chi non considerasse come quegli enunciati si spingano a toccare gli stessi presupposti sottaciuti del patto sociale. L'ordinanza n. 24 del 2017 rivendica primariamente al diritto nazionale la competenza nel classificare le regole riguardanti la prescrizione del reato entro il campo giuridico sostanziale o pro-

¹⁵ Tra le voci più critiche, cfr., in particolare, A. CAMON, *La torsione di un sistema: riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, 2 ss.; O. MAZZA, *la prescrizione del reato tra legalità penale e diritto giurisprudenziale europeo*, *ivi*, 8 ss.; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, a cura di C. Paonessa e L. Zilletti, Pisa, 2016, 93 ss.; V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione del sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *I controlimiti*, cit., 203 ss.; nonché, D. NEGRI, *Il dito della irretroattività*, cit., 645 ss.

¹⁶ Dubbiosa in proposito, C. PAONESSA, *"Lo strano caso Taricco", ovvero le garanzie del tempore cedere alla mercé di una "eccentrica" decisione europea?*, in *Dal giudice garante*, cit., 117, considerato il contesto particolare in cui la Corte EDU ha ritenuto inoperativa la garanzia del *nullum crimen* per le modifiche legislative in tema di prescrizione.

cessuale; richiama poi la tradizione del nostro ordinamento in proposito, attestata – al pari delle legislazioni di altri Stati europei¹⁷ – sulla prima delle due soluzioni; conferisce in terzo luogo a quell'opzione rango costituzionale, col ribadire come la garanzia sancita dall'art. 25 comma 2 Cost. si riferisca all'intero spettro delle norme penali materiali e includa perciò – a differenza delle omologhe clausole di fonte sopranazionale – ogni fattore destinato ad incidere sulla punibilità: nel suo ambito, dunque, rientra anche la necessità di predeterminare il periodo di tempo oltre il quale il reato si estingue. La pronuncia, infine, colloca il principio di legalità penale, nella massima estensione così riconosciutagli, all'interno del nucleo di valori fondanti dello Stato, poiché quest'ultimo va inteso come depositario di un potere non assoluto, bensì condizionato alla salvaguardia dei diritti inalienabili dell'individuo.

3. *La (resistibile) tentazione di 'chiudere il cerchio'*

Qualche perplessità suscita il passaggio della motivazione in cui la Corte costituzionale tenta di chiudere il ragionamento conferendogli perfetta circolarità. Ciò accade quando sembra ammettere che i principi di origine pattizia incrementino la loro caratura garantista per contatto e osmosi con il più ampio raggio di tutela riconosciuto all'imputato dalle corrispondenti norme nazionali. Si percepisce qui uno slittamento dal piano interno a quello europeo che non appare sempre consentito. Altro, infatti, è che l'Unione sia tenuta a rispettare il grado superiore di protezione accordato all'individuo dal singolo Stato membro – beninteso, se riconducibile al 'nocciolo duro' del suo patrimonio costituzionale – anche qualora il diritto europeo intervenga a disciplinare una materia di propria competenza: l'ordinamento UE deve ritrarsi di fronte all'esistenza del 'controlimite', ossia di un impedimento di natura esterna. Altro è pretendere che la portata delle previsioni sopranazionali si espanda conformemente alla latitudine della tutela riservata alla sfera individuale dalle *Grundnormen* dei Paesi aderenti, mutuando i contenuti di queste ultime sino a fungere, in veste di principi 'costituzionali' appartenenti allo stesso sistema dei Trattati, da parametro di compatibilità per la regola di diritto UE enunciata nella sentenza della Corte di giustizia.

La conclusione al riguardo dipende invero dalle modalità di formulazione del precetto il cui significato si vorrebbe dilatare, almeno se si osservano i criteri formali dell'interpretazione: una volta che li si prediliga,

¹⁷ La Corte cita ad esempio l'ordinamento spagnolo.

com'è implicito nella impostazione giuspositivistica adottata dall'ordinanza n. 24 del 2017, essi vanno però rispettati fino in fondo. Pare quindi contraddittorio, da un lato, premettere che la Costituzione italiana assicura maggiori garanzie rispetto agli artt. 49 CDFUE e 7 CEDU, in quanto assoggetta al principio di legalità ogni profilo sostanziale della punibilità, e, dall'altro lato, assumere le anzidette disposizioni soprannazionali quale base giuridica – interna perciò all'ordinamento dell'Unione – idonea a ricondurre sotto il divieto di retroattività anche il regime peggiorativo derivante dal prolungamento *post factum* del termine prescrizione. Non sembra che i testi invocati, col riferirsi alla condotta costituente «reato» e alla «pena», si prestino a recepire nell'alveo della propria fattispecie l'ulteriore elemento della durata dell'interesse punitivo, tempo del quale invece l'art. 25 comma 2 Cost. esige la prevedibilità al momento del fatto. Se tale capienza non sussiste, è allora errato sostenere che quei principi di fonte pattizia possano essere riletti alla luce della qualificazione materiale data all'istituto della prescrizione dall'ordinamento nazionale¹⁸.

Né si potrebbe invocare a tal fine il disposto dell'art. 53 CDFUE, come se fosse clausola generale in grado di trasmettere sistematicamente a diritti e libertà oggetto di protezione sul piano europeo il significato più vantaggioso per la persona accusata enucleabile dalle analoghe formule presenti nelle diverse Costituzioni degli Stati membri¹⁹. Vi ostano, infatti, sia l'espresso riferimento della Carta di Nizza all'«ambito di applicazione» rispettivamente proprio delle une e delle altre fonti normative, là dove fissa il criterio di non regressione dello *standard* di tutela²⁰; sia l'esigenza di evitare che il diritto dell'Unione europea entri in contraddizione con se stesso, ponendo regole giuridiche destinate a risultare ora compatibili, ora in conflitto con i propri principi fondamentali, così come adattati volta per volta in dipendenza della variabile rappresentata dal livello di garanzia tipico di ciascun ordinamento nazionale di attuazione delle regole medesime²¹.

In altre parole, resta preclusa la soluzione che tende a salvaguardare formalmente il primato dell'Unione – ribadito, in esordio, dall'ordinanza n. 24 del 2017 – tramite l'incorporazione nel diritto primario europeo del

¹⁸ In tal senso, invece, l'ordinanza esaminata, par. 5.

¹⁹ Analogamente, E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in *I controlimiti*, cit., 52; A. VALLINI, *Un'ingerenza grave in un sistema discriminatorio*, in *Dal giudice garante*, cit., 132.

²⁰ Corte di giustizia, sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*.

²¹ Purché non si ritenga che sia la stessa Corte di giustizia il custode dei controlimiti: in proposito, cfr., per tutti, A. BERNARDI, *I controlimiti*, cit., XXII.

limite coincidente con la portata domestica del canone di irretroattività sfavorevole. Non vanno per l'appunto confuse tre questioni distinte. La prima chiama in causa i 'controlimiti' da opporsi quando, come nel caso di specie, prescrizioni dirette (la disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p.) e norme sopranazionali di principio potenzialmente rilevanti (artt. 49 CDFUE e 7 CEDU) non si conciliano – rispettivamente, per contrarietà e incongruenza – con il nucleo intangibile di prerogative individuali (tra esse, il divieto di retroattività *in malam partem*) che esprime la ragione costitutiva dello Stato italiano. Fuori da questa sfera giuridica più ristretta si collocano diritti anch'essi di rilievo costituzionale, ma comprimibili dall'Unione europea nell'esercizio delle proprie competenze, vista la cessione parziale di sovranità conseguente all'adesione ai Trattati.

Non sembra invece praticabile la terza via rappresentata dal criterio ermeneutico della massima espansione delle garanzie, adombrato dall'ordinanza della Corte costituzionale nella prima parte della motivazione; esso opera infatti soltanto in direzione opposta a quella utile nella vicenda *Taricco*, ossia allo scopo di innalzare il grado di tutela apprestato dall'ordinamento nazionale facendo leva sul livello superiore di protezione dei diritti e delle libertà riconosciuto entro il sistema internazionale pattizio²².

4. *L'appello all'esigenza di determinatezza della norma processuale penale*

Impeccabile il secondo dei due percorsi lungo i quali si sviluppa l'ordinanza n. 24 del 2017. Mentre il primo considera il principio di legalità per rapporto all'esigenza che il soggetto agente conosca le conseguenze penali della propria condotta, anche con riguardo alla maturazione dell'effetto estintivo del reato, l'altro itinerario dà risalto alla garanzia della certezza del diritto intesa come necessaria delimitazione della discrezionalità del giudice in vista dell'applicazione delle norme suscettibili di condizionare l'intervento punitivo. È quest'ultimo il terreno di ritrovata comunione tra diritto penale sostanziale e disciplina del processo, ambedue bisognosi di precetti formulati in modo dettagliato. Finché si rimane confinati nella dimensione soggettiva della prevedibilità, stenta difatti ad imporsi la visione rigorosa della legalità formale poiché vi si mescolano in sottofondo giustificazioni estranee alla natura del fenomeno processuale: la contropinta psicologica alla commissione dell'ille-

²² Si allude, in particolare, al criterio affermato da Corte cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317.

cito esercitata dalla norma penale; la percezione del significato morale della scelta se agire o meno²³. Per questa ragione, tra l'altro, non ha attecchito la tesi volta ad includere anche le regole processuali tra i fattori che l'imputato dev'essere messo in grado di calcolare anticipatamente, confidando nella loro fissità²⁴.

Alla Corte costituzionale va quindi il merito d'aver ribadito, censurando gli approdi aberranti del collegio di Lussemburgo nella causa *Taricco*, quale importanza rivesta la soggezione alla stretta legalità processuale; si torna ora a riconoscerle il rango di componente che concorre a costituire la punibilità su di un piano paritario rispetto alla legalità penale²⁵, sino a rendere doverosa l'osservanza del criterio di determinatezza anche nel formulare le disposizioni sullo svolgimento del rito. Ciò attraverso il recupero delle origini più genuine del principio. Dietro i moniti semplici quanto risoluti provenienti dai giudici di Palazzo della Consulta rivive – nientemeno – l'intero filone di pensiero che – dal Settecento riformatore alla Scuola 'classica', sino alla dottrina più sensibile al contenuto garantista dei precetti della Costituzione repubblicana – ha costantemente identificato nei caratteri della precisione e densità delle norme processuali l'argine necessario a frenare l'arbitrio del magistrato, così da difendere l'individuo presunto innocente contro gli abusi dell'autorità²⁶.

L'accento cade, in altri termini, sull'esigenza di preservare ai cittadini il bene della sicurezza nel senso inaugurato da Montesquieu, con riferimento cioè alla salvaguardia della libertà del singolo dinanzi all'attività del perseguimento penale, sempre a rischio di scivolare nella prevaricazione: i vuoti di dettato, le vaghezze della norma, le clausole aperte costituiscono altrettante minacce per quel valore sommo, sino all'estrema manifestazione dispotica – materializzatasi, dopo la sentenza della Corte di Lussemburgo sul nostro caso, nella figura della disapplicazione indi-

²³ Su tale principio di individuazione della differenza tra norme di diritto sostanziale e norme di procedura, cfr. G.P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale* (1998), trad. it., Bologna, 2004, 28-29; M. MAIWALD, *Zur gerichtlichen Fürsorgepflicht im Strafprozeß und ihren Grenzen*, in *Festschrift Richard Lange*, a cura di G. Warda, H. Waider, R. von Hippel, D. Meurer, Berlino, 1992, 745 ss.

²⁴ Riguardo alla teoria dell'affidamento, in campo processuale penale, si vedano le trattazioni di M. CHIAVARIO, voce *Norma (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, 478 ss.; O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, 232 ss.

²⁵ Sulla questione, si possono vedere le linee ripercorse in D. NEGRI, *Delle procedure criminali: parte di legislazione così principale e così trascurata*, in *Cass. pen.*, 2014, 3946 ss.

²⁶ Una ricostruzione di questa genealogia di pensiero, accompagnata dalla vigorosa riaffermazione della sua validità, si può rintracciare in M. NOBILI, *Introduzione*, in CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Bologna, 2004, 17 ss.; B. GALGANI, *Diritto probatorio e successione di leggi nel tempo*. *Tempus regit actum?*, Torino, 2012, 43 ss. Cfr. anche D. NEGRI, *Delle procedure criminali*, cit., 3946 ss.

scriminata delle norme di garanzia – del giudice che impersona «egli stesso la regola»²⁷. Donde l'insistenza della Corte costituzionale sul primato della legge quale corollario della separazione dei poteri, almeno nei sistemi giuridici continentali.

Per l'appunto, nella parte finale dell'ordinanza n. 24 del 2017 la considerazione rivolta al principio di legalità processuale emerge nitidamente. Il ragionamento è aperto da una proposizione concessiva, diretta a chiarire quali conseguenze si avrebbero se la prescrizione non rivestisse natura sostanziale, ma processuale. Ebbene, pure in tale ipotesi i presupposti dalla verifica della cui sussistenza dipende l'applicazione o meno dell'istituto dovrebbero essere stabiliti tramite fattispecie legali «sufficientemente determinate». Parametro, questo, per nulla soddisfatto dal requisito che la Corte di giustizia aveva indicato nella pronuncia del 2015, ossia l'esito di impunità rilevato «in un numero considerevole di casi» riguardanti illeciti simili a quello di frode fiscale oggetto della controversia. Il giudice delle leggi ne stigmatizza l'intrinseca natura ambigua, priva com'è quella regola – tale, dunque, solo in apparenza – di alcun elemento strutturale sul quale possa utilmente esercitarsi l'attività interpretativa al fine di conferirle un significato preciso.

Sembra anzi lecito compiere in proposito un passo ulteriore, forse non indispensabile nell'economia della specifica questione devoluta alla Corte e perciò tralasciato, eppure di estrema importanza in vista dei futuri sviluppi della diatriba. Non basterebbe dotare la regola di un contenuto esatto, a renderla compatibile con le coordinate essenziali della giurisdizione nello Stato di diritto. Conta pure, a questo fine, il criterio sostanziale calato entro lo schema formale della norma. Anche supponendo che, nell'atteso responso ai nuovi quesiti pregiudiziali, la Curia di Lussemburgo fissi – ad esempio, in percentuale relativa ad un arco temporale definito e con riguardo a figure criminose distintamente nominate – la soglia di processi non pervenuti all'esito sanzionatorio costituente misura puntuale dell'inadempimento all'obbligo di proteggere con efficacia gli interessi finanziari dell'Unione²⁸, saremmo sempre al cospetto di una inammissibile strumentalizzazione della singola persona a scopi metaindividuali di deterrenza.

Lo sviamento della funzione fisiologica del giudizio penale risulta evidente non appena si badi ai risvolti concreti di una previsione come quella ipotizzata, visto che l'alternativa tra proscioglimento dovuto alla

²⁷ CH. DE S. DE MONTESQUIEU, *Esprit des loix* (1748), Milano, 1967, 113.

²⁸ Nel senso che la decisione della Corte di giustizia debba essere «chiara, determinata, tassativa», S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 2016, 370.

prescrizione del reato e condanna dell'imputato finirebbe per dipendere da un dato affatto estraneo al corso della specifica regiudicanda e passibile oltretutto di fluttuare nel tempo: il processo terminerebbe con la declaratoria della causa estintiva o giungerebbe alla decisione sul merito, a seconda che in quel momento storico le statistiche (e resterebbe comunque da appurare di quale fonte²⁹) sul livello complessivo di repressione dei tipi d'illecito rilevanti attestino il rispetto o l'inosservanza del tasso di efficienza punitiva prestabilito.

Il destino di ciascun individuo accusato resterebbe così subordinato alla produttività dell'apparato statale quanto al numero di condanne ottenute, mentre il parametro di accettazione sociale della decisione penale va identificato, per volontà costituzionale, nel rispetto dei canoni relativi al 'giusto processo', ai quali il computo della quota totale di sanzioni irrogate è alieno sia strutturalmente, sia soprattutto assiologicamente: calcolarla per farne derivare effetti giuridici deteriori in capo all'imputato equivale a saturare indebitamente di prevenzione generale la singola vicenda processuale. Né vale obiettare che, in fondo, l'andamento di ogni processo, sotto il profilo della durata e quindi degli esiti ad essa legati, risente delle risorse materiali disponibili e del grado di capacità assicurato dai diversi attori pubblici impegnati nell'attività di perseguimento penale. Il discorso – merita insistere sul punto – qui è assai diverso: non si tratterebbe di un'incidenza di puro fatto, ma del programmatico inserimento del fattore legato all'efficienza repressiva del sistema tra gli elementi che, in base allo schema condizionale tipico delle proposizioni normative, compongono la stessa disciplina dello svolgimento processuale.

Ciò chiarito, non si può che concordare con i rilievi di carattere più generale espressi nell'ordinanza n. 24 del 2017. In particolare là dove osserva criticamente come gli obblighi di risultato sanciti dall'art. 325 TFUE, donde la Corte di giustizia ha tratto il vincolo a disapplicare le norme nazionali ostative, non siano assistiti da «sufficiente analiticità» nella definizione dell'itinerario da seguire per raggiungere l'obiettivo: manca la previsione di quei «mezzi» e «limiti» all'attività del giudice che – è implicito nel discorso della nostra Corte – compete anzitutto alla legge processuale di stabilire. La tesi raccoglie gli argomenti di chi aveva subito paventato che, senza l'interposizione di fattispecie legali idonee a governarne l'operato, si sarebbe fatalmente dato vita ad un «giudice di

²⁹ Sulla questione, v., tra gli altri, S. MANACORDA, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, in *Arch. pen.*, 2015, 869. F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2015, 8. Per un tentativo di inquadramento del problema, sul piano dell'accertamento del fatto a rilevanza processuale, v. D. NEGRI, *Il dito della irretroattività*, cit., 648-649.

scopo» messo a diretto contatto con scelte di politica criminale; figura in palese antinomia con i principi cardine dello Stato costituzionale di diritto³⁰. Lasciato libero nella selezione delle norme soggette a disapplicazione e nella definizione dei presupposti per agire in tal senso, il potere giudiziario verrebbe abilitato a neutralizzare volta a volta qualunque disposizione fosse ritenuta di impedimento alla repressione del reato: tanto se appartenente all'ambito sostanziale della «punibilità», quanto se relativa al «processo».

Nella vicenda *Taricco*, infatti, sono state prese a bersaglio previsioni di confine tra i due settori come quelle sui termini prescrizionali, ma era agevole supporre che la licenza concessa dalla Corte di Lussemburgo avrebbe presto fomentato pronunce dei giudici nazionali tese a disinnescare presidi di matrice processuale³¹. Le regole sul rito per vocazione costitutiva tutelano interessi che fungono da altrettanti limiti all'esercizio del potere punitivo e si dispongono dunque a naturale intralcio lungo la strada verso l'inflizione della pena. Disapplicarle significa togliere il contrappeso alle esigenze dell'autorità rappresentato dalle ragioni della libertà, nel bilanciamento che conferisce intima struttura all'insieme delle norme processuali. Si è dato allora il caso, in un ordinamento straniero, di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia col proposito di acclarare il conflitto tra l'art. 325 TFUE e lo specifico divieto di utilizzare prove contrarie alla legge stabilito da norme interne: solo evitando di escludere quelle conoscenze viziate – sostiene il giudice *a quo* – si potrebbe conseguire l'agognato traguardo della condanna e della sanzione, mentre dichiararne l'invalidità equivarrebbe al proscioglimento dell'imputato³². Il timore di assistere al tentativo indiscriminato dei giudici di affrancarsi dai vincoli della legalità processuale ha così ricevuto una prima, tangibile conferma.

Fortunatamente la Corte costituzionale italiana ha invece aderito all'impostazione giuslegalistica di stampo continentale, col ripudiare l'idea che i «tribunali penali» siano incaricati di perseguire un risultato a prescindere dalla esatta regolamentazione degli strumenti impiegabili a tal fine. Saremmo stati più perentori nella conclusione, negando alla radice che il giudice possa essere reso complice di alcun obiettivo sanzionatorio, quantunque mediato da regole procedurali dettagliate, pena altrimenti la sua trasformazione nell'interprete della lotta partigiana per il

³⁰ A. VALLINI, *Un'ingerenza grave*, cit., 153; D. NEGRI, *Il dito della irretroattività*, cit., 655-651.

³¹ In tal senso, D. NEGRI, *Il dito della irretroattività*, cit., 652.

³² Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dallo *Spetsializiran nakazatelen sad* (Bulgaria), causa C-310/16, *Dzivev*.

successo della pretesa punitiva. Il problema in questo caso si sposta, tuttavia, sul diverso piano dell'orientamento da imprimere alle norme che delineano il percorso verso la meta. In ossequio al principio di imparzialità, specie nella rigorosa declinazione solidale al sistema accusatorio, i precetti destinati a disciplinare direttamente la condotta del giudice non dovrebbero essere sbilanciati in senso funzionale al risultato repressivo, prima che il cammino processuale abbia portato all'accertamento della colpevolezza legittimando – solo allora – l'attuazione della componente sanzionatoria della norma incriminatrice.

5. *La legalità processuale come argine all'etica del risultato*

In virtù di quanto affermato dall'ordinanza n. 24 del 2017 trova comunque riconoscimento anche rispetto alla norma processuale penale – ed era approdo nient'affatto ovvio – il canone di determinatezza quale corollario del principio di legalità. Il costruito alla base della pronuncia è paradigmaticamente riferito alla garanzia di parte sostanziale consacrata dall'art. 25 comma 2 Cost., alla quale si deve la declinazione «particolarmente rigida nella materia penale» del postulato politico circa la separazione tra i poteri dello Stato. Ma abbiamo anche sottolineato il valore attribuito dalla Corte costituzionale all'esigenza di precisione nella disciplina dei «casi», delle «condizioni», dei «mezzi» e dei «limiti» necessari ad evitare che il giudice divenga potenza creatrice del diritto processuale. Ci si muove pertanto in direzione dell'auspicio affinché il vincolo a regolare il «giusto processo» attraverso la «legge», derivante dall'art. 111 comma 1 Cost., sia considerato con più rigore sino a pretendere qualità descrittiva della fattispecie e massima fedeltà al testo scritto da parte dell'interprete³³.

Simile itinerario avrebbe meritato un completamento finale. Nelle ultime battute l'ordinanza – si è visto – coglie perfettamente la deriva congenita alla «norma europea» enunciata dalla Corte di giustizia: l'organo munito del potere di disapplicazione è messo potenzialmente in grado di «disfarsi» *ad libitum* degli ostacoli processuali all'esito sanzionatorio, ciò che «eccede il limite della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto». Sebbene non esplicitato, palese è pure qui il richiamo ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale che vanno oltre quelli

³³ Avevamo insistito sulla necessità di dotare la legalità processuale di uno specifico status metodologico destinato a governarne l'interpretazione, in D. NEGRI, *Il processo penale italiano a venticinque anni dalla riforma del codice*, in *Criminalia*, 2014, 229.

di stretta pertinenza al diritto penale sostanziale; difficile negare che siano chiamati in causa quantomeno gli artt. 101 comma 2 e 111 comma 2 Cost. Ne dà del resto conferma il tenore generale del passaggio subito successivo, che censura la «carente determinatezza» della regola di fonte UE «quando interferisce con i diritti degli imputati in un processo penale»: esce chiaro una volta di più il riconoscimento di autonoma rilevanza, nella questione affrontata, ai canoni processuali di garanzia individuale; nonché della loro appartenenza al nucleo intangibile del patrimonio costituzionale.

Senonché, l'argine contro l'inusitata espansione degli effetti di carattere penale desunti dall'art. 325 TFUE viene poi identificato soltanto nel principio di legalità materiale dettato dall'art. 49 della Carta di Nizza. S'avverte qui una lacuna, a voler escludere che la Corte costituzionale sia scivolata proprio in chiusura nella tendenza a concepire il processo penale esclusivamente quale strumento di attuazione del diritto sostanziale. Sarebbe stato infatti preferibile e coerente con le premesse integrare i referenti della verifica di compatibilità tramite l'appello alle coordinate dell'equo processo, recepite dall'art. 47 CDFUE. Il recupero per questa via della giurisprudenza di Strasburgo sull'omologo art. 6 CEDU avrebbe consentito di mettere in luce fino in fondo l'altro profilo di censura della soluzione escogitata dalla Corte di giustizia nella causa *Taricco*. Precisamente, la contrarietà frontale al canone della legalità processuale espresso col brocardo *nullum iudicium sine lege*. Esso viene considerato «principio generale del diritto» che funge da «pendant» alla legalità sostanziale al fine di proteggere l'individuo perseguito penalmente dal rischio dell'abuso del potere nelle mani dell'autorità. Sostiene infatti la Corte europea dei diritti dell'uomo che è la difesa, appunto, a patire in misura maggiore l'incertezza dovuta a lacune e imprecisioni delle regole processuali³⁴; conclusione allineata alla robusta valorizzazione del principio di determinatezza compiuta dalla nostra Corte costituzionale con l'ordinanza n. 24 del 2017.

Migliore argomento non si potrebbe allora trovare per ricacciare indietro l'assalto prepotente del giudice di scopo, liberato dal freno della legalità processuale in nome dell'etica del risultato.

³⁴ Corte EDU, sent. 22 giugno 2000, Coëme ed altri c. Belgio. Valorizza al riguardo la giurisprudenza di Strasburgo anche S. MARCOLINI, *La prescrizione*, cit., 373, sebbene nell'ottica del criterio di successione tra norme.

IRENE PELLIZZONE

IL RUOLO DEL GIUDICE PENALE NELLA TUTELA
DEGLI INTERESSI FINANZIARI DELL'UNIONE (E NAZIONALI):
BATTAGLIA DI RETROGUARDIA O PRINCIPIO INELUDIBILE
DA ESPORRE A CONTROLIMITE
DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA?

SOMMARIO: 1. I piani di lettura dell'ord. n. 24 del 2017 ed il loro intreccio: considerazioni introduttive. – 2. Il contesto culturale della sentenza *Taricco* e le sue peculiarità rispetto all'evoluzione del ruolo del giudice penale. – 3. Il versante del principio di determinatezza valorizzato dalla Corte costituzionale ed il conseguente limite al giudice di scopo. – 3.1. Valutazioni alla luce della complessiva giurisprudenza costituzionale in tema di determinatezza e specificità del caso *Taricco*. – 4. Il convitato di pietra della riserva di legge: un controlimite che non aveva senso esporre? – 5. Considerazioni conclusive sull'importanza di una difesa del ruolo del giudice penale.

1. *I piani di lettura dell'ord. n. 24 del 2017 ed il loro intreccio: considerazioni introduttive*

L'ordinanza n. 24 del 2017, come emerso dal copioso dibattito sinora registratosi in dottrina, ha in molti casi sollecitato riflessioni animate dallo scontro tra sovranismo ed europeismo, che conducono in ultima analisi a valutare il compromesso del rinvio pregiudiziale come più o meno soddisfacente a seconda che lo si consideri un reale tentativo di dialogo oppure un *aut aut* del giudice costituzionale alla Corte di Giustizia¹.

Tuttavia, pare che la decisione si possa prestare anche a considerazioni di altro tipo, potendone essere tratta una *ratio decidendi* essenzialmente dedicata alla difesa del “ruolo” del giudice penale e dei limiti co-

¹ Si vedano per tutti, tra coloro che hanno accolto positivamente il rinvio pregiudiziale, V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco” - Note minime all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017, 1 ss.; per una posizione critica, A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora, oppone, i controlimiti (a margine di C. Cost., n. 24 del 2017)*, in *Consultaonline*, 1/2017 (27 gennaio 2017).

stituzionali al suo potere², dettati dal principio di determinatezza e, più in generale, di separazione dei poteri³.

Ovviamente, i due piani di lettura s'intrecciano fra loro, posto che il processo d'integrazione europea in materia penale si è sviluppato sinora grazie a repentini balzi in avanti della giurisprudenza di Lussemburgo, che ha in taluni casi supplito al fallimento degli organi di indirizzo politico dell'Unione preposti alla formazione di un diritto penale europeo, imprimendo ad esso un carattere marcatamente "giudiziario"⁴.

Nel caso *Taricco*, oltretutto, l'intreccio si stringe, poiché l'intervento della Corte di Giustizia rappresenta non solo un ulteriore, emblematico caso di spinta giurisprudenziale all'avanzamento delle competenze penali dell'Unione, non essendo preceduto né accompagnato da scelte politico/istituzionali dei competenti organi, ma anche perché con esso (se è vero, come qui si assume, che le due condizioni per la disapplicazione delle scellerate norme interne in *bonam partem* sulla prescrizione⁵ sono indeterminate⁶) è stato riversato sul giudice comune un potere (ed una responsabilità) del tutto estraneo rispetto alla funzione giurisdizionale.

Ciò posto, in queste brevi riflessioni, si cercherà di offrire una lettura dell'ordinanza di rinvio che tenga conto della sua anima per così dire "istituzionale", al fine di trarne qualche indicazione sul limite che il processo di integrazione europea incontra nel ruolo del giudice penale, come delineato a livello costituzionale interno. Nello svolgere il lavoro, si

² Si rinvia in tal senso a F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla "Taricco": punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in corso di pubblicazione in *Dir. pen. proc.*, 2/2017.

Tra gli autori che svolgono considerazioni sia sul piano del dialogo con la Corte di Giustizia, sia del ruolo del giudice penale, cfr. M. D'AMICO, *Il principio di legalità penale e il "dialogo" tra le Corti. Osservazioni a margine del caso Taricco*, in questo Volume, la quale si sofferma anche sul ruolo della Corte costituzionale in materia penale e sui limiti del suo sindacato in *malam partem*, auspicando un mutamento giurisprudenziale che collochi la prescrizione nell'ambito del diritto processuale.

³ Se così stanno le cose, dunque, come si vedrà, il dibattito che vuole incasellare la prescrizione tra gli istituti di diritto sostanziale o processuale non è più esiziale.

⁴ In tema, tra i numerosi contributi, v. per tutti C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, *passim*.

Per un esame del contributo della giurisprudenza della Corte di Giustizia all'integrazione europea in materia penale su di un terreno di diritto costituzionale, si v. M. D'AMICO, *Principio di legalità in materia penale e diritto penale europeo*, in *La giustizia penale nella Convenzione. La tutela degli interessi finanziari e dell'ambiente nell'Unione europea*, a cura di F. RUGGERI, Milano, 2003, 55 ss.; M. D'AMICO, *Lo spazio di libertà, sicurezza, giustizia e i suoi riflessi sulla formazione di un diritto penale europeo*, in A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Napoli, 2003, 191, ss.

⁵ Per critiche al regime italiano di prescrizione v. per tutti D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, 29 settembre 2014.

⁶ Per considerazioni su questo aspetto si v. *infra*.

terrà conto dell'interrogativo di fondo retrostante il pronunciamento della Corte costituzionale, ovvero sia se, semplificando, il vizio di indeterminatezza non sia stato preso troppo sul serio dal giudice costituzionale, animato in realtà da uno spirito di chiusura verso il diritto penale europeo⁷. Ciò nella consapevolezza del carattere vitale per l'Unione della tutela dei propri interessi finanziari⁸.

2. *Il contesto culturale della sentenza Taricco e le sue peculiarità rispetto all'evoluzione del ruolo del giudice penale*

Non è dato conoscere il livello di consapevolezza di giudici di Lussemburgo quando hanno previsto, come condizioni per la disapplicazione di norme interne in *bonam partem* sulla prescrizione, due elementi così sfuggenti come il carattere grave delle frodi e la loro impunità in un numero considerevole di casi, e se si siano misurati con il problema del devastante impatto della loro pronuncia sul riparto dei poteri a livello interno.

A prescindere dalla sua sensibilità in tema di determinatezza, è un dato di fatto che la Corte di Giustizia, forse influenzata dall'anomalo punto di partenza del giudice del rinvio, il quale aveva assunto l'inefficacia della normativa italiana sulla prescrizione⁹, abbia ingaggiato i giudici comuni nella lotta alle frodi in danno agli interessi finanziari dell'Unione

⁷ Come sostiene, ad esempio, A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco*, cit., 83 ss. L'A. considera il fenomeno delle norme penali indeterminate come largamente conosciuto nell'esperienza italiana, indicando l'esempio dei reati presidenziali di cui all'art. 90 Cost., e sottolinea come sia difficile tracciare un confine tra testi normativi determinati ed indeterminati. Condividendosi quest'ultima considerazione, si osserva purtuttavia che la specificità della responsabilità presidenziale, il cui giudizio è tra l'altro attribuito alla Corte costituzionale, suggerisca di non prendere le fattispecie di cui all'art. 90 Cost. come paradigma per valutare la determinatezza di altre norme penali.

⁸ Cfr. in tal senso A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2015 e, prima, A. VENEGONI, *Il difficile cammino della direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione attraverso la legge penale, c.d. direttiva PIF*, in *Cass pen.*, 6/2015, e L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura Europea*, in *Dir. pen. cont.*, 13 novembre 2013.

⁹ V. le interessanti considerazioni di C. SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, 501 ss. e spec. 506, il quale illustra quella che è definibile come una rivoluzione copernicana rispetto al c.d. caso *Berlusconi*: allora, infatti, il giudice del rinvio aveva chiesto che la Corte di Giustizia compisse una valutazione di efficacia delle norme nazionali, ipotizzandone, per così dire, la inadeguatezza. Nel caso *Taricco*, il g.u.p. di Cuneo ha invece assunto l'inefficacia del sistema di prescrizione interno per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione come base di partenza.

con l'obiettivo di far fronte, facendo perno sulla loro capacità di intervento, alla inettitudine del legislatore nazionale.

Per questo aspetto, la sentenza *Taricco* può rappresentare, pur se connotata da sue specifiche peculiarità, la deriva più estrema dell'ampio fenomeno, ben noto anche a livello nazionale, che ha visto la dottrina discorrere di una vera e propria trasformazione del ruolo del giudice penale, in cui la soggezione del giudice alla legge sfuma sempre di più; ciò è accaduto il più delle volte perché si è lasciato spazio a interpretazioni conformi a Costituzione e Convenzione europea via via più complesse e ardite, al fine di far fronte – e questo avviene anche nella vicenda *Taricco* – a vuoti di tutela che spingono, nel caso concreto, l'organo giurisdizionale a farsi carico di problemi non risolti in via legislativa¹⁰. Trasformazione che gli antieuropeisti hanno trattato con particolare rigore, se non insofferenza, facendone un uso forse a volte strumentale all'intento di alzare argini all'integrazione europea in materia penale¹¹ – secondo una prospettiva, si tiene a precisarlo, ben lontana dal punto di vista da cui muovono le presenti riflessioni.

Il caso *Taricco* costituisce allora l'ultimo tassello della descritta metamorfosi del giudice, dal momento la Corte di Giustizia (dunque un giudice dell'ordinamento dell'Unione europea) configura una ipotesi di disapplicazione che dipende da valutazioni di natura politico criminale¹². Lasciando da parte l'interpretazione della locuzione “gravi frodi”, e concentrando l'attenzione sulla “impunità in un numero considerevole di casi” di frode, infatti, emerge come venga addossato sul giudice del caso concreto un compito estraneo alla sua funzione, ovvero sia decidere quando gli interessi finanziari dell'Unione lesi da frodi all'IVA siano meritevoli di tutela penale; inoltre, e per questo, non si assiste al ricorso ad una interpretazione che sostanzialmente divarica la *ratio legis* dalla lettera

¹⁰ Così cfr. N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, 315 ss. In senso analogo, per un'analisi rivolta a mettere in luce anche le criticità della giurisprudenza costituzionale, v. inoltre M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 4/2016, 1 ss.

Tra i penalisti, v. per tutti M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *Dir. pen. cont.*, 2 novembre 2016.

¹¹ Cfr. l'analisi di F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2011, 657 ss.

¹² In dottrina non sono mancati tentativi, peraltro convincenti, di interpretazione conforme a Costituzione di tali condizioni, in modo da circoscriverne il contenuto e individuarne i contorni in modo più chiaro. V. per tutti F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in A. BERNARDI, a cura di, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, 262 ss.; la Corte costituzionale evidentemente, non ha ritenuto di accogliere questo punto di vista.

della legge, ma ad un trasferimento sistematico sul giudice penale del compito di effettuare valutazioni di politica criminale. In altre parole, il problema posto dalla “pronuncia Taricco” non risiede unicamente nell’esercizio anomalo della funzione interpretativa da parte del giudice di Lussemburgo, ma nella istituzionalizzazione della regola, estrapolata dall’art. 325 TFUE (in modo quantomeno discutibile¹³), del potere di adottare scelte di politica criminale in capo al giudice¹⁴.

Si noti al riguardo che il requisito del “numero considerevole di casi” di impunità può essere avvicinata alla categoria della indeterminatezza intesa in senso proprio, ponendo la norma risultante dal *dictum* dei giudici di Lussemburgo non solo problemi di precisione, ma anche di reale verificabilità empirica da parte del giudice della condizione alla base della disapplicazione¹⁵, mancando i parametri numerici cui il giudice stesso possa fare riferimento, proprio come la Corte costituzionale ebbe a notare, con qualche analogia, nel caso del plagio¹⁶. Questo punto di vista pare corroborato dalla constatazione che nel caso di specie non si tratta solo di fare i conti con una clausola quantitativa sprovvista di un tetto massimo, ma che il perimetro oltre il quale il numero di casi diviene considerevole dipende da una valutazione intrinsecamente politica, dovendo essere determinato in relazione alla diffusione della impunità degli autori delle frodi e non ad un elemento oggettivo.

Se così stanno le cose, allora, si condivide la posizione autorevolmente sostenuta per cui l’alterazione del ruolo del giudice penale rende, paradossalmente, irrilevante che la decisione abbia effetto in *bonam* o in *malam partem*¹⁷.

Difronte a questo scenario, la Corte costituzionale non si fa “attirare dal vortice” della riserva di legge nel suo significato primigenio, per cui solo la legge parlamentare può prevedere reati e pene (su cui si tornerà in seguito), pure evocata i dai remittenti e che pure rappresenta un serissimo problema ed ostacolo alla disapplicazione formulata dalla sentenza

¹³ In tema v. C. AMALFITANO, *Il ruolo dell’art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia?*, in M. D’AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, in corso di pubblicazione.

¹⁴ V. per questa prospettiva L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell’Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, 2015.

¹⁵ V. per questa classificazione, che tiene distinta la precisione dalla determinatezza e dalla tassatività, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 164.

¹⁶ Cfr. la sent. n. 96 del 1981 della Corte costituzionale, in cui la Corte ha ritenuto l’art. 603 c.p., che puniva il plagio, una norma indeterminata e imprecisa, perché «prevede un’ipotesi non verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato».

¹⁷ F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla “Taricco”*, cit.

Taricco. Se ritenuta un controlimite violato, infatti, la riserva di legge avrebbe probabilmente imposto un accoglimento immediato, “assorbendo” le altre questioni dipendenti dalla risoluzione dei dubbi interpretativi posti alla Corte di Giustizia; ma, consapevole della posta in gioco ed avendo ben colto la portata devastante delle anomale condizioni per la disapplicazione sul principio di determinatezza e, di riflesso, di separazione dei poteri, la Corte costituzionale focalizza la sua attenzione sul ruolo del giudice penale.

Dinanzi alla impropria spinta della Corte di Giustizia, in estrema sintesi, l’ord. n. 24 del 2017 tenta di mettere in risalto l’alveo costituzionale in cui si inseriscono poteri del giudice penale e i loro limiti, e, da un punto di vista più generale, pone un argine alle spinte culturali che assurgono quest’ultimo a supremo garante di diritti e principi di matrice costituzionale e comunitaria e ne incrinano la soggezione alla legge. Più precisamente – e non potrebbe essere altrimenti per il suo forte nesso con la limitazione dello spazio per arbitri giudiziari – la pronuncia valorizza il ruolo della legge penale determinata, tassativa e precisa, mettendo l’accento, in modo, come si vedrà, quasi del tutto inedito nel panorama giurisprudenziale, sul rapporto tra principio di tassatività e separazione dei poteri, e ponendo un netto argine all’avvento del “giudice di scopo”.

Seguendo tale *iter* argomentativo, il giudice costituzionale chiede quindi alla Corte di Giustizia di chiarire se la disapplicazione delle norme sui limiti massimi della prescrizione debba essere operata anche, per quanto rileva in questa sede, in assenza di una base legale sufficientemente determinata e anche se la disapplicazione «*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*», lesi dall’alterazione del ruolo del giudice penale.

3. *Il versante del principio di determinatezza valorizzato dalla Corte costituzionale ed il conseguente limite al giudice di scopo*

L’inclusione del principio di determinatezza della legge penale tra i principi irrinunciabili della Costituzione avrebbe potuto probabilmente essere prevedibile, ma si rivela di particolare interesse l’*iter* argomentativo seguito dalla Corte. L’accento posto sul suo rapporto col principio di separazione dei poteri presenta infatti dei tratti in parte originali, che, come si tenterà di dimostrare, conferiscono nuova linfa all’art. 25, secondo comma, Cost.

Tra i precedenti della Corte costituzionale, in cui il collegamento con la separazione dei poteri era stato messo in luce, si può individuare

la nota sent. n. 327 del 2008, riguardante l'art. 434 c.p. (crollo di costruzioni o altri disastri dolosi)¹⁸, allora utilizzato in giurisprudenza per far fronte al vuoto di tutela penale dell'ambiente e della salute in caso di disastro ambientale, ove viene associata alla funzione del principio di determinatezza l'esigenza di evitare che «*il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito*» (nello stesso senso v. la sent. n. 21 del 2009; significative del rapporto tra indeterminatezza della norma penale ed arbitri del giudice sono anche le sentt. nn. 247 del 1989 e 299 del 1992).

Ma occorre mettere in luce che, nel complesso, la pregressa giurisprudenza costituzionale si era limitata a privilegiare il rapporto tra determinatezza della legge penale e prevenzione di arbitri del giudice, dando per scontato il retroterra della separazione dei poteri.

In altre parole, il versante valorizzato dalla Corte era costituito dalle esigenze di garanzia del destinatario della norma penale, che deve avere elementi sufficientemente chiari per apprezzare *a priori* le conseguenze giuridico-penali della propria condotta (v. tra le tante la sent. n. 364 del 1988).

Anche nella pronuncia in commento, per la verità, si affronta brevemente il tema della preventiva calcolabilità delle conseguenze dell'illecito. Degno di nota il fatto che la Corte costituzionale accomuni tale esigenza alla giurisprudenza della Corte europea, che, in forza dell'art. 7 CEDU, richiede una *base legale* certa e prevedibile del trattamento punitivo¹⁹. Ciononostante, e forse condivisibilmente, dato che in questo caso non si tratta degli elementi costitutivi del reato, ma del calcolo del tempo necessario a prescrivere, la pronuncia insiste maggiormente sullo snaturato ruolo del giudice penale.

Al contrario di quanto ci si sarebbe aspettati, tuttavia, tale percorso argomentativo non è coronato dal richiamo esplicito all'art. 101, secondo comma, Cost., che pure era stato evocato dai remittenti (e più precisamente dalla Corte di Cassazione)²⁰ e che indubbiamente compone, a livello sostanziale, l'intelaiatura della pronuncia.

¹⁸ Segnala la consapevolezza della Corte dinanzi al fenomeno della creazione giurisprudenziale delle fattispecie ambientali F. GIUNTA, *I contorni del "disastro innominato" e l'ombra del "disastro ambientale" alla luce del principio di determinatezza*, in *Giur. cost.*, 2008, 3539 ss.

¹⁹ Per considerazioni critiche sul punto, dovute ad una non necessaria concessione alla nozione di prevedibilità di matrice convenzionale, v. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, cit., 7.

²⁰ Su cui v. S. BISSARO, *I "nodi" della prescrizione: problematiche costituzionali alla luce della sentenza Taricco*, in M. D'AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, cit.

L'attenzione dedicata al principio di separazione dei poteri, ancorché come semplice portato del principio di determinatezza, si rivela peraltro particolarmente utile, perché offre alla Corte costituzionale il destro per porre alla Corte di Giustizia dei dubbi sulla disapplicazione anche nell'ipotesi in cui la prescrizione sia considerata a livello interno un istituto di diritto penale processuale. Infatti, il passaggio attraverso il principio della separazione dei poteri rende più facile, per la Corte, ragionare dei diritti dell'imputato nel processo penale, che non possono essere vanificati dall'intervento creativo dei giudici, i quali, in assenza di una legge chiara che ne delimiti il potere, potrebbero «*disfarsi, in linea potenziale, di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato*».

Non solo. La separazione dei poteri ben si presta ad essere ricondotta all'art. 49 della Carta di Nizza e alle tradizioni costituzionali comuni, in quanto principio cardine degli ordinamenti di *civil law*. Ecco allora che il rinvio pregiudiziale – molto più che un accoglimento della questione, tramite una pronuncia che sarebbe suonata come una chiusura del “ponte levatoio” verso l'Europa – assume un importante valore: consente alla Corte costituzionale di tutelare l'identità costituzionale italiana, ma anche, e soprattutto, dà occasione alla Corte di Giustizia di elevare il grado di protezione dei diritti degli imputati in seno all'intera Unione europea.

Se così stanno le cose, allora, l'incauto balzo in avanti della Corte di Giustizia nel caso *Taricco* potrebbe tramutarsi in una opportunità di avanzamento del cammino del principio di determinatezza in materia penale a livello interno, rinvigorito dal legame con il principio di separazione dei poteri, ed un suo riconoscimento a livello europeo, sotto l'alveo degli artt. 49 e 52, quarto comma, della Carta.

A prescindere dall'esito del rinvio pregiudiziale, sulla conclusione del quale non è il caso di fare previsioni, una sollecitazione a riflettere sul ruolo del giudice penale in sede europea non può che essere dunque ben vista.

3.1. *Valutazioni alla luce della complessiva giurisprudenza costituzionale in tema di determinatezza e specificità del caso Taricco*

Una delle critiche che si potrebbero muovere a questa impostazione deriva dalla collocazione della pronuncia nel complessivo contesto della giurisprudenza costituzionale espressasi in tema di determinatezza. Si consideri, infatti, che, a fronte di solenni enunciati a favore della tutela di

questo principio, è estremamente esiguo il numero di pronunce che hanno dichiarato incostituzionali norme indeterminate, nonostante il livello incontestabilmente basso di chiarezza e precisione del legislatore italiano²¹.

Un esempio di particolare indulgenza della Corte costituzionale può essere proprio quello sopra citato, perché il giudice costituzionale italiano in esso “prende coscienza” dei rischi sulla divisione dei poteri derivanti dall’assenza di limiti al potere creativo del giudice, ma poi non giunge a trarre dalle sue valutazioni conclusioni rigorose e coerenti, arrivando a “salvare” l’applicazione al disastro ambientale di una norma vaga come il disastro innominato²².

Dietro alla più rigorosa impostazione fatta propria dalla Corte rispetto alla disapplicazione dai giudici dell’Unione, allora, sarebbe da leggere in controluce un atteggiamento di chiusura all’integrazione europea

²¹ Cfr. la sent. n. 177 del 1980, che ha dichiarato incostituzionale l’art. 1, n. 3, della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, nella parte in cui elenca tra i soggetti passibili delle misure di prevenzione previste dalla legge medesima coloro che, per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere; la sent. n. 96 del 1981, in tema di plagio (sentenza di accoglimento); la sent. n. 282 del 1990, sul combinato disposto degli artt. 1, primo comma, e 5, primo comma, della l. n. 818 del 1984, il quale prevedeva il rinvio fisso ad una fonte secondaria per la individuazione dell’obbligo assistito da sanzione penale (in materia di prevenzione anticendi; sentenza di accoglimento); la sent. n. 35 del 1991, su una norma in tema di frode fiscale, nella parte in cui non prevede che la dissimulazione di componenti positivi o la simulazione di componenti negativi del reddito debba concretarsi in forme artificiose; la sent. n. 34 del 1995, sulla norma che prevedeva una sanzione penale per lo straniero che «non si adopera per ottenere dalla competente autorità diplomatica o consolare il rilascio del documento di viaggio occorrente» (art. 7-bis del d.l. n. 416 del 1989; di accoglimento); la sent. n. 282 del 2010, riguardante la misura di prevenzione della sorveglianza speciale, di cui all’art. 9, secondo comma, della l. n. 1423 del 1956, per violazione della prescrizione, tra l’altro, di «vivere onestamente» (interpretativa di rigetto).

Per un esame del fondamento del principio di determinatezza e dei limiti della giurisprudenza costituzionale che lo ha utilizzato, ferme restando le responsabilità del legislatore, v. per tutti M. D’AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, 11 ss.; F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 49 ss.

²² V. in tema G. GATTA, *Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell’amianto: riflettendo sull’epilogo del caso Eternit*, in *Dir. pen. cont.*, 24 novembre 2014.

L’A. conclude mettendo in evidenza che «dietro al clamore mediatico della vicenda Eternit vi è dunque un complesso problema giuridico, che come abbiamo cercato di mostrare va oltre alla questione del dies a quo della prescrizione e svela il contrasto tra l’interpretazione costituzionalmente conforme del delitto di disastro innominato, fornita dalla Corte costituzionale nel 2008, e il diritto vivente, che ricorre a quella figura criminosa per sanzionare la causazione di eventi – come la dispersione prolungata nell’ambiente di fibre di amianto – disomogenei rispetto ai disastri nominati. Forte è il sospetto di una violazione del principio della riserva di legge, e dei suoi corollari».

in materia penale, rispetto alla quale la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione ha sempre funto da cartina di tornasole²³.

Questa osservazione, tuttavia, pare non risolutiva, dato che, in primo luogo, una stretta della giurisprudenza costituzionale in materia di determinatezza non può che essere ben accolta, con l'auspicio che l'ordinanza qui in esame funga da precedente che contribuirà al superamento delle ritrosie passate della Corte ad esporsi con pronunce di accoglimento.

In secondo luogo, occorre tenere prese che il caso di specie amplifica in maniera esponenziale il problema di costituzionalità posto da una norma indeterminata, per le modalità con cui il giudice deve fare uso della stessa norma indeterminata.

Infatti, la non-applicazione della norma interna incompatibile con il diritto UE in ambito penale presenta specifiche problematiche, perché, trattandosi di una modalità di soluzione di autonomie priva di efficacia *erga omnes*, è incapace di irradiare i suoi effetti nell'ordinamento giuridico una volta per tutte, prestandosi invece ad un funzionamento caso per caso, foriero di trattamenti differenziati non rispondenti alle esigenze egualitarie sottostanti all'irrogazione della sanzione penale (si tenga conto al riguardo delle ripercussioni sul principio di rieducazione della pena)²⁴. Le insidie del ricorso alla non-applicazione rendono dunque assai fragile la base su cui poggia la ancor più critica verifica delle vaghe condizioni in cui questa deve avvenire.

Inoltre, si deve osservare che l'indeterminatezza insiste su condizioni per la disapplicazione di norme non solo esistenti ed efficaci a livello interno, ma anche chiare e precise (anche se censurabili nel merito). In altre parole, i passi necessari per ottemperare al *dictum Taricco* sono due: per prima cosa, il giudice italiano dovrebbe capire se sussistono le condizioni per la disapplicazione attraverso una valutazione politica e non una mera operazione interpretativa; in secondo luogo, sulla base di tale risultato, il giudice comune dovrebbe "scartare" norme approvate dal Parlamento italiano, in vigore nell'ordinamento nazionale, nonché determinate. Le conseguenze sulla tenuta del principio soggezione del giudice alla legge di tale intricato percorso sono evidentemente molto marcate, tanto da giustificare, forse, su un piano sistematico, la stretta della Corte rispetto al suo complessivo apporto giurisprudenziale.

²³ Cfr. in tema M. D'AMICO, *Principio di legalità in materia penale e diritto penale europeo*, in *La giustizia penale nella Convenzione. La tutela degli interessi finanziari e dell'ambiente nell'Unione europea*, a cura di F. Ruggieri, Milano, 2003, 55 ss.

²⁴ Si vedano le preoccupate osservazioni di F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, cit., 657 ss.

4. *Il invitato di pietra della riserva di legge: un controlimite che non aveva senso esporre?*

Rimane invece completamente in ombra nella pronuncia in esame la riserva di legge penale nel suo significato primigenio, per cui solo la legge del Parlamento può stabilire reati e pene, pure evocato dalle ordinanze di rimessione²⁵. Probabilmente, come si è già notato sopra, enfatizzare questa accezione dell'art. 25, secondo comma, Cost., avrebbe portato ad uno scontro con la Corte di Giustizia e sarebbe stata funzionale ad una decisione di accoglimento, nel ruolo di controlimite.

Si tratta inoltre di un principio entrato da tempo in uno stato di sofferenza, in ragione della già menzionata crisi della legge, che rende sempre più difficile apprezzarne le irrinunciabili qualità, ed è stato dunque accantonato dalla stessa giurisprudenza costituzionale²⁶, che, probabilmente, anche nel caso *Taricco* ha avvertito debolezza in questo richiamo, fatta eccezione per un fugace riferimento all'importanza dell'intervento del Parlamento e di una legge scritta²⁷.

Ci si potrebbe anzi chiedere quale esito avrebbe avuto la decisione della Corte costituzionale se i requisiti per la disapplicazione fossero stati individuati in modo sufficientemente preciso dalla CGUE²⁸: forse, a quel punto, rimanendo ancorati al punto di vista espresso nell'ordinanza in esame, l'unico ulteriore problema che avrebbe spinto la Corte italiana verso il rinvio pregiudiziale sarebbe derivato dalla retroattività di norme penali in *malam partem*²⁹, fermo restando che anche il principio di egua-

²⁵ V. in tema M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in A. BERNARDI, a cura di, *I controlimiti*, cit., 63 ss.; C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Rivista AIC*, 3/2016.

²⁶ Ciò è vero, a parte qualche rara eccezione (da ultimo v. la sent. n. 32 del 2014).

Osserva con preoccupazione come il pregio della riserva di legge in senso illuministico finisca con l'essere influenzato dall'atteggiarsi in un dato momento storico del sistema delle fonti F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza*, cit., 49 ss.

Sul maggior risalto, dato dalla Corte costituzionale, al principio di determinatezza, rispetto alla riserva di legge, ci si permette di rinviare a I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della Riserva di legge in materia penale*, Milano, 2016.

²⁷ Come osservato da M. BIGNAMI, nella sua relazione al convegno *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, tenutosi a Ferrara il 24 febbraio 2017.

²⁸ O addirittura non avesse previsto del tutto condizioni da verificare. Si pone queste domante C. AMALFITANO, *Primato del diritto dell'Unione vs identità costituzionale o primato del diritto dell'Unione e identità nazionale?*, in questo volume.

²⁹ Per il *vulnus* alla riserva di legge derivante da una soluzione che si fondi sulla limitazione degli effetti nel tempo della sentenza *Taricco*, cfr. S. CATALANO, *Il caso Taricco: una fuga in avanti*, in *www.forumcostituzionale.it* (5 ottobre 2016), 6 ss.

gianza, come si tenterà di dimostrare nel prossimo paragrafo, meriterebbe di essere considerato.

Lo scenario su cui occorre interrogarsi ora, in ogni modo, pare incentrarsi sul problematico seguito di una pronuncia della Corte di Giustizia che specifichi le due condizioni per la disapplicazione, in modo da renderle determinate e precise. Cosa potrebbe accadere a questo punto? La Corte costituzionale, che non ha voluto invocare la riserva di legge nel porre le questioni pregiudiziali al giudice dell'Unione, potrebbe utilizzare questo istituto in esito al rinvio, come un "asso nella manica" da esibire a seguito di un pronunciamento insoddisfacente sulle questioni poste in prima battuta?

Si tratterebbe evidentemente, se si assume un'ottica di dialogo e di collaborazione con la Corte di Giustizia, di un comportamento censurabile della Corte costituzionale. Aver tratteggiato, nell'interlocuzione con i giudici di Lussemburgo, solo alcuni dei possibili principi supremi nazionali vanificati dalla disapplicazione nei modi voluti dalla sentenza *Taricco*, per poi ricorrere, in seguito al rinvio stesso, ad altri parametri, oltretutto capaci di chiudere la questione in via definitiva, parrebbe sintomo di un atteggiamento poco trasparente.

Certo è che un richiamo alla riserva di legge nel rinvio pregiudiziale sarebbe stato non solo non necessario, inopportuno, ed altamente sopra le righe in un'ordinanza, come la n. 24, improntata ad uno spirito "diplomatico". Ma soprattutto, l'invocazione del problema del necessario intervento del Parlamento nazionale in materia penale, a fronte di una interpretazione che conferisce di fatto all'art. 325 TFUE un effetto diretto, sarebbe sfociata in una mera contrapposizione al *dictum* di Lussemburgo e non sarebbe dunque stata compatibile con la *ratio* del rinvio pregiudiziale, ma con una immediata opposizione dei controllimiti.

Da un punto di vista interno, ovvero sul terreno del sistema italiano di giustizia costituzionale, inoltre, se la riserva di legge fosse di per sé sola stata sufficiente a far accogliere la questione di costituzionalità, gli altri profili sarebbero dovuti essere, probabilmente, dichiarati assorbiti, per il venir meno dell'esigenza di un rinvio pregiudiziale rispetto ad alcuni di essi. Il fatto che ciò non sia avvenuto potrebbe dunque significare che la Corte non abbia voluto spingersi ad accogliere la questione sotto quel profilo, per lo scarso mordente della riserva di legge nel contesto nazionale e sovranazionale attuale, giungendo ad un compromesso diverso al suo interno e concentrandosi sul vizio capace di fare maggior presa tra gli stessi giudici costituzionali, ovvero la determinatezza.

Immaginando i futuri scenari, successivi alla pronuncia della Corte di Giustizia, occorre peraltro avvertire che si è già assistito, sia pure in

tutt'altro campo (cioè nella vicenda che ha portato alla dichiarazione di incostituzionalità della norma interna che prevedeva il divieto di fecondazione assistita di tipo eterologa), alla creazione di una gerarchia tra i parametri di costituzionalità interni e sovranazionali strumentale ad una dilazione della decisione nel merito, che ha visto la Corte costituzionale prima dare prevalenza all'art. 117, primo comma, Cost., in collegamento con la CEDU, e poi, una volta risolta la questione, decidere per il suo accoglimento sulla base dei soli parametri interni (il giudizio della Corte sovranazionale, pronunciata in composizione plenaria, aveva ribaltato la decisione della sezione e non era dunque più utilizzabile come argomento per l'accoglimento)³⁰.

5. *Considerazioni conclusive sull'importanza di una difesa del ruolo del giudice penale*

In conclusione, si intende provare a rispondere all'interrogativo iniziale, cioè se “valesse la pena” ergere il principio di determinatezza ad argine rispetto all'ingresso nell'ordinamento italiano della pronuncia *Taricco*.

Si tratta, forse, di un interrogativo impropriamente posto, considerato che sono in gioco i principi supremi dell'ordinamento.

Certo è, però, che le ragioni a favore di una più seria tutela degli interessi finanziari dell'Unione (ed italiani, posto che l'IVA è ripartita tra stato italiano ed Unione³¹) sono sicuramente molto serie.

Tuttavia, al di là del merito della vicenda, la posta in gioco per il nostro ordinamento costituzionale è, come si è tentato di dimostrare, molto alta, per il metodo utilizzato dalla Corte di Giustizia, che fa leva sulla sovraesposizione dei giudici comuni, snaturandone ruolo e funzioni.

In queste brevi considerazioni finali, si intende limitarsi ad alcune osservazioni generali sui danni “collaterali”, ulteriori al coinvolgimento del potere giudiziario in scelte di politica criminale, di un atteggiamento arrendevole da parte delle Corti di Giustizia e costituzionale dinanzi all'estremo sviluppo della metamorfosi del giudice penale, anche se da esso dipenderà una battuta di arresto del procedimento di costruzione di un diritto penale europeo.

In primo luogo, occorre esprimere preoccupazione per la tenuta del

³⁰ Cfr. l'ord. n. 150 del 2012 e la sent. n. 162 del 2014.

³¹ Come osserva P. FARAGUNA, *Il caso Taricco: i controlimiti in tre dimensioni*, in corso di pubblicazione in questo volume, par. 6.

principio di eguaglianza³², la cui violazione è particolarmente difficile da tollerare quando in gioco è l'applicazione di sanzioni penali. Ma una norma indeterminata, proprio perché lascia spazio ad arbitri del giudice, si presta in quanto tale ad una interpretazione foriera di discriminazioni³³.

In secondo luogo, il giudice di scopo, proprio perché, semplificando, la sua attività è improntata alla tutela degli interessi meritevoli di protezione e non si limita all'applicazione della legge, potrebbe essere indotto a dilatare a dismisura lo spettro applicativo delle sanzioni penali, con buona pace del principio di frammentarietà del diritto penale³⁴ e, soprattutto, del primato che i diritti della persona dovrebbero avere nel settore penale.

³² Sul nesso tra determinatezza ed eguaglianza v. F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza*, cit., 53.

³³ Sull'ingresso, per il tramite delle condizioni indeterminate per la disapplicazione secondo la regola *Taricco*, di norme penali indeterminate nell'ordinamento, si v. V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016, 21, e, volendo, I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, cit. 86 ss.

³⁴ Cfr. ancora F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza*, cit., 53.

GIOVANNI PICCIRILLI

L'UNICA POSSIBILITÀ PER EVITARE IL RICORSO IMMEDIATO AI CONTROLIMITI: UN RINVIO PREGIUDIZIALE CHE ASSOMIGLIA A UNA DIFFIDA

SOMMARIO: 1. Premessa: gli scenari ipotizzati alla vigilia. – 2. Elementi di continuità e innovazioni nell'economia della *ratio decidendi*. – 3. Il definitivo abbandono del «dialogo indiretto»? Quando la «doppia pregiudizialità» incrocia i principi supremi. – 4. Dai controlimiti alla *identity review*? – 5. Un rinvio necessario per evitare il ricorso immediato ai controlimiti. – 6. L'art. 4 (2) TUE come «europeizzazione» dei controlimiti. Qualche riflessione conclusiva sulle prospettive della nuova pronuncia pregiudiziale.

1. *Premessa: gli scenari ipotizzati alla vigilia*

La decisione della Corte costituzionale di procedere a un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea nel c.d. caso *Taricco*¹ costituisce una soluzione assai meno dirompente rispetto a molti degli scenari ipotizzati alla luce delle questioni di costituzionalità sollevate dalla Corte di appello di Milano e dalla Corte di cassazione².

Nei numerosi commenti agli atti di promovimento del giudizio sono

¹ Corte costituzionale, ord. n. 24 del 2017. Sia consentito segnalare una sorta di anomalia «tipografica» nella struttura della pronuncia: non risultano infatti casi precedenti di paragrafazione numerata di una ordinanza (strutturazione che è tipicamente riservata alle sole sentenze). Neanche nei due precedenti rinvii pregiudiziali operati con ordd. nn. 103 del 2008 e 207 del 2013 si era adottata una soluzione simile, salvo che nella traduzione in inglese della prima delle pronunce richiamate, disponibile sul sito della Corte, mediante una sorta di numerazione delle partizioni aggiunta informalmente tra parentesi quadre (accorgimento che è appunto presente nella sola versione tradotta): www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/O2008103_Bile_Gallo_en.pdf. Non è dato sapere se e quanto l'innovazione presente nella pronuncia in commento sia stata ricercata consapevolmente dalla Corte costituzionale, ma, in ogni caso, una simile strutturazione può costituire un presupposto strumentale per realizzare un minimo di dialogo in vista della pronuncia pregiudiziale da parte della Corte di giustizia, mettendo quest'ultima nella possibilità di citare (e dunque rispondere analiticamente a) i vari passaggi dell'atto introduttivo del proprio giudizio.

² Corte d'appello di Milano, ord. 18 settembre 2015 (n. 339 r.o. 2015) e Corte di cassazione, terza sez. penale, ord. 8 luglio 2016 (n. 212 r.o. 2016).

stati sostenuti diversi orientamenti³, che prospettavano, nell'ordine: l'accoglimento delle censure dei giudici rimettenti (azionando per la prima volta i controlimiti nei confronti del diritto dell'Unione europea⁴); un dispositivo di infondatezza, cui giungere mediante una opposta interpretazione dell'impatto della sentenza europea nell'ordinamento interno⁵ (al prezzo tuttavia di sovvertire decenni di giurisprudenza precedente⁶), aprendo così la strada verso a «un maggiore peso alla fedeltà comunitaria»⁷; una decisione interpretativa di rigetto, con modulazione temporale degli effetti dell'ingresso della «regola» emergente dalla sentenza *Taricco* nell'ordinamento interno⁸; una sorta di soluzione «mediana», che giungesse comunque a un dispositivo di rigetto, mediante tuttavia un raffinamento del concetto di principio supremo (al fine di distinguere al suo interno tra «nucleo essenziale» e «periferia»⁹).

³ Nonostante la vicenda si sia sviluppata in un arco temporale tutto sommato limitato, i commenti in dottrina (costituzionalistica, penalistica, e del diritto dell'Unione europea) sono appunto numerosissimi, tanto da renderne impossibile un richiamo completo in questa sede. Ci si limita, salvo che per il limitato numero di commenti citati nelle note immediatamente seguenti, a richiamare l'analitica classificazione operata da M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016, spec. 15 ss.

⁴ Tra gli altri, V. MANES, *La «svolta» Taricco e la potenziale sovversione di sistema: le ragioni dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016. Si v. altresì R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i «Controlimiti» 2.0*, in *Federalismi.it*, 2016, che sottolinea come la azionabilità dei controlimiti nel caso di specie fosse «quanto meno difficoltosa» (17), e O. CHESSA, *Meglio tardi che mai. La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2017, 301 ss., spec. 326 ss., che riconduceva la necessità di ricorrere ai controlimiti essenzialmente al principio di attribuzione.

⁵ V., benché in riferimento alle argomentazioni contenute nella ordinanza di rimessione della sola Corte d'appello di Milano, F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i «controlimiti»*, in *Dir. pen. cont.*, 21 settembre 2015, nonché *amplius* ID., *Il caso Taricco davanti alla corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, *ivi*, 2016, spec. 26 ss.

⁶ Segnalava questo rischio in caso di rigetto delle questioni C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Rivista AIC*, 2016, spec. 5 ss., il quale opponeva alle letture più favorevoli alla decisione della Corte di giustizia la qualificazione di «alibi» di qualsiasi interpretazione in senso processuale della prescrizione, data la ferma giurisprudenza costituzionale in senso diverso.

⁷ Questa è una delle ipotesi prospettate da R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e «controlimiti» costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, spec. 18.

⁸ Questa soluzione era stata ipotizzata da G. REPETTO, *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*, in *Rivista AIC*, 2016, spec. 9, benché in relazione alle sole censure prospettate dall'ordinanza di rimessione della Corte d'appello di Milano.

⁹ Così P. FARAGUNA, P. PERINI, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'Appello di Milano mette la giurisprudenza «Taricco» alla prova dei controlimiti*, in *Dir. pen.*

Dinanzi a tutte queste ipotesi, tra loro differenti ma in ciascun caso non poco clamorose, certamente la strada del rinvio pregiudiziale costituisce una soluzione ispirata all'approfondimento, alla ponderazione e al raffreddamento del conflitto¹⁰. O almeno, queste sembrano essere, nell'immediato, le ricadute della pronuncia.

A un esame più approfondito, comunque, la pronuncia appare costituirsi come una sorta di «manifesto dualista», che enfatizza la distinzione tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo¹¹, per di più ponendosi come una sostanziale «diffida» – se non proprio un *ultimatum*¹² – da parte del giudice costituzionale di uno Stato membro nei confronti del giudice europeo¹³, ribadendo le condizioni di appartenenza dell'Italia all'Unione europea e i confini reciprocamente posti alle due Corti nella composizione dei conflitti interpretativi a cavallo tra i due ordinamenti.

2. *Elementi di continuità e innovazioni nell'economia della ratio decidendi*

Benché la pronuncia presenti non pochi tratti innovativi, gli elementi che risultano maggiormente condizionanti nella definizione dell'intero ragionamento della Corte sono, al contrario, basati sulla continuità rispetto alla giurisprudenza precedente (anche se, forse, motivati in maniera estremamente sintetica). Da un lato, la conferma delle granitiche af-

cont. - Riv. trim., 2016, spec. 212, su cui, specificamente *contra* D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, *ivi*, 228 ss., spec. n. 6.

¹⁰ Di decisione «coraggiosa» parla C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *www.rivista.eurojus.it*. Diversamente, ne sottolinea la (parziale) natura «interlocutoria» F. BAIOLO, *Il principio di legalità in materia penale quale controlimite all'ordinamento eurounitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo!) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco*, in *Giurcost.org*, 2017, 95 ss.

¹¹ Esempio a questo proposito è il passaggio presente al § 6 della pronuncia, ove si richiama la «volontà degli Stati membri» da cui ha tratto origine l'ordinamento europeo, per il quale sarebbe impossibile negare i fondamenti costituzionali dei medesimi Stati membri, dovendo così includere nella concezione di primato del diritto europeo il rispetto di quel «tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro».

¹² Così A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in questo Volume. In termini non dissimili, V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco» (note minime all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017)*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017, il quale definisce la pronuncia «garbata nella forma, rocciosa nella sostanza».

¹³ V., in particolare al § 2: «Se l'applicazione dell'art. 325 del TFUE comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale, come ipotizzano i rimettenti, questa Corte avrebbe il dovere di impedirlo».

fermazioni circa la qualificazione della prescrizione come istituto di diritto penale sostanziale¹⁴, in quanto parte integrante delle condizioni di punibilità¹⁵, dall'altro il richiamo al principio di determinatezza in materia penale¹⁶, e la successiva ascrizione di entrambi gli elementi al «principio supremo» di legalità in materia penale.

Proprio alla luce della centralità che ha, nell'argomentazione della Corte, la conferma della natura sostanziale della prescrizione, questa avrebbe probabilmente meritato una ricostruzione maggiormente analitica dei precedenti, al fine di meglio condurre il lettore (a partire dal destinatario del rinvio pregiudiziale) alla piena comprensione dei principi costituzionali sottesi. Al contrario, tale continuità è affermata in maniera succinta, con meri rinvii per estremi ai precedenti giurisprudenziali¹⁷. Nessun tentativo – quand'anche al solo fine di sottolineare l'impossibilità – di bilanciamento o contemperamento è percorso o tentato al fine di conciliare le opposte esigenze di diritto all'oblio e effettività del diritto dell'Unione europea che, sin dai trattati (e poi nel diritto derivato), affermano la necessità di effettività e dissuasività delle sanzioni avverso frodi fiscali lesive, tra l'altro, degli interessi finanziari dell'Unione. Dinanzi alla riaffermazione della concezione sostanziale della prescrizione, invece, soccombe completamente qualsiasi esigenza di applicazione del diritto dell'Unione europea contrastante con essa, a seguito della riconduzione di tale concezione all'interno del principio di legalità in materia penale e, di seguito, alla riconduzione di quest'ultimo al novero dei principi supremi dell'ordinamento.

La continuità con la giurisprudenza precedente nella parte più strettamente penalistica della pronuncia determina lo stretto margine di operatività per la parte residua della decisione. Ciononostante, sono appunto rinvenibili non trascurabili elementi innovativi, che saranno analizzati di seguito.

Il primo è relativo alle motivazioni che hanno condotto, per la terza volta in assoluto (e per la seconda volta in sede di giudizio di costituzionalità introdotto in via incidentale), a procedere sulla strada del rinvio

¹⁴ V., per tutte, la sent. n. 143 del 2014.

¹⁵ Corte cost., sent. n. 23 del 2013.

¹⁶ ... che la stessa Corte costituzionale (§ 5 e poi § 9) ricollega alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'UE «quale corollario del principio di certezza del diritto (sentenza 12 dicembre 1996 in cause C-74/95 e C-129/95, punto 25)», ricordando altresì come essa sia «presente anche nel sistema di tutela della CEDU, e [che dunque incarna] un principio generale del diritto dell'Unione».

¹⁷ V., al § 4, ove in tre (rapidi) periodi si rimanda appunto alla sent. n. 143 del 2014 per la riconduzione del regime della prescrizione al principio di legalità in materia penale e alla sent. n. 23 del 2013 per la sua incidenza sulla punibilità della persona.

pregiudiziale alla Corte di giustizia, secondo un percorso argomentativo che pare distaccarsi dai precedenti.

Il secondo concerne invece una innovazione (lessicale e argomentativa) con cui la Corte costituzionale sembra aver sostituito (o forse integrato), almeno in questa circostanza, la dottrina dei controlimiti in una inedita – stando alla sua stessa giurisprudenza – interpretazione dell'art. 4 (2) TUE, introducendo per la prima volta nelle proprie decisioni la nozione di «identità costituzionale» (italiana) come limite all'applicazione del diritto dell'Unione europea¹⁸.

Con il presente contributo si intende dar conto di questi elementi di discontinuità presenti nella pronuncia in commento, nonché, in conclusione, di proporre una possibile chiave di lettura unificante tra loro, che delinea la *ratio* di fondo di una decisione in qualche modo obbligata dalle sue stesse premesse, ma tendente a lasciare aperta, per quanto possibile, la via per una composizione di un conflitto altrimenti esplosivo e potenzialmente distruttivo del rapporto tra ordinamento costituzionale italiano e ordinamento europeo, purché a condizione di riconoscere la preminenza dei principi costituzionali supremi degli Stati membri, come interpretati secondo i meccanismi dei loro stessi ordinamenti, rispetto alla uniformità (e al primato) del diritto dell'Unione come interpretato dalla Corte di giustizia.

3. *Il definitivo abbandono del «dialogo indiretto»? Quando la «doppia pregiudizialità» incrocia i principi supremi*

Il primo profilo che si ritiene meritevole di approfondimento consiste nell'analisi delle condizioni necessarie alla rimessione del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in relazione alle quali sembrano sussistere non pochi tratti di innovatività rispetto ai precedenti¹⁹.

È noto che, sul punto, vi è stata una progressiva evoluzione della posizione della Corte costituzionale che, dopo iniziali segnali di aper-

¹⁸ ... per altro, con un esplicito e, almeno in questi termini, inedito, riferimento al primato dello stesso diritto UE (§ 6): «Il primato del diritto dell'Unione non esprime una mera articolazione tecnica del sistema delle fonti nazionali e sovranazionali. Esso riflette piuttosto il convincimento che l'obiettivo della unità, nell'ambito di un ordinamento che assicura la pace e la giustizia tra le Nazioni, giustifica una rinuncia a spazi di sovranità, persino se definiti da norme costituzionali».

¹⁹ La presenza di «continui» e «discontinui» nell'argomentazione della Corte costituzionale in materia di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE era stata rilevata già da M.P. IADICICCO, *Il precariato scolastico tra Giudici nazionali e Corte di Giustizia: osservazioni sul primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana nell'ambito di un giudizio di legittimità in via incidentale*, in *Rivista AIC*, 2014, 4 ss.

tura²⁰, era giunta a negare *tout court* la possibilità di essere ricondotta alla «giurisdizione nazionale» abilitata dai Trattati a esperire tale rinvio²¹.

L'eventuale chiusura «totale» da parte della Corte costituzionale alla possibilità di attivare tale strumento di «dialogo» con la Corte di giustizia era stata rilevata come problematica da parte della dottrina ben prima della «svolta» del 2008, specie in relazione ai giudizi in via principale²², ossia quando si è in assenza di un giudice che potesse, dal processo principale, invocare l'intervento della Corte di Lussemburgo. Nei giudizi in via incidentale, infatti, la Corte costituzionale aveva condotto indirettamente a garantire la priorità della soluzione del dubbio di compatibilità con il diritto dell'Unione, attraverso decisioni processuali di stimolo al giudice del processo principale nel senso di esperire il rinvio pregiudiziale precedentemente alla sollevazione della questione di costituzionalità²³, per poi giungere alla (ri)attivazione del giudizio di costituzionalità²⁴.

Non a caso, il primo rinvio pregiudiziale veniva effettuato dalla Corte costituzionale proprio a partire da un giudizio introdotto in via d'azione. Com'è noto, nell'ordinanza n. 103 del 2008 la Corte costituzio-

²⁰ V., in proposito, le aperture contenute nella sent. n. 168 del 1991, ove si accenna indirettamente alla «facoltà di sollevare anch'essa questione pregiudiziale di interpretazione».

²¹ Sul punto l'ord. n. 536 del 1995, ove richiama la propria giurisprudenza precedente in tema di individuazione degli organi giudiziari, in particolare definita con sent. n. 13 del 1960. Sul punto, criticamente, T. GROPPI, *La Corte costituzionale italiana come giudice del rinvio ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE*, in *Giudici e Giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di P. Ciarlo, G. Pitruzzella e R. Tarchi, Torino, 1997, 173 ss., la quale sottolineava la necessità di interpretare la locuzione di «giurisdizione nazionale» (derivante del resto da una fonte delle Comunità europee) alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia e non in base a canoni nazionali.

²² M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa: profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, 194 ss. M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, a cura di N. Zanon, Napoli, 2006, 99 ss.

²³ La Corte ha proceduto alla restituzione degli atti al fine di richiedere un preventivo chiarimento dell'interpretazione del diritto europeo mediante un rinvio pregiudiziale sollevato dal giudice a quo con l'ord. n. 319 del 1996. Nella successiva ordinanza n. 108 del 1998 si è operata una analoga restituzione degli atti ma anzitutto in ragione della necessaria nuova valutazione della rilevanza alla luce dell'intervento di uno *ius superveniens*. Tuttavia anche nell'occasione da ultimo richiamata la Corte ha ribadito come spettasse al giudice del processo principale «provocarne» l'interpretazione «certa e affidabile» da parte della Corte di giustizia per mezzo del rinvio pregiudiziale.

²⁴ Sulla diversa considerazione delle ordinanze di restituzione degli atti rispetto alla continuità o alla conclusione (ed eventuale novazione) del processo costituzionale v., da una parte, A. PIZZORUSSO, *La restituzione degli atti al giudice a quo nel processo costituzionale incidentale*, Milano, 1965, e, dall'altra, M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984.

nale aveva operato un netto *revirement* rispetto alla sua stessa ascrivibilità – «pur nella sua peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell'ordinamento interno» – alla giurisdizione nazionale di cui all'(allora) art. 234 TCE, per di più sottolineando come la legittimazione della Corte costituzionale a promuovere il rinvio pregiudiziale fosse rafforzata dalla sua posizione di «giurisdizione di unica istanza» (come tale, non appellabile e dunque riconducibile al caso di giudice di «ultima istanza» che è tenuto al rinvio), e marcando così la differenza rispetto ai giudizi promossi in via incidentale. Infine, quasi *ad adiuvandum*, concludeva aggiungendo una considerazione apagogica per la quale «ove nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale non fosse possibile effettuare il rinvio pregiudiziale [...], risulterebbe leso il generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario, quale interpretato dalla Corte di giustizia CE»²⁵.

Il successivo rinvio pregiudiziale, operato con ordinanza n. 207 del 2013, aveva aggiunto un ulteriore elemento di novità. Esso infatti era nato all'interno di un giudizio introdotto in via incidentale, che dunque rendeva la controversia dotata di un giudice (diverso dalla Corte costituzionale) chiamato a pronunciarsi su di essa²⁶. Tuttavia, nonostante nel frattempo fossero intervenuti ulteriori segnali di «apertura» più o meno incondizionata²⁷, e per quanto fosse «presente» un giudice (quello del processo principale), quest'ultimo non avrebbe potuto rimettere la questione pregiudiziale di interpretazione sul diritto dell'Unione europea, in quanto essa nasceva su norme europee prive di effetto diretto, e dunque idonee a venire in rilievo soltanto nel corso del giudizio di costituzionalità avente come oggetto la norma interna eventualmente incompatibile con esse. Ancorché sinteticamente, questo passaggio logico è contenuto nella parte conclusiva della motivazione dell'ordinanza n. 207 del 2013

²⁵ I passaggi virgolettati sono tratti dall'ord. n. 103 del 2008, su cui v. S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed »integrazione» di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 2008, 900 ss.

²⁶ Si v. però B. GUASTAFERRO, *La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n. 207 del 2013*, in *Forumcostituzionale.it*, 21 ottobre 2013, spec. 5, la quale rinviene un appiglio per procedere al rinvio pregiudiziale anche nel corso del giudizio costituzionale introdotto in via incidentale già nella precedente sent. n. 102 del 2008, ove si identificava come presupposto a tal fine non solo (e non tanto) la presenza di un «giudice abilitato a definire la controversia», ma che quel giudice fosse in concreto chiamato «ad applicare o a disapplicare direttamente la norma interna non conforme al diritto comunitario».

²⁷ V. la sent. n. 28 del 2010, spec. § 6 in dir., ove la Corte esclude la possibilità di procedere al rinvio pregiudiziale, pur sollecitato dall'Avvocatura dello Stato e dalle parti private, opponendo l'insussistenza del dubbio di interpretazione della fonte europea, facendo così propria la dottrina dell'*acte claire* senza particolari riferimenti alla efficacia diretta o meno dell'atto interessato (che in ogni caso ne era sprovvisto).

(o, almeno, è desumibile da essa²⁸), ove si sottolineava che l'assenza di effetto diretto delle norme europee rendeva «concretamente operativi i parametri di cui agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.» e che, al fine di giungere alla definizione della questione di costituzionalità all'attenzione della Corte, fosse preliminarmente necessario risolvere la questione di interpretazione delle norme europee, in quanto queste ultime sarebbero andate a integrare il parametro costituzionale, definendo così la cornice all'interno della quale sarebbe poi avvenuto il giudizio di costituzionalità sulla norma interna²⁹. Dunque, in quel caso la risoluzione del dubbio di compatibilità con il diritto europeo non avrebbe escluso il successivo giudizio di costituzionalità, ma anzi si rendeva necessaria proprio in vista di quest'ultimo.

L'ordinanza n. 24 del 2017, invece, si muove in un perimetro diverso.

La norma europea per la interpretazione della quale è invocato il rinvio pregiudiziale (ossia l'art. 325 (1) e (2) TFUE) ha effetto diretto, o almeno tale circostanza è stata esplicitamente ribadita proprio in occasione della sentenza della Corte di giustizia sul caso *Taricco*³⁰, e puntualmente richiamata dalla stessa Corte costituzionale³¹. Nei casi precedenti di «doppia pregiudizialità» (ossia di coesistenza rispetto a una stessa norma interna tanto di dubbi di compatibilità con il diritto UE, che di dubbi di costituzionalità) la Corte costituzionale aveva sempre escluso l'ammissibilità delle questioni quando le norme europee fossero «pacificamente provviste di effetto diretto»³², richiamando il giudice del pro-

²⁸ Ancora B. GUASTAFERRO, *La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale...*, cit., 6 ss.

²⁹ Sul punto, specificamente, G. REPETTO, *Pouring new wine into new bottles? The preliminary reference to the CJEU by the Italian Constitutional Court*, in *German Law Journal*, 2015, 1449 ss., spec. 1461.

³⁰ Corte di Giustizia, causa C-105/14, § 58: «[...] Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE». V., però, criticamente, D. GALLO, *La primazia del primato sull'efficacia (diretta?) del diritto UE nella vicenda Taricco*, in *Sidiblog.org*, 25 febbraio 2017.

³¹ Ord. n. 24 del 2017, § 7: «La sentenza resa in causa *Taricco* ha stabilito che l'art. 325 del TFUE ha efficacia diretta e comporta l'obbligo di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione dei reati che, nei casi e alle condizioni individuate, compromette l'effettività della sanzione».

³² Cfr., per tutte, la sent. n. 284/2007: «non compete a questa Corte, ma al giudice comune accertare – eventualmente avvalendosi dell'ausilio del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia – se le disposizioni del diritto interno, rilevanti nella specie, confliggano con le evocate norme del diritto comunitario provviste di effetto diretto». Si v. altresì le successive ord. nn. 415/2008 e 100/2009.

cesso principale a esperire previamente il rinvio pregiudiziale in quanto «*prius* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità»³³. Si era argomentato come la risoluzione del dubbio di interpretazione del diritto europeo avesse un impatto immediato sulla stessa applicabilità della norma censurata, con esiti perciò determinanti ai fini della motivazione della rilevanza di una possibile questione di costituzionalità.

Nella pronuncia in commento, invece, non si trova traccia di questo tipo di argomentazioni. La Corte si limita a richiamare l'art. 267 TFUE come base per procedere al rinvio pregiudiziale, senza tornare (neanche per mero richiamo) sulla sua ascrivibilità alla categoria della giurisdizione nazionale (ormai da ritenersi acquisita), né sulla specifica differenza tra i casi di «doppia pregiudizialità» relativi a norme europee aventi o meno effetti diretti. L'aver già praticato in passato la via del rinvio pregiudiziale sembra giustificare di per sé la possibilità di esperirlo di nuovo, senza limiti di sorta rispetto alle circostanze o alle modalità secondo le quali viene a emergere il dubbio di compatibilità tra norma interna e norma europea³⁴.

Non solo. La stessa Corte costituzionale precisa che, qualora la Corte di giustizia concordasse con la ricostruzione del significato dell'art. 325 del TFUE come da essa stessa ipotizzato (e relativizzato), «sarebbero superate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici rimettenti»³⁵. Dunque, è lo stesso Giudice delle leggi a ribadire la priorità logica e giuridica del rinvio pregiudiziale rispetto al giudizio di costituzionalità, senza però – come sarebbe forse potuto sembrare coerente con le pronunce precedenti – rimandare ai giudici *a quibus* il dialogo con la Corte di giustizia.

Non deve però sottovalutarsi la particolarità del caso nel quale viene in rilievo il rinvio pregiudiziale in parola, ossia l'esame di questioni di costituzionalità che invocavano l'attivazione dei controlimiti, a seguito del riconoscimento della possibile violazione di principi supremi, e che dunque posizionano il diritto europeo non a integrazione del parametro di giudizio della questione di costituzionalità (com'era avvenuto nel 2013), ma anzi nell'oggetto della stessa (almeno, indirettamente, stante il formale ma necessario riferimento delle questioni alla legge di autorizza-

³³ Così sempre la sent. n. 284 del 2007.

³⁴ Sembra dunque compiersi solo ora (e non è detto che l'eccezionalità del caso non nasconda ulteriori riserve che si manifesteranno in futuro) quell'ultimo passo nel cammino europeo della Corte costituzionale, che alcuni avevano già visto con il secondo rinvio pregiudiziale nel 2013: O. POLLICINO, *From Partial to Full Dialogue with Luxembourg: The Last Cooperative Step of the Italian Constitutional Court*, in *European constitutional law review*, 2014, 143 ss.

zione alla ratifica dei Trattati europei). Questi elementi di distinzione rispetto al precedente del 2013 sembrerebbero condurre a una limitazione della portata innovativa dell'approccio percorso in relazione all'analisi delle condizioni necessarie ai fini della sollevazione del rinvio pregiudiziale, circostanziandola appunto all'incrocio (finora inedito) della doppia pregiudizialità (europea e costituzionale) con l'individuazione e la possibile attivazione dei principi supremi³⁶. Il monopolio interpretativo della Corte costituzionale rispetto a questi ultimi potrebbe quindi condurre a una singolare analogia rispetto al giudizio in via principale, facendo ricorrere anche in questa circostanza l'elemento della unicità del giudice in grado di «applicare» la norma interna in possibile antinomia a quella europea (secondo il lessico e il ragionamento proposto nella precedente pronuncia n. 102 del 2008) e, dunque, l'unico in grado di poter invocare il chiarimento interpretativo su quest'ultima da parte della Corte di giustizia.

4. *Dai controlimiti alla identity review?*

Il fatto che, per la prima volta, il rinvio pregiudiziale «incroci» i principi supremi conduce a approfondire il secondo profilo che, in questa sede, si ritiene meritevole di interesse, concernente alcune innovative scelte lessicali e argomentative presenti nella motivazione. A questo proposito, benché nella pronuncia non difettino argomentazioni già presenti nella giurisprudenza pregressa, tra cui il riferimento alle «tradizioni costituzionali comuni» agli Stati membri dell'UE (art. 6 TUE)³⁷, non si può non cogliere come essa dedichi una parte rilevante alla necessità di individuare, affermare e garantire, nel prisma dell'art. 4 (2) TUE, l'«identità costituzionale» (italiana), alla quale viene ascritto il principio di legalità in materia penale e, come suo svolgimento concreto, la concezione sostanziale della prescrizione, cui si accennava in precedenza.

³⁵ § 10.

³⁶ Sul punto è chiarissima la parte finale del § 6: «la Corte di giustizia non è sollevata dal compito di definire il campo di applicazione del diritto dell'Unione, né può essere ulteriormente gravata dall'onere di valutare nel dettaglio se esso sia compatibile con l'identità costituzionale di ciascun Stato membro. È perciò ragionevole attendersi che [...] il giudice europeo provveda a stabilire il significato della normativa dell'Unione, rimettendo alle autorità nazionali la verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento nazionale. Compete poi a ciascuno di questi ordinamenti stabilire a chi spetti tale verifica. La Costituzione della Repubblica italiana, a tale proposito, la rimette in via esclusiva a questa Corte, e bene hanno perciò fatto i rimettenti a investirla del problema, sollevando una questione di legittimità costituzionale».

³⁷ Tra le varie, v., in particolare la sent. n. 80 del 2011, spec. § 5.1 e 5.2.

Resta del tutto assente – con una scelta che colpisce il lettore «proveniente» dagli argomenti sviluppati negli atti di promovimento del giudizio – una costruzione argomentativa fondata sui «controlimiti» (e la stessa dizione è assente nel testo della pronuncia), se non in maniera ellittica e implicita³⁸, nonostante gli stessi «controlimiti» fossero emersi in maniera testuale ed esplicita nella più recente giurisprudenza costituzionale in tema di principi supremi (benché con riferimento al diritto internazionale)⁹.

Inoltre, a quanto risulta, l'unica volta che nella giurisprudenza costituzionale precedente si era utilizzata l'espressione «identità costituzionale» era accaduto, in tutt'altro contesto, nella sentenza n. 262 del 2009, con cui si è dichiarata l'incostituzionalità delle disposizioni in materia di sospensione dei processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato (c.d. «lodo Alfano»). In quella sede si era fatto ricorso all'espressione «identità costituzionale», senza alcun riferimento all'interazione tra ordinamento interno e ordinamento europeo, ma al diverso fine di ascrivere a tale (imprecisata) locuzione – per altro in un momento nel quale il Trattato di Lisbona doveva ancora entrare in vigore – il sistema delle prerogative, regolato da norme costituzionali, che conduce alla possibile differenziazione di trattamento di fronte alla giurisdizione dei titolari o dei componenti di un organo costituzionale⁴⁰.

Il ricorso, nella pronuncia in commento, alla locuzione «identità costituzionale» e la sua esplicita riconduzione all'art. 4 (2) TUE non sembra potersi considerare una mera innovazione lessicale, costituendo in-

³⁸ V., al § 2: «l'osservanza dei principi supremi [...] è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia. Qualora si verificasse il caso [per cui] tale osservanza venga meno, sarebbe necessario dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati, per la sola parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi»; «Se l'applicazione dell'art. 325 del TFUE comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale, come ipotizzano i rimettenti, questa Corte avrebbe il dovere di impedirlo».

³⁹ V. la sent. n. 238 del 2014, spec. al § 3.2 del ritenuto in fatto. P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015, 12, sottolinea le «evidenti finalità ricostruttive dell'approccio adottato dalla Corte rispetto alla nozione dei controlimiti», che probabilmente giustificano anche quella scelta terminologica innovativa.

⁴⁰ V. sent. n. 262 del 2009, § 7.3.2.2 in dir. Ulteriormente diverso – e non particolarmente utile ai nostri fini – è l'utilizzo fatto in precedenza della locuzione «identità nazionale», presente nella sola sentenza n. 203 del 1989, relativa all'insegnamento della religione cattolica nella scuola dell'obbligo, ove si evidenzia il contrasto tra le *rationes* delle legislazioni di età liberale e di età fascista al fine di dispensare dall'insegnamento di religione, individuando nella religione durante l'esperienza fascista «un connotato dell'identità nazionale da farsi maturare nella scuola di Stato».

vece la premessa necessaria per l'apertura dell'argomentazione della Corte a un modo, all'apparenza, del tutto nuovo di intendere la partecipazione italiana all'Unione europea. Del resto, il rilievo fornito dalla Corte costituzionale a tale «identità costituzionale» è viepiù interessante in quanto si tratta di una categoria derivante da una disposizione del diritto dell'Unione europea (e non della Costituzione italiana), che tuttavia la Corte utilizza al fine di misurare su di essa la compatibilità con la regola tratta dalla Corte di giustizia dall'art. 325 TFUE⁴¹. Non a caso, l'art. 4 (2) TUE è utilizzato in motivazione ma non riportato nel dispositivo, ossia nelle domande rivolte in via pregiudiziale alla Corte di giustizia. È dunque utilizzato come premessa, come riferimento per l'affermazione del limite al diritto dell'Unione, alla luce del quale l'interpretazione dell'art. 325 TFUE deve essere rivista (o forse semplicemente ribadita in termini più chiari e compatibili con il limite ora individuato).

Forse non è opportuno enfatizzare oltre misura le innovazioni lessicali rinvenibili nella pronuncia (ossia, la «sparizione» del termine «controlimiti» e l'inserimento del lessico della «identità costituzionale»). Come la giurisprudenza costituzionale pregressa dimostra, proprio in questi temi è difficile rinvenire una piena coerenza terminologica o un percorso fatto di acquisizioni progressive di concetti poi mantenuti nelle pronunce successive⁴². E allo stesso tempo, potrebbe essere un errore sottovalutare il peso che tali scelte lessicali hanno nel conferire alla pronuncia una caratterizzazione di maggiore «apertura» rispetto alla immediata attivazione dei controlimiti, che pure era stata richiesta dai giudici rimettenti.

Da un ulteriore punto di vista, non sorprende il fatto che, nel definire i modi e le condizioni di apertura del sistema costituzionale italiano all'interazione con l'ordinamento europeo, la Corte costituzionale costruisca le proprie argomentazioni unicamente a partire dall'art. 11 Cost., senza nemmeno mai citare l'art. 117, primo comma, Cost.⁴³. Sembra dunque cogliersi una ulteriore conferma della natura di quest'ultimo – almeno rispetto alle dinamiche della partecipazione all'Unione europea⁴⁴ – di vincolo alla legislazione (statale e regionale), lasciando esclusivamente

⁴¹ § 7 della ord. n. 24 del 2017.

⁴² Sul punto, con particolare ricchezza di dettagli, P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, cit., 27 ss., il quale parla appunto di «una Babele terminologica e concettuale».

⁴³ ... come invece aveva fatto in occasione del precedente rinvio pregiudiziale effettuato con ordinanza n. 207 del 2013.

⁴⁴ Ferme restano invece, ovviamente, le acquisizioni della giurisprudenza costituzionale in relazione al rispetto degli «obblighi internazionali» e in specie della CEDU, di cui in particolare alle sentt. nn. 348 e 349 del 2007.

all'art. 11 Cost. la funzione di «clausola europea»⁴⁵, benché a seguito di una evoluzione interpretativa assai significativa, almeno rispetto agli intenti originali(sti)⁴⁶.

5. *Un rinvio necessario per evitare il ricorso immediato ai controlimiti*

La chiave di lettura unificante tra i due elementi di discontinuità finora richiamati sembra essere quella di sottolineare un approccio fortemente dualista nei rapporti tra ordinamento europeo e ordinamento interno, almeno dinanzi alla possibilità di una lesione dei principi supremi di quest'ultimo. Al di là della natura «dialogica» dello strumento costituito dal rinvio pregiudiziale, le specifiche motivazioni percorse nell'ordinanza in commento sembrano delineare una presa di posizione netta e alquanto rigida da parte della Corte costituzionale, che oppone alle dinamiche dell'integrazione europea un possibile rischio per la «identità costituzionale» italiana, secondo termini mai proposti in passato.

Invero, alla luce dei distinti (e non pochi) elementi di continuità con la giurisprudenza costituzionale precedente per quanto riguarda la riaffermazione dei profili più strettamente penalistici, quella del rinvio pregiudiziale da parte della stessa Corte costituzionale sembra essere una soluzione pressoché obbligata, una volta optato, almeno nell'immediato, per non procedere all'attivazione dei controlimiti. Non sembra potessero esserci soluzioni ulteriori una volta che la Corte costituzionale aveva: *i*) riaffermato la natura sostanziale della prescrizione; *ii*) segnalato gli elementi di possibile lesione del principio di determinatezza in materia penale; *iii*) ricondotto entrambi gli aspetti al principio supremo di legalità in materia penale; e *iv*) chiarito che una applicazione generalizzata della «regola» emergente dalla sentenza della Corte di giustizia avrebbe costituito un'inaccettabile lesione dello stesso principio supremo.

Impossibile sarebbe stata una soluzione in continuità con i casi precedenti di doppia pregiudizialità, ossia nel senso della inammissibilità, perché le questioni rimesse alla Corte invocavano l'attivazione dei con-

⁴⁵ Sulle clausole europee v. M. CLAES, *Le «clausole europee» nelle costituzioni nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, 283 ss., nonché ID., *Constitutionalizing Europe at its Source: The «European Clauses» in the National Constitutions: Evolution and Typology*, in *Yearbook of European Law*, 2012, 81 ss.; J. WOUTERS, *National Constitutions and the European Union*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2000, 25 ss. Sulla diversa portata dell'art. 117, primo comma, Cost. (come novellato nel 2001), rispetto a quella più ampia dell'art. 11 Cost., v. già C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro italiano*, V, 2001, 194 ss.

⁴⁶ Il riferimento obbligato è a P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 2406.

trolimiti e un dispositivo siffatto avrebbe impedito alla Corte di poter affermare, con la necessaria nettezza, l'esistenza di un rischio concreto di lesione dei principi supremi (e, quindi, ancorché inespressa, la facoltà di azionare i controlimiti). Impercorribile sarebbe stata la via di una restituzione degli atti, mancando il presupposto tanto di una richiesta di nuovi accertamenti, quanto di uno *ius superveniens* tale da determinare una nuova valutazione della rilevanza della questione⁴⁷. Non praticabile sarebbe stato un rigetto delle questioni sollevate dai giudici *a quibus*, perché in tal modo lo stesso rischio di lesione dei principi supremi richiamato in precedenza sarebbe stato negato proprio a mezzo della pronuncia.

Certo, si sarebbero potute ipotizzare numerosissime sfumature «intermedie», a partire dall'eventuale opzione in favore di una pronuncia interpretativa di rigetto, mediante cui ridefinire l'impatto nell'ordinamento interno della pronuncia della Corte di giustizia⁴⁸. Tuttavia, essendo in gioco una possibile violazione dei principi supremi (violazione che può essere conosciuta solo dalla Corte costituzionale), sarebbero divenute verosimili nuove e ulteriori questioni di costituzionalità riferite alla legge di autorizzazione alla ratifica dei Trattati europei, riportando così il caso all'attenzione della medesima Corte.

Di conseguenza, una volta che si fosse voluta evitare l'immediata attivazione dei controlimiti, la via del dialogo «diretto» tra Corte costituzionale e Corte di giustizia sembra quella non solo più opportuna, ma anche l'unica possibile, e non soltanto auspicabile in base a motivazioni di economia procedurale. Certamente, con il rinvio pregiudiziale operato da parte della Corte costituzionale si è evitata una serie eccessiva di «rimpalli» (per certi versi irragionevole, ma non del tutto immotivata⁴⁹), che magari avrebbero condotto prima a rinvii pregiudiziali da parte dei giudici comuni e poi a una nuova questione di legittimità costituzionale da parte dei medesimi giudici a seguito della (nuova) pronuncia della Corte di giustizia. In ogni caso, anche in questa prospettiva, un qualche passaggio (maggiormente) esplicito in motivazione avrebbe contribuito a chiarire la prospettiva abbracciata dal Giudice delle leggi, ove davvero avesse definitivamente optato per una preferenza per il dialogo diretto

⁴⁷ ... a meno di non tentare (arditamente) di qualificare la stessa interpretazione offerta dalla Corte costituzionale sui principi supremi una sorta di *ius superveniens* tale da ipotizzare che dovessero essere i giudici *a quibus*, a quel punto, a procedere al rinvio pregiudiziale.

⁴⁸ Cfr. G. REPETTO, *La Cassazione sul caso Taricco...*, cit., spec. 9.

⁴⁹ La sequenza di «rimpalli» infatti potrebbe eventualmente giocare un ruolo fondamentale nel dare tempo e modo ad altri soggetti dell'ordinamento, ed *in primis* al Parlamento, di intervenire con strumenti e potenzialità che sono sottratte al circuito del dialogo tra corti.

con Lussemburgo e non più filtrato dai giudici comuni⁵⁰. Non si può escludere che una motivazione così scarna sul punto sia frutto di qualche mediazione interna alla Corte costituzionale, tale da limitare la motivazione dell'ordinanza a un minimo comun denominatore di posizioni non del tutto coincidenti.

6. *L'art. 4 (2) TUE come «europeizzazione» dei controlimiti. Qualche riflessione conclusiva sulle prospettive della nuova pronuncia pregiudiziale*

Al di là di questa possibile lettura di un rinvio «obbligato», meritano forse di essere sottolineati quegli aspetti della pronuncia in commento che potranno costituire il punto di partenza per la «risposta» da parte della Corte di giustizia e che, in qualche modo, sembrano volerne predeterminare le conclusioni.

L'elemento cardine a questo fine è certamente il ricorso in motivazione al canone dell'identità costituzionale, nonché l'aver ribadito la sua natura di limite al diritto dell'Unione, elementi che risultano comprensibili (e anzi opportuni) proprio nella prospettiva del rinvio pregiudiziale e, anzi, dell'utilizzo di questo al fine di far convergere la Corte di giustizia sulla propria posizione. La Corte costituzionale – non senza qualche piccola acrobazia lessicale e argomentativa – propone infatti un percorso interpretativo che in questa parte è integralmente basato su riferimenti al diritto europeo (e non al diritto costituzionale interno), spostando così il discorso su un piano rispetto al quale la Corte di giustizia può (e deve) offrire una risposta. E a un simile schema argomentativo, difficilmente la risposta della Corte di giustizia potrà risultare completamente negativa: l'invocazione della possibile lesione della identità costituzionale italiana – affermata da parte dell'unico giudice costituzionale di quello stesso Stato membro, che si dichiara al contempo «monopolista» dei principi supremi di quell'ordinamento⁵¹ – serve a ricordare la sua valenza di «limite

⁵⁰ Cfr. M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e la Corte di Giustizia europea: argomenti per un dialogo diretto*, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario, Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, 2008.

⁵¹ Si può obiettare che anche altri soggetti interpretino l'identità costituzionale nell'ordinamento italiano, a partire dal Presidente della Repubblica che è istituzionalmente chiamato a interpretarne (al fine di «rappresentarla») l'unità. Tuttavia, la sottoposizione dello stesso Presidente della Repubblica alla giurisdizione costituzionale (v. Corte cost. sent. n. 1 del 2013) sembra in ogni caso rimandare alla Corte costituzionale il monopolio (o, almeno, la decisione in via definitiva) in tema di principi supremi. Ulteriori – e, forse, non felicissimi – tentativi di interpretazione dei controlimiti da parte di altri soggetti dell'ordinamento (v.

strutturale e funzionale all'interferenza del diritto UE in quello degli Stati membri»⁵², per giunta affermato dagli stessi Trattati che la Corte di giustizia è chiamata a interpretare.

Ne emerge quindi una lettura dell'art. 4 (2) TUE della identità costituzionale degli Stati membri come limite al principio del primato e all'applicazione stessa del diritto dell'Unione europea, accedendo dunque a una delle possibili interpretazioni della disposizione che pure era stata affermata in dottrina⁵³, ma che vedeva anche opinioni in segno discorde, tese a sottolineare non tanto la «eccezionalità» della disposizione citata, quanto la sua possibilità di agire come ordinario canone di interpretazione del diritto dell'UE⁵⁴. Almeno, questa è la lettura di quella clausola che ne dà un giudice costituzionale di uno Stato membro, dal proprio specifico punto di vista, e non è scontato che la Corte di giustizia si ponga necessariamente nella stessa prospettiva⁵⁵.

A ogni buon conto, dal punto di vista proprio della Corte costituzionale, l'impostazione del rinvio su queste basi sembra essere stata pensata chiaramente per «guidare» la risposta della Corte di giustizia, facendone risultare il contenuto al limite di una domanda retorica⁵⁶. È difficile ipotizzare che la Corte di giustizia replichi interpretando l'art. 4 (2) TUE in un senso tale da violare l'identità costituzionale italiana come affermata dal garante della legalità costituzionale di quello stesso ordinamento⁵⁷. Al

Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207), sembrerebbero offrire argomenti aggiuntivi a suffragio di tale tesi.

⁵² A. MANZELLA, *L'unitarietà costituzionale dell'ordinamento europeo*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 660.

⁵³ V., per tutti, A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei «controlimiti» e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, a cura di S. Staiano, Torino, 2006, 827 ss.

⁵⁴ In questo ulteriore senso, la problematizzazione della interpretazione dell'art. 4 (2) TUE offerta da B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts. The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law 2012*, Oxford, 2012, 263 ss., nonché in Id., *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013, spec. 204: «[è] improbabile che l'art. 4.2 TUE possa costituire una sorta di «rinvio mobile» a quanto di costitutivo vi sia nelle diverse identità nazionali, nel fungere da parametro di riferimento nello scrutinio di legittimità degli atti europei».

⁵⁵ Già in relazione al primato del diritto dell'UE sul diritto nazionale, v. la ricostruzione di R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, 2 ed., Cambridge, 2016, 118 ss., ove si distingue tra «European» e «National» perspective dello stesso principio.

⁵⁶ In questo senso v., in particolare, al § 2, ove si definisce – retoricamente, appunto – «sommamente improbabile» l'ipotesi per cui venga meno «l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona».

⁵⁷ V. però la lettura critica del ruolo delle corti costituzionali nel dialogo con la Corte di giustizia proposta da M. DANI, *Tracking Judicial Dialogue - The Scope for Preliminary Rulings from the Italian Constitutional Court*, NYU Jean Monnet Working Paper 10/08.

limite, è verosimile che tenti di definire una nuova chiave di lettura, magari ispirata al principio dell'effetto utile, reinterprestando l'art. 325 TFUE e bilanciandolo con i nuovi elementi individuati dalla Corte costituzionale. Potrebbe tentare per questa via aprire alla modulazione nel tempo degli effetti della «regola» individuata con la pronuncia precedente, facendo sì che questa venisse considerata vincolante solo *pro futuro*, al pari di una modifica legislativa con esiti peggiorativi (come tale inapplicabile ai casi pendenti). Oppure, (ancor) più suggestivamente, potrebbe chiedere all'Italia di assicurare il rispetto dell'obbligo ivi sancito magari attraverso rimedi ugualmente efficaci e dissuasivi, ma ulteriori rispetto a quelli penali, così da evitare la frizione con il limite posto dalla identificazione dell'identità costituzionale italiana come composta (anche) dal principio di legalità in materia penale. Del resto, il cortocircuito con i principi supremi nasce dal fatto che il legislatore italiano ha autonomamente scelto di criminalizzare le frodi fiscali, imboccando un percorso che né l'art. 325 TFUE né la direttiva 2006/112/CE avevano imposto (ma certo, al contempo, non vietato). Si potrebbe così prospettare un qualche parallelismo con il precedente caso *El Dridi*⁵⁸, relativo alla disciplina sanzionatoria (detentiva) per gli immigrati irregolari: in entrambe le vicende l'opzione percorsa al livello nazionale (nel precedente citato la specifica opzione detentiva, e ora la stessa scelta di criminalizzazione), invece che perseguire gli obiettivi del diritto UE, ha finito per ostacolarne l'applicazione.

In conclusione, dal quadro descritto viene fuori un rinvio pregiudiziale alquanto anomalo, poiché contenente non una ordinaria questione di interpretazione del diritto dell'Unione europea, ma una richiesta di reinterpretazione di una sentenza della stessa Corte di giustizia⁵⁹, benché alla luce della affermazione di un principio supremo (o, forse, dell'aver ribadito e circostanziato la sua esistenza).

Leggere questa vicenda come una «puntata» del tanto spesso enfatizzato «dialogo tra le Corti» potrebbe forse risultare una lettura più superficiale che realistica, stante il paradosso di una interlocuzione tra soggetti che in qualche modo dissimulano di aver ben compreso il «messaggio» ricevuto dalla controparte⁶⁰, e che proclamano, ciascuno per la

⁵⁸ C-61/11, 28 aprile 2011, su cui v. D. GALLO, *La voie italienne de la criminalisation des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière partiellement remise en cause par la Cour de justice de l'Union européenne*, in *Revue des affaires européennes*, 2011, 433 ss.

⁵⁹ Efficacemente sul punto P. FARAGUNA, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: «Gauweiler in the Roman Campagna»*, in *Verfassungsblog.de*, 31 gennaio 2017: «the CJEU is called to reinterpret its own decision, after the ICC essentially asked “please, say it again?”».

⁶⁰ Cfr. G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritticomparati.it*, 20 febbraio 2017, che ricono-

propria parte, l'esistenza (se non la necessità) di un (proprio) monopolio interpretativo.

Quand'anche fosse, sarebbe un dialogo che comunque appare lungi dall'aprire prospettive del tutto ireniche⁶¹: il ricorso operato dalla Corte costituzionale alla categoria dell'identità costituzionale vale a identificare un limite (auto)imposto al diritto europeo, che rende possibile – se del caso – ulteriori coinvolgimenti della Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale (questa volta da parte dei giudici comuni) sulla validità di atti di diritto derivato in violazione dello stesso limite. Questa prospettiva conferirebbe alla Corte costituzionale una nuova centralità, determinata dal suo monopolio nella individuazione dei principi supremi (e quindi nella definizione della identità costituzionale italiana), rispetto ai quali alla Corte di giustizia non resterebbe che procedere di conseguenza.

In altre parole, l'azionabilità dei controlimiti pretermessi in questa pronuncia è sempre dietro l'angolo, e la posizione della Corte costituzionale in sede di rilevazione della identità costituzionale appare quanto mai «difensiva»⁶². Starà ora alla Corte di giustizia regolare la «temperatura» del conflitto, che la Corte costituzionale non ha fatto esplodere (come avrebbe certo potuto), ma nemmeno ha avviato a uno spegnimento certo o immediato.

sce una certa *fairness* istituzionale nella scelta di procedere al rinvio pregiudiziale, ma al contempo esclude che nel merito possa rinvenirsi alcuna «accondiscendenza nei confronti della Corte di giustizia, e tanto meno [alcuna] arrendevolezza rispetto ai contenuti e alle conseguenze del pronunciamento di quest'ultima». In maniera non dissimile M. FERRANTE, *L'ordinanza della Corte costituzionale sull'affaire Taricco: una decisione «diplomatica» ma ferma*, in *Dirittifondamentali.it*.

⁶¹ V., in ogni caso, l'importanza di questo tipo di dialettica, anche se fondata in termini apparentemente conflittuali, sottolineata da G. MARTINICO, *The «polemical» spirit of European constitutional law: on the importance of conflicts in EU law*, in *German Law Journal*, 2015, 1343 ss.

⁶² Cfr. il § 6: «è necessario chiedersi se la Corte di giustizia abbia ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla regola anche quando essa confligge con un principio cardine dell'ordinamento italiano. Questa Corte pensa il contrario, ma reputa in ogni caso conveniente porre il dubbio all'attenzione della Corte di giustizia».

NICOLA RECCHIA

L'ORDINANZA 24/2017 DELLA CORTE COSTITUZIONALE
NEL CASO *TARICCO* E IL NODO DELLA LEGITTIMITÀ
DI INTERVENTI *IN MALAM PARTEM*
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA IN MATERIA PENALE

SOMMARIO: 1. Le censure di costituzionalità già (implicitamente) respinte dalla Corte costituzionale. – 2. Il portato di questo (implicito) rigetto. – 3. Le censure di costituzionalità già (sostanzialmente) accolte e riproposte alla Corte di giustizia. – 4. Una valutazione d'insieme.

1. *Le censure di costituzionalità già (implicitamente) respinte dalla Corte costituzionale*

Mai prima del caso *Taricco* una sentenza della Corte di giustizia in materia penale era stata oggetto di una così serrata analisi e critica nella dottrina italiana, non solo penalistica e processualpenalistica, ma anche europeistica e costituzionalistica; è dunque del tutto conseguente che la densa e articolata ordinanza della Corte costituzionale con la quale tale questione è stata rinviata sul tavolo dei giudici lussemburghesi abbia da subito suscitato enorme interesse nel dibattito dottrinale.

Molto si è già scritto sulle criticità della decisione *Taricco* della Corte di giustizia ben evidenziate dalla nostra Corte costituzionale¹. In queste brevi riflessioni, si ritiene opportuno, tuttavia, prendere abbrivio dai punti della decisione *Taricco* non oggetto di critica da parte della nostra Corte costituzionale, cercando di chiarire sin d'ora l'utilità di questo approccio.

Utilizzando le chiare affermazioni di una delle due ordinanze di remissione provenienti dalla Corte di cassazione²: «la fonte dell'obbligo

¹ Sui numerosi aspetti di criticità della decisione *Taricco* ottimamente rilevati ed argomentati dalla nostra Corte costituzionale cfr. in senso adesivo F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla «Taricco»: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 285 ss.; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco». Note minime all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017.

² Corte di Cassazione, sez. III, Pres. Grillo, rel. Riccardi, ord. 28346/2016.

[di disapplicazione, *n.d.a.*], e degli effetti penali *in malam partem*, resta la sentenza della Corte di Giustizia U.E., che, sebbene deputata in via esclusiva a garantire l'interpretazione del diritto dell'Unione, è un organo giurisdizionale privo di legittimazione politica, che non può esprimere scelte di criminalizzazione nell'ordinamento nazionale» e ancora «la sentenza *Taricco* travalica i confini della competenza riconosciuta dal Trattato alle istituzioni dell'Unione» e «l'assunzione dell'art. 325 TFUE quale “base legale” per la tutela penale di interessi finanziari dell'UE, dunque, oltre ad eccedere la natura programmatica della disposizione, finisce per attribuire una competenza penale diretta all'Unione, al di fuori degli stessi limiti istituzionali previsti dal Trattato».

Si tratta di un profilo di censura teso a disconoscere a monte qualsiasi legittimità dell'intervento operato dalla Corte di giustizia nella decisione *Taricco*, a prescindere dai suoi contorni concreti, articolabile quantomeno lungo tre convergenti direttrici argomentative, ben tratteggiate dalla nostra Corte di cassazione.

Anzitutto, si è dubitato della stessa possibilità che l'art. 325 TFUE possa fungere da base legale per interventi in materia penale non solo e non tanto da parte della Corte di giustizia, ma finanche da parte del legislatore dell'Unione³.

In secondo luogo, con un lessico proprio del diritto dell'Unione europea, la decisione della Corte di giustizia poggerebbe su un'erronea attribuzione di un effetto diretto all'art. 325 TFUE, norma tutt'altro che chiara e precisa, ma indeterminata e programmatica, che mai potrebbe legittimare una disapplicazione della norma nazionale con essa confligente, ma che potrebbe certo fungere, nel suo esclusivo rilievo nei confronti degli Stati membri, come base normativa per l'attivazione di una procedura di infrazione nei confronti dello Stato inadempiente. L'effetto diretto ridonderebbe inoltre a svantaggio del cittadino contrariamente a quella che è sempre parsa l'architrave della costruzione dell'istituto dell'effetto diretto da parte della Corte di giustizia⁴.

³ D'altronde è stato più volte osservato come proprio questo obiettivo fosse quello prioritariamente seguito dalla Corte di giustizia con la sentenza *Taricco*, sul cui peculiare sfondo «politico», cfr. C. SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, 499 ss.; A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2015.

⁴ Con varietà di accenti sul punto C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia?*, in *Forum Quad. Cost.*, 5 ottobre 2016, 7 ss.;

Infine, con una terminologia più propria del diritto penale, ci troveremo di fronte ad un limite alla stessa competenza della Corte di giustizia dettato dal principio di riserva di legge in materia penale, che predica la necessità di ricollegare qualsiasi intervento di ampliamento dell'area del penalmente rilevante alla decisione di un organo rappresentativo del popolo, sia esso il legislatore nazionale o quello europeo, ma mai comunque ad un organo tecnocratico non rappresentativo, quale è la Corte di giustizia⁵.

Tutti questi tracciati argomentativi giungono di fatto alla conclusione che la Corte di giustizia nella decisione *Taricco* abbia travalicato le competenze ad essa riconosciute dai Trattati europei: vuoi ampliando l'ambito applicativo dell'art. 325 TFUE alla materia penale, vuoi riconoscendo erroneamente a tale disposizione un effetto diretto con conseguente possibilità di disapplicazione della legislazione nazionale, vuoi disconoscendo un limite ontologico ai propri poteri giurisdizionali derivante dal principio della riserva di legge.

Si comprende, dunque, come questa censura della decisione *Taricco* non possa che avere carattere assorbente rispetto alle altre pur proposte dai giudici rimettenti, poiché tendente ad escludere qualsiasi intervento *in malam partem*, in qualsivoglia modo declinato, da parte della Corte di giustizia sulla base del suo carattere *ultra vires*; come efficacemente osservato si tratta a ben vedere della «madre di tutti i problemi» posti dalla sentenza *Taricco*⁶.

La risposta della Corte costituzionale sul punto è al momento telegrafica⁷: «non spetta certamente a questa Corte attribuire all'art. 325 del TFUE un significato differente da quello che gli conferisce la Corte di giustizia» e ancora «questa Corte tiene a sottolineare che l'interpretazione appena delineata [...] non pone in discussione il significato che la Corte di giustizia ha rinvenuto nell'art. 325 del TFUE».

R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 291 ss.; V. MANES, *La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»: le ragioni dei controlimiti*, *ivi*, 215 ss.; O. CHESSA, *Meglio tardi che mai. La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, *ivi*, 327 ss.

⁵ Su questa direttrice le argomentazioni di V. MANES, *La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»*, cit., 227; C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimito della riserva di legge in materia penale*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 342 ss.

⁶ Cfr. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco»*, cit., 11.

⁷ Tanto da suscitare vivo stupore in parte della dottrina, a parere della quale «tutto il *reasoning* messo in campo dall'ordinanza presuppone che a quell'articolo del Trattato un effetto diretto non si possa in alcun modo attribuire», v. G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Dir. comp.*, 20 febbraio 2017.

Spetterà chiaramente alla sentenza con la quale la Corte costituzionale definirà il giudizio fornire le motivazioni sulle quali si basa il rigetto di questa censura proposta dalla Corte di cassazione nelle due ordinanze di rimessione⁸.

Certo è ben possibile opporre alle cursorie affermazioni riportate, in mancanza di una compiuta disamina della censura da parte del nostro giudice costituzionale, altre affermazioni contenute nell'ordinanza che, se inidonee a fondare il convincimento opposto, di un accoglimento della censura da parte della Corte, quantomeno potrebbero suggerire che la decisione su questa specifica censura sollevata dalla Corte di cassazione è al momento impregiudicata⁹. Il riferimento è da un lato alla predicata esigenza di «una disposizione scritta» e dall'altro ai molteplici richiami al ruolo del giudice «al quale non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale», in ossequio al principio di separazione dei poteri, e alla necessità che l'attività giurisdizionale sia «soggetta al governo della legge penale», con il necessario corollario che non sia affidato «al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento».

Eppure una lettura non parcellizzata di queste affermazioni ben fa comprendere come il profilo al quale la Corte costituzionale fa riferimento è quello del rapporto tra giudice nazionale e legge penale, talvolta in maniera tanto chiara da far più volte preferire all'estensore finanche lessicalmente la dizione «tribunali penali» o «giudice penale» a quella più neutra di giudici. Emerge in altri termini con grande nettezza la giusta preoccupazione rispetto a esiti arbitrari, non uniformi dell'attività giurisdizionale dei giudici ordinari che dovessero applicare non una regola di giudizio determinata, ma che dovessero farsi interpreti piuttosto di meri programmi di scopo o di valutazioni di politica criminale. La critica della Corte costituzionale non pare mai appuntarsi, al contrario, sulla correttezza o meno di delegare tali valutazioni alla Corte di giustizia.

⁸ È presumibile che la Corte costituzionale abbia valorizzato quantomeno su questo punto le minoritarie voci in dottrina, nel senso dell'infondatezza di tale censura mossa alla sentenza *Taricco*, anche qui con differenti accenti in relazione alle tre direttrici di critica viste, cfr. F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 243 ss.; M. GAMBARDELLA, *Il caso Taricco: obblighi di disapplicazione in malam partem e compatibilità con i principi costituzionali della riserva di legge e di irretroattività*, *ivi*, 388 ss.; P. FARAGUNA, *Il caso Taricco: controlimiti in tre dimensioni*, *ivi*, 363 ss.

⁹ In questo senso V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco»*, cit., 11, che non a caso parla di un problema irrisolto nell'ordinanza, una sua zona d'ombra, sul quale forse il giudizio della Corte si è per il momento solo arrestato.

D'altronde la Corte costituzionale è ben conscia, se non altro poiché si trova in una situazione del tutto simile a quella della Corte di giustizia¹⁰, che i limiti al potere «normativo» di questa Corte non possano che fondarsi su argomentazioni e su parametri costituzionali diversi da quelli ben più immediati e meno problematici utilizzati per scolpire il rapporto tra legislatore e giudice ordinario, non potendosi certo ritenere che la Corte di giustizia, come la Corte costituzionale, possa essere legata al principio della soggezione del giudice alla legge, molto opportunamente richiamato invece per il giudice ordinario¹¹. I limiti che il giudice costituzionale, o in questo caso la Corte di giustizia, si dà autonomamente nella delicata materia penale sono, come dimostra la stessa travagliata evoluzione sul punto della nostra Corte costituzionale¹², tutt'altro che liquidabili con pochi accenni mutuati dal tema classico della distinzione tra legislatore e giudice.

È da escludere dunque, sulla base delle stesse indicazioni lessicali e degli argomenti utilizzati dalla Corte costituzionale, che essa abbia voluto censurare sotto questo profilo la decisione della Corte di giustizia. D'altronde non si riuscirebbe davvero a dare un significato all'affermazione della Corte costituzionale di non voler porre «in discussione il significato che la Corte di giustizia ha rinvenuto nell'art. 325 del TFUE», se si ammettesse come ancora *sub iudice* la questione della legittimità a monte di interventi *in malam partem* della Corte di giustizia in materia penale per violazione del principio della riserva di legge, poiché in questo caso davvero si faticherebbe a comprendere cosa residuerebbe del significato che la Corte di giustizia ha rinvenuto nell'art. 325 del TFUE.

Oltretutto la richiesta interlocuzione della Corte costituzionale con la Corte di giustizia su più profili problematici della decisione *Taricco*, che sarebbero certamente assorbiti dall'accoglimento della censura della

¹⁰ A riconoscere un potere normativo alle sentenze della Corte di giustizia e a valorizzare le peculiarità di questo giudice, di certo non equiparabile al giudice ordinario interno, è d'altronde, con una giurisprudenza tanto risalente quanto univoca, la stessa Corte costituzionale, cfr., *ex plurimis*, sentt. 113/1985; 289/1989.

¹¹ Si vedano, sulla necessaria distinzione tra il pacifico operare verticale della riserva di legge in materia penale *ex art. 25 comma 2 Cost.*, nei rapporti legislatore-giudice ordinario, e il molto più discusso operare orizzontale di tale principio nei confronti del giudice costituzionale, le riflessioni di A. PIZZORUSSO, *Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, 305 ss.

¹² Nella discussione sul caso *Taricco* si è molto opportunamente ricostruita tale evoluzione per comprendere se anche l'intervento *in malam partem* della Corte di giustizia non potesse in realtà rientrare in quei casi di asserita mancanza di violazione del principio di riserva di legge da parte della stessa Corte costituzionale, attraverso il non semplice costruito delle «norme penali di favore», cfr. approfonditamente M. GAMBARDELLA, *Il caso Taricco*, cit., 387 ss.

Corte di cassazione sinora discussa, mal si giustificerebbe nel caso in cui tale eventualità non fosse stata già discussa ed esclusa dalla Corte. Data la scelta del rinvio pregiudiziale interpretativo, la Corte costituzionale avrebbe sicuramente opposto alla Corte di giustizia, in maniera ben più chiara di quanto alcune isolate affermazioni possano consentire di ritenere, anche questi assorbenti profili di censura del suo operato.

2. *Il portato di questo (implicito) rigetto*

È bene allora fissare con chiarezza i termini dell'ordinanza della Corte costituzionale. Volendo semplificare all'estremo, si può osservare che la Corte costituzionale non esclude la possibilità per la Corte di giustizia, sulla base dei riconosciuti effetti diretti rinvenienti dall'art. 325 del TFUE, di riscrivere, mediante disapplicazione ad opera del giudice comune, istituti e norme nazionali in materia penale con effetti *in malam partem*. La Corte costituzionale censura soltanto le modalità peculiari con le quali la Corte di giustizia ha fatto uso di tale facoltà nel caso di specie; censura dunque soltanto il *quomodo* e non l'*an* dell'intervento della Corte di giustizia¹³.

Ci pare che proprio in questa laconica affermazione risieda il punto più importante della decisione della nostra Corte costituzionale. In fin dei conti l'applicazione retroattiva della regola enunciata in sentenza, dovuta al carattere anfibio dell'istituto della prescrizione, o l'indeterminatezza della regola enucleata, per via del riferimento al «considerevole numero di casi», sono caratteri transeunti della pronuncia della Corte di giustizia.

Se al caso della prescrizione sostituissimo, ad esempio, quello delle soglie di punibilità, profilo tra l'altro già posto all'attenzione della Corte di giustizia¹⁴, è evidente che la pronuncia della Corte di giustizia sarebbe applicabile, per sua certa ammissione, solo *pro futuro*, e che la disapplicazione *tout court* della soglia non sconfiggerebbe alcun profilo di indeterminatezza.

¹³ La decisione in questo senso da parte della Corte costituzionale pare oltretutto iscriversi in linea di continuità con la tendenza manifestata da parte di tutti i giudici costituzionali europei a non opporre alla Corte di giustizia, in molteplici e delicati casi, questioni di competenza rispetto al «progressivo ampliamento e potenziamento in via pretoria delle competenze europee in materia penale», cfr. *amplius* A. BERNARDI, *Presentazione. I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., LXVI ss.

¹⁴ Cfr. L. ZOLI, *La disciplina dei reati tributari al vaglio della Corte di giustizia UE*, in *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2016.

Se vogliamo il caso della prescrizione, essendo istituito questo di confine tra diritto sostanziale e processuale, presenta delle peculiarità che forse distolgono dalla vera posta in gioco nel caso *Taricco*.

A controprova di quanto fin qui osservato, si ipotizzi che la Corte di giustizia, in risposta alle domande rivolte dalla Corte costituzionale, chieda al giudice comune di disapplicare solo *pro futuro* la disciplina della prescrizione in tutti i casi di frodi in materia di iva. Questa risposta, che pur appagherebbe *in toto* le censure sollevate dalla Corte costituzionale, non sarebbe certamente di minor impatto per il nostro ordinamento rispetto alla originaria pronuncia nel caso *Taricco*.

La Corte costituzionale dunque non chiude la porta all'ipotesi che la Corte di giustizia possa richiedere *ex art. 325 TFUE* al giudice interno di disapplicare qualsiasi norma del nostro ordinamento penale. *A fortiori*, da questa ordinanza può uscire rincuorato il giudice comune sulla bontà del suo rivolgersi alla Corte di giustizia per ottenere pronunce dagli effetti *in malam partem*. Di fatto, problemi di rispetto dei principi costituzionali, quali in questo caso quelli di irretroattività e di determinatezza, si porranno, non già per il giudice comune, ma solo per la Corte di giustizia nel momento dell'enucleazione della regola da far applicare nel caso concreto al giudice comune. C'è da sperare – ma la realtà avrà cura di disilluderci presto¹⁵ – che i giudici comuni non scoprano come, al di sotto di un'ordinanza in cui si minaccia l'uso dei controlimiti nei confronti del diritto UE, si celi in realtà un via libera assoluto alla possibilità di formulare ordinanze di rinvio pregiudiziale *in malam partem* in materia penale.

La Corte costituzionale italiana avalla dunque, per usare le parole del Prof. Manacorda, «l'acquisizione fuori controllo, da parte del giudice europeo, del potere di *ius dicere* in un terreno nel quale nemmeno il legislatore [europeo, *n.d.a.*] si era spinto»¹⁶.

Non si intende, qui, in alcun modo interrogarsi sulla correttezza o meno di tale esito, sulla bontà o meno, in altri termini, della scelta di non estendere la contesa con la Corte di giustizia, e la minaccia dei controlimiti, a questo profilo. Molto si è già detto su questo punto prima ancora dell'intervento della Corte costituzionale.

Ma di certo non può mancarsi di sottolineare che questa ordinanza dovrebbe essere accolta con ben altro atteggiamento da chi ha visto nel

¹⁵ Sottolineava la centralità di questo tema, già prima dell'ordinanza della Corte costituzionale, S. MANACORDA, *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in A. BERNARDI, *I controlimiti*, cit., 198 ss.

¹⁶ S. MANACORDA, *Le garanzie penalistiche*, cit., 197.

caso *Taricco* un'opportunità di risposta critica al ruolo della Corte di giustizia nell'edificazione del diritto penale europeo. Tutto sommato, si porta a casa da parte della Corte costituzionale una «vittoria» sui profili transeunti del caso concreto, ma si riporta una «sconfitta» incondizionata sull'oggetto principale del contendere.

3. *Le censure di costituzionalità già (sostanzialmente) accolte e riproposte alla Corte di giustizia*

È ancora più importante partire da questo profilo di censura della decisione *Taricco* della Corte di giustizia, perché esso è indubbiamente quello più difficilmente risolvibile senza far ricorso allo strumento dei controlimiti.

Laddove si volesse negare in radice qualsiasi competenza della Corte di giustizia nel riscrivere l'ordinamento penale interno sulla base dell'articolo 325 TFUE, non vediamo invero come si potrebbe raggiungere questo risultato se non sulla base di un controllo *ultra vires* da parte della Corte costituzionale.

Paradossalmente, tuttavia, proprio il non accoglimento di questa censura da parte della Corte costituzionale rende meno condivisibile la scelta di fare energicamente ricorso ai controlimiti per i restanti profili, per i quali, invero, altre soluzioni si offrivano alla Corte costituzionale.

Partiamo, con davvero pochi cenni cursori, dal profilo dell'irretroattività della pronuncia della Corte di giustizia. Ebbene qui, a voler far salvo il più elevato standard di tutela offerto dal nostro ordinamento, sarebbe bastato attribuire una valenza giuridica e non meramente ornativa ai riferimenti della Corte di giustizia, nei paragrafi 53 e 55, allorché si fa riferimento alla necessità che il giudice nel disapplicare le norme nazionali assicuri il rispetto dei diritti fondamentali degli interessati.

Certo più delicato potrebbe apparire il profilo dell'indeterminatezza della regola di giudizio dettata dalla Corte di giustizia; ma ben avrebbe fatto a quel punto la Corte costituzionale, con scelta certo furba, a ritenere oramai irrilevante la decisione *Taricco* perché ancorata ad una situazione legislativa oramai superata a seguito dell'innalzamento dei termini prescrizionali entrato in vigore nel 2011, rimandando evidentemente ad un nuovo eventuale rinvio pregiudiziale da parte di un giudice comune investito di fatti successivi al 2011 l'analisi della Corte di giustizia sull'adeguatezza dell'ordinamento italiano. Chiaramente ben avrebbe potuto manifestare la Corte costituzionale, nell'ambito di una tale decisione di inammissibilità delle ordinanze di remissione, tutti i dubbi di compatibi-

lità con il nostro ordinamento costituzionale di una regola declinata in modo tanto indeterminato nella decisione *Taricco*.

E non si può fare qui riferimento, per esigenze di concisione, agli altri più arditi strumenti, pur prospettati in dottrina, attraverso i quali ricondurre a determinatezza la regola di giudizio imposta dal giudice europeo¹⁷. Né tantomeno pare comprensibile – lo si dica anche qui *en passant* – la non apertura da parte della Corte costituzionale all'operare quantomeno *pro futuro* del principio di assimilazione *ex art. 325 par. 2 TFUE*¹⁸.

D'altronde, una sincera attitudine cooperativa da parte della Corte costituzionale nell'enucleazione attraverso il rinvio pregiudiziale di un significato determinato alla regola stabilita in *Taricco* non pare confarsi ad una ordinanza di rinvio ampiamente motivata sul tema dei controlimiti e che pare prospettare alla Corte di giustizia come unica via d'uscita un deciso passo indietro rispetto al *dictum* in *Taricco*¹⁹.

4. *Una valutazione d'insieme*

Nell'analizzare questa complessa ordinanza della Corte costituzionale è utile tornare alla magistrale distinzione tracciata dal Prof. Palazzo tra una concezione difensiva e una concezione dinamica dei controlimiti²⁰: l'una volta a tutelare specificità nazionali, l'altra volta ad alimentare un virtuoso dialogo con l'ordinamento sovranazionale al fine di generare un processo di lievitazione del livello di tutela di determinati principi o interessi.

¹⁷ Si veda, ad esempio, sulla possibilità che la Corte costituzionale sollevasse dinanzi a se stessa la questione della legittimità della disciplina nazionale in materia di prescrizione, R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata*, cit., 300; e ora all'esito del rinvio alla Corte di giustizia anche A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *Giur. cost.*, 27 gennaio 2017, 87.

¹⁸ Sulla necessità di scorporare e salvare da censure di incostituzionalità quantomeno questa regola derivante dalla decisione *Taricco* cfr. con grande chiarezza E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale (riflessioni sulla sentenza Taricco)*, in *Dir. pen. cont.*, 29 febbraio 2016. Critico rispetto al mancato scorporamento di questa regola da parte della Corte costituzionale M. CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in *Dir. pen. cont.*, 24 febbraio 2017, 20.

¹⁹ Sull'attitudine della Corte costituzionale, non diversa da quella della Corte di giustizia, «di irrigidimento di posizioni» e non aperta ad un reale dialogo si vedano le puntuali riflessioni di A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco*, cit., 82.

²⁰ V. F. PALAZZO, *Armonizzazione europea e costituzionalismo penale tra diritto e politica*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 277 ss.

A nostro sommosso avviso, pare che la nostra Corte costituzionale, avendo superato lo scoglio più duro sottoposte dai giudici del rinvio, avallando la competenza della Corte di giustizia in materia, si sia mossa rispetto alle altre e meno rilevanti censure in chiave schiettamente difensiva, con il nobile intento di arginare o finanche elidere una «brutta» sentenza della Corte di giustizia, difficilmente attuabile da parte del giudice comune.

Ma se di controlimiti difensivi si tratta – come a noi pare evidente – il loro utilizzo deve essere ancor più attentamente vigilato secondo un canone di *extrema ratio*, verificando con grande cura che nessun altro strumento decisorio possa essere utilmente esperito per raggiungere in concreto l'obiettivo di tutela dell'ordinamento interno. Di grande aiuto sarebbe in un tal contesto l'aurea regola del *judicial restraint* cara ai giudici di *common law*: risolvere meno questioni possibili per la decisione del caso concreto. Non scomodare in altri termini l'impegnativo tema dei controlimiti quando il caso concreto si presta ad essere risolto su un piano molto meno generale e complesso.

La sensazione che si avverte è al contrario quella che pur di arrivare – secondo i diversi punti di vista – ad un chiarimento o ad una resa dei conti definitiva sulla questione dei controlimiti, la Corte costituzionale abbia tralasciato di considerare tutte le diverse strade che l'avrebbero condotta a difendere i principi costituzionali pur senza attaccare frontalmente la decisione della Corte di giustizia. Si teme, detto altrimenti, che la Corte costituzionale non si sia voluta far scappare in definitiva la possibilità di scrivere pagine belle ed importanti come quelle che si stanno qui commentando.

Non deve tuttavia sfuggire che il mancato esercizio di *judicial restraint* influisce negativamente sulla stessa legittimazione dell'attività giurisdizionale della Corte, che «saltando» alla decisione di questioni non strettamente rilevanti, mostra di avere più a cuore la risoluzione di tali questioni che la decisione sulla vicenda concretamente in esame. In concreto, è fondato il timore che a sorreggere la decisione della Corte sia stata non tanto la necessità di risolvere i problemi creati da una «brutta» sentenza del giudice europeo, quanto la volontà di stabilire i rapporti (di forza) tra le Corti – si è certi, non sulla base di un cinico calcolo di maggiore debolezza in questo momento della controparte sovranazionale.

C'è ora da sperare che la Corte di giustizia voglia adoperarsi per risolvere in concreto le problematicità della sua decisione *Taricco* piuttosto che declinare anch'essa la sua risposta sull'esigenza di affermare in maniera generale e perentoria la sua posizione in materia di primato e di controlimiti.

GIUSEPPE RICCARDI

“PATTI CHIARI, AMICIZIA LUNGA”.
LA CORTE COSTITUZIONALE TENTA IL ‘DIALOGO’
NEL CASO TARICCO, ESIBENDO L’ARMA DEI CONTROLIMITI

SOMMARIO: 1. Il “dialogo tra Corti” tra mito e realtà. 2. L’ordinanza di rinvio pregiudiziale della Consulta: prove di “dialogo”. 3. Devozione alla *primauté* e rivendicazione della supremazia dei controlimiti. 4. L’ordinanza ‘monito’ e lo spostamento del baricentro della produzione del diritto penale. 5. I frutti maturi, i frutti nuovi... 6. ...e qualche frutto avvelenato. 7. Poteri costituiti e poteri costituenti nella metamorfosi dei paradigmi.

1. *Il “dialogo tra Corti” tra mito e realtà*

Ogni “paradigma giuridico” si fonda su una serie di “miti” fondativi¹, 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 *sovranazionali*, 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 proces-

¹ 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 (14).

suale – delle quali sono emblematiche la vicenda *Melloni*², da un lato, e l'*affaire Taricco*³, 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 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 sentenza *Taricco* è emblematica di tale 'evoluzione', in quanto, non solo per la prima volta la Corte di Giustizia accede al "giardino proibito"⁴ del diritto penale nazionale, ma lo fa obliterando ogni forma di "dialogo" con le Corti nazionali, ed ignorando del tutto la 'grammatica'⁵

² 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. cont.*, 2013, n. 3, 242 ss.

³ 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. ZILLETI, *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.

Sia altresì consentito rinviare a G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte euro unitaria tra limiti di attribuzione 'internazionale' e controlimiti 'costituzionali'*, 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. 4/2016, 10 ss., ora anche in *Cass. pen.*, n. 2 del 2017, p. 869 ss.; 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, 595 ss.

⁴ Riprendendo l'efficace immagine, riferita alla valutazione probatoria, di P. FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest. giust.*, 1998, 587 ss.

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.

2. *L’ordinanza di rinvio pregiudiziale della Consulta: prove di “dialogo”*

La decisione della Corte costituzionale, con la quale è stato disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE in ordine alla “questione *Taricco*”, costituisce, 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, fermo⁶ e, allo stesso tempo, ‘astuto’, perché riesce 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”, viene 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 rivolge, infatti, tre “domande retoriche”, chiedendo se l’obbligo di disap-

⁵ 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.

⁶ 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, 285 ss.; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, in *Dir. pen. contemp.*, 13 febbraio 2017.

plicazione dei termini di prescrizione previsti dalla normativa nazionale debba 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 chiede se dell’art. 325 TFUE debba essere fornita, dalla Corte di Giustizia, una interpretazione ‘incostituzionalmente orientata’⁷.

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

Oltre che ferma ed ‘astuta’, la decisione costituzionale è 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”⁸; 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 2014⁹ –, 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 *Bundesverfas-*

⁷ G. CIVELLO, *La Consulta, adita sul caso “Taricco”, adisce la Corte di Giustizia: orientamenti e disorientamenti nel c.d. “dialogo fra le corti”*, in *Arch. pen.*, 1/2017, 13.

⁸ Corte cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 3.

⁹ 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’eterogeneità dei fini*, in *Quest. giust.*, 2015, n. 1, 84 ss.; G. SILVESTRI, *Sovranità vs. Diritti fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2015, n. 1, 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, 64 ss.; E. LAMARQUE, *La Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere anche mordere*, in *Quest. giust.*, 2015, n. 1, 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, 2 ss.; P. FARAGUNA, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2 novembre 2014.

*sungsgericht*¹⁰), 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, TUE¹¹; messaggio 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 inalienabili¹².

3. *Devozione alla primauté e rivendicazione della supremazia dei contro-limiti*

Ma la reale cifra della decisione della Corte costituzionale va rinvenuta senz’altro nel denso apparato motivazionale, che va apprezzato sotto molteplici angoli prospettici.

Brevemente, a soli fini dialettici, vanno evidenziati i principali passaggi argomentativi: l’ordinanza di rinvio esordisce con un esplicito “riconoscimento del primato del diritto dell’Unione”, quale “dato acquisito nella giurisprudenza di questa Corte”; il dogma della *primauté* del diritto eurounitario viene affiancato dall’affermazione della natura di “principio supremo” (o, in altro passaggio, di “principio cardine”¹³) del principio di legalità in materia penale, nella duplice dimensione della determinatezza e dell’irretroattività¹⁴.

E la natura di “controlimite” impone, pertanto, di verificare “se l’applicazione dell’art. 325 del TFUE”, nell’interpretazione data dalla

¹⁰ Di recente, *Bundesverfassungsgericht*, Secondo Senato, 15 dicembre 2015, R., consultabile in www.bundesverfassungsgericht.de; in *Cass. pen.*, 2016, 1748, con osservazioni di N. CANESTRINI, *Dalla Corte costituzionale tedesca un limite alla penetrazione dell’ordinamento comunitario negli Stati nazionali?*, *ivi*, 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.

¹¹ Anche G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all’ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritti comparati*, 20 febbraio 2017, 2-3, 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 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*”.

¹² Corte cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 2.

¹³ Corte cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 6.

¹⁴ Corte cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 2: “Non vi è inoltre dubbio che il principio di legalità in materia penale esprima un principio supremo dell’ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili dell’individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata retroattiva”.

sentenza *Taricco*, comporti “l’ingresso nell’ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale”, ipotesi che “questa Corte avrebbe il dovere di impedir(e)”.

Alla solenne proclamazione di devozione alla *primacy* dell’ordinamento sovranazionale, dunque, fa da *pendant* una rivendicazione della *supremacy* dell’ordinamento nazionale, allorquando venga in rilievo una violazione dei propri ‘controlimiti’¹⁵.

Il terzo *topos* argomentativo, nella selezione dei cardini del proposto “dialogo”, concerne la natura sostanziale della prescrizione, in quanto “istituto che incide sulla punibilità della persona”, e la conseguente soggezione del “regime legale della prescrizione (...) al principio di legalità in materia penale”.

La riaffermazione della natura sostanziale della prescrizione, nel ribadire una consolidata giurisprudenza costituzionale, viene, peraltro, ‘condita’ dalla precisazione che la natura, sostanziale o processuale, non rientra tra le competenze dell’Unione; “ciascuno Stato membro è perciò libero di attribuire alla prescrizione dei reati natura di istituto sostanziale o processuale, in conformità alla sua tradizione costituzionale”¹⁶.

Non compete, dunque, alla Corte di Giustizia il riconoscimento (o l’attribuzione) della natura giuridica alla prescrizione, trattandosi di disciplina estranea alle competenze dell’Unione: a differenza dell’atteggiamento agnostico mantenuto sulla natura (programmatica o precettiva) dell’art. 325 TFUE, sulla sua legittima individuazione quale “base giuridica” dell’obbligo di disapplicazione, e, in ultima analisi, sul problema di fondo dell’auto-attribuzione di competenze penali dirette, questa risulta l’unica rivendicazione che la Consulta fa delle competenze nazionali, limitandosi a sottrarre il regime della prescrizione “dal magnetismo centripeto dell’armonizzazione”¹⁷, riservandolo alle prerogative esclusive degli ordinamenti nazionali.

Non appare priva di rilievo l’ulteriore precisazione della Consulta, secondo cui, “anche se si dovesse ritenere che la prescrizione ha natura processuale, o che comunque può essere regolata anche da una normativa posteriore alla commissione del reato, ugualmente resterebbe il principio che l’attività del giudice chiamato ad applicarla deve dipendere da disposizioni sufficientemente determinate”¹⁸; una ‘clausola di salvaguar-

¹⁵ G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy*, cit., 3; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, cit., 4.

¹⁶ Corte cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 4 e 8.

¹⁷ V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, cit., 6, che rileva come la Corte si limiti “a lavorare per sottrazione”.

¹⁸ Corte cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 9.

dia’ per lasciare sul tappeto il rispetto del principio di determinatezza e della separazione dei poteri, anche nel caso in cui la Corte di Giustizia dovesse insistere nel “monologo”, arroccandosi dietro la natura processuale della prescrizione.

Chiarite le coordinate lessicali sulle quali è possibile impostare un reale “dialogo”, la Consulta individua 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 concentra l’attenzione sulla declinazione della legalità penale che maggiormente coinvolge il rapporto tra legislatore e giudice; e la verifica della determinatezza della *regula iuris* desunta dalla sentenza *Taricco* viene 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”¹⁹.

Ma la verifica sollecitata non è 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 esita 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 TFUE²⁰: quanto al primo, richiamandosi anche all’art. 7 CEDU ed alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la Corte sostiene di essere “convinta che la persona non potesse ragionevolmente 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 afferma 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,

¹⁹ Corte cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 5.

²⁰ 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”.

pur non dubitandosi che il requisito si riferisca alla “sistemica 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”²¹.

È, dunque, sulla base di tali profili di incompatibilità che la Consulta sottopone la questione pregiudiziale, ritenendo “necessario chiedersi se la Corte di giustizia abbia ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla regola anche quando essa confligge con un principio cardine dell’ordinamento italiano”²²; ancora una volta, nel rispetto del galateo istituzionale, precisando che “questa Corte pensa il contrario, ma reputa in ogni caso conveniente porre il dubbio all’attenzione della Corte di giustizia”.

E la questione pregiudiziale viene sottoposta declinando la dimensione eurounitaria (*recte*, internazionale) dei controlimiti, che, lungi dall’evocare una “comunitarizzazione dei controlimiti”, e dall’invocare l’articolo 11 Cost., fornisce una lettura dei “rapporti tra Unione e Stati membri” imperniata sugli artt. 4, § 3, e 6, § 3, TUE, e connotata dal “principio di leale cooperazione” – “che implica reciproco rispetto e assistenza”, e “comporta che le parti siano unite nella diversità” –, e dall’incorporazione, nel diritto dell’Unione, delle “tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”.

Sulla base di tali coordinate, infatti, la Consulta imposta, con affermazioni lungimiranti e di alto profilo, la questione del rapporto tra fonti nazionali e sovranazionali, che, consapevolmente, non può essere smiunita a “mera articolazione tecnica del sistema”, dovendo “l’obiettivo dell’unità”, che “giustifica una rinuncia a spazi di sovranità”, essere perseguito con la “capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro”²³; ne consegue che “il diritto dell’Unione,

²¹ 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”.

²² Corte cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 6.

²³ Corte cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 6: “Il primato del diritto dell’Unione non esprime una mera articolazione tecnica del sistema delle fonti nazionali e sovranazionali. Esso riflette piuttosto il convincimento che l’obiettivo della unità, nell’ambito di un ordina-

e le sentenze della Corte di giustizia che ne specificano il significato ai fini di un’uniforme applicazione, non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale”.

Sempre nell’ottica dei rapporti tra Unione e Stati membri, la Consulta provvede 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”.

Sulla base di tale delimitazione di competenze, la Consulta individua in due passaggi – per la verità non particolarmente significativi²⁴ – della sentenza *Taricco* (i paragrafi 53 e 55) la ‘via di fuga’ per evitare il contrasto, il *modus discensus* offerto alla Corte di Lussemburgo, dai quali dovrebbe evincersi che “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”.

Questa, in altri termini, è, secondo la Consulta, l’interpretazione della ‘regola Taricco’ in grado, da un lato, di “preservare l’identità costituzionale della Repubblica italiana”, e, dall’altro, di non compromettere “le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell’Unione”, non essendo “in discussione il significato che la Corte di giustizia ha rinvenuto nell’art. 325 del TFUE”²⁵.

mento che assicura la pace e la giustizia tra le Nazioni, giustifica una rinuncia a spazi di sovranità, persino se definiti da norme costituzionali. Al contempo la legittimazione (art. 11 della Costituzione italiana) e la forza stessa dell’unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 del TUE) nascono dalla sua *capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro* (art. 4, paragrafo 2, del TUE). In caso contrario i Trattati europei mirebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri”.

²⁴ C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia. Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)*, in questo volume, § 1, 436, con un colto richiamo mitologico, sottolinea come la Consulta, novella “Porzia”, abbia trovato la via di uscita “in un classico cavillo da legulei”.

²⁵ Corte cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 8: “L’impedimento del giudice nazionale ad applicare direttamente la regola enunciata dalla Corte non deriva da una interpretazione alternativa del diritto dell’Unione, ma esclusivamente dalla circostanza, in sé estranea all’ambito materiale di applicazione di quest’ultimo, che l’ordinamento italiano attribuisce alla normativa sulla prescrizione il carattere di norma del diritto penale sostanziale e la assoggetta al principio di legalità espresso dall’art. 25, secondo comma, Cost. È questa una qualificazione esterna rispetto al significato proprio dell’art. 325 del TFUE, che non dipende dal diritto europeo ma esclusivamente da quello nazionale”.

“Il primato del diritto dell’Unione non è posto in discussione nel caso oggi a giudizio, perché (...) non è in questione la regola enunciata dalla sentenza in causa Taricco, e desunta dall’art. 325 del TFUE, ma solo l’esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice”.

A questo passaggio argomentativo viene affidato il compito di disinnescare la questione *Taricco*, proponendo un compromesso (onorevole?) per entrambe le Corti, e per i rispettivi ordinamenti; e, tuttavia, la proposta di dialogo viene fondata su quella che, con efficace metafora, è stata definita la “rottura delle molecole” tra il concetto di *primauté*, di effetto diretto, e quello di “diretta applicabilità”²⁶.

E questa ‘proposta’, tuttavia, non è detto che possa persuadere la Corte di Lussemburgo, essendo in essa insito un meccanismo di sterilizzazione del diritto dell’Unione generalizzabile, e perciò pericoloso per la sopravvivenza della funzione ‘promozionale’ del diritto eurounitario, assunto dalla Corte UE quale motore propulsore del processo di integrazione europea: la “rottura delle molecole”, infatti, potrebbe mettere in circolo un atomo potenzialmente letale per l’affermazione del primato del diritto ‘comunitario’, per la “funzione propulsiva delle decisioni giuridiche sulle decisioni politiche”²⁷, e per l’opera di costante erosione delle competenze nazionali in favore di quelle europee.

L’altro *commodus discessus* offerto alla Corte di giustizia per ‘riformulare’ la *regula iuris* contenuta nella sentenza *Taricco*, sterilizzandone l’applicazione diretta, consiste, infine, nel richiamo al principio di determinatezza, quale precipitato costituzionale del “principio cardine della separazione dei poteri”²⁸, comune “alle tradizioni costituzionali degli Stati membri”, e dunque “principio generale del diritto dell’Unione”, quale ulteriore e necessario momento di verifica della compatibilità della regola *Taricco* con l’art. 49 della Carta di Nizza; infatti, “la sentenza resa in causa *Taricco* ha escluso l’incompatibilità della regola lì affermata rispetto all’art. 49 della Carta di Nizza con riguardo al solo divieto di retroattività, mentre non ha esaminato l’altro profilo proprio del principio di legalità, ovvero la necessità che la norma relativa al regime di punibilità sia sufficientemente determinata”.

Al riguardo, infatti, viene richiamata la peculiarità degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law* – che, giova sottolinearlo, in

²⁶ C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, cit., § 3, 442.

²⁷ C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 8 ss.

²⁸ Corte cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 9.

seguito alla c.d. *Brexit*, rappresentano la quasi totalità dei membri dell’Unione europea, essendo rimasto, quale ordinamento di *common law*, soltanto quello della Repubblica di Irlanda –, per evidenziare che “Essi non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano l’idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire”²⁹.

Ebbene, nel rilevare che “l’art. 325 del TFUE, pur formulando un obbligo di risultato chiaro e incondizionato, secondo quanto precisato dalla Corte di giustizia, omette di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo”, la Consulta afferma che “questa conclusione eccede il limite proprio della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto quanto meno nella tradizione continentale, e non pare conforme al principio di legalità enunciato dall’art. 49 della Carta di Nizza”; sulla base di tali premesse, dunque, invoca una verifica della compatibilità della ‘regola Taricco’ “con l’art. 49 della Carta di Nizza, che ha lo stesso valore dei Trattati (art. 6, paragrafo 1, del TUE), sotto il profilo della *carente determinatezza della norma europea*, quando interferisce con i diritti degli imputati in un processo penale”³⁰.

4. *L’ordinanza ‘monito’ e lo spostamento del baricentro della produzione del diritto penale*

La decisione della Corte costituzionale, che sembra rivelare una sorta di ‘ipocrisia’ argomentativa, essendo 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”; un monito rivolto alla Corte di Giustizia UE affinché rivisiti 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 Costituzione³¹, in alcuni casi accompagnandolo

²⁹ Corte cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 9.

³⁰ Corte cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 9.

³¹ Per tutti, T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2013, 13^a ed. aggiornata da G. Silvestri, 504.

da una sorta di minaccia di una possibile decisione di accoglimento³² – come nel caso dell’ordinanza 24 del 2017 –, il differente destinatario al quale è, 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.

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.

5. *I frutti maturi, i frutti nuovi...*

La decisione della Corte costituzionale, pur nella forma dell’ “ordinanza”, e nella sostanziale sinteticità, rivela contenuti densissimi e forieri di molteplici considerazioni, in differenti prospettive.

5.1. Nella prospettiva dei rapporti tra ordinamento sovranazionale e ordinamento costituzionale, spiccano due profili evidenziati dalla Consulta.

Innanzitutto, l’affermazione del principio dell’*unità nella diversità* quale presupposto per legittimare la rinuncia agli spazi di sovranità, persino se definiti da norme costituzionali; rinuncia che, nell’ambito di un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 TUE), è intrinsecamente fondata sulla capacità dell’Unione “di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale”; nel sottolineare che “in caso contrario i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri”, la Consulta sembra elaborare una sorta di monito per rammentare, con elegante circonlocuzione, che gli Stati nazionali sono tuttora i “signori dei Trattati” (*Herren des Verträge*³³), che rinvergono il proprio fondamento proprio in quelle

³² 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, 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.

³³ Secondo l’espressione alla quale il *Bundesverfassungsgericht* è rimasta ancorata a partire dalla decisione sul Trattato di Maastricht (BVG, Secondo senato, 12 ottobre 1993).

strutture costituzionali che la Corte di giustizia pretenderebbe di dissolvere.

Un implicito *caveat* per suggerire che il dissolvimento dei ‘pilastri’ costituzionali degli Stati membri comporterebbe l’automatico crollo della ‘costruzione’ europea, che su quei pilastri è stata eretta.

Un altro ‘frutto maturo’, che era tempo di staccare dall’albero delle enunciazioni teoriche, 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 che sembrava ormai ineludibile, perché la Corte di giustizia, innescando il meccanismo del ‘dialogo diretto’ con i giudici comuni, ha tentato di dissolvere il controllo accentratore 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 accentratore (sulla legittimità costituzionale) ad un *controllo diffuso* sull’*adeguatezza politico-criminale* della legge – profilo comunque estraneo alla competenza della Consulta³⁴, essendo prerogativa esclusiva del legislatore –, rimesso al giudice comune.

5.2. Nella prospettiva costituzionale è possibile invece cogliere i ‘frutti nuovi’ germinati dalla decisione della Consulta.

Nella chiara rivendicazione del ruolo della Corte costituzionale di custode esclusivo dell’*Identitätskontrolle* assume, infatti, 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’ uti-

³⁴ Sui limiti del controllo di legittimità sui presupposti fattuali delle scelte di criminalizzazione o di risposta al reato, per tutti, D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1004 ss.

³⁵ C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, cit., § 4, 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.

lizzabile 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 allorché 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, di conseguenza, la reale latitudine del "profilo della carente determinatezza della norma europea"³⁹ evidenziata dalla Consulta.

In altri termini, se la determinatezza venisse intesa come 'determinabilità', sarebbe 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 la *regula iuris*, come formulata (e, in ipotesi, integrata) dalla Corte di giustizia.

Nella declinazione che sembra (o si auspica) essere stata 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 quale precipitato del princi-

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., § 4, richiamando l'immagine efficacemente proposta da F. PALAZZO della geometria variabile della determinatezza, trasformatasi da linea verticale in triangolo (F. PALAZZO, *Introduzione*, in A.M. STILE, S. MANACORDA, V. MONGILLO (a cura di), *Civil Law e Common Law: quale "grammatica" per il diritto penale?*, in corso di pubblicazione, 3 del dattiloscritto), evidenzia come, nella sentenza del 2008, la determinatezza si rivolga *anche* al giudice, per supplire in via interpretativa ad eventuali carenze descrittive della fattispecie (451).

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. 138 ss., 163 ss.); S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e pro-*

pio di riserva di legge, è intrinsecamente legata alla determinatezza dell’*enunciato normativo*⁴¹.

Più in generale, alzando lo sguardo dal caso *Taricco*, da tale ricostruzione potrebbe conseguire un abbandono dell’atteggiamento di *self-restraint* e di refrattarietà al sindacato di legittimità declinato sulla tassatività, ed una futura maggiore predisposizione della giurisprudenza costituzionale ad affrontare le questioni proposte con riferimento al parametro della determinatezza della norma penale; e questo sarebbe senz’altro un “frutto nuovo”.

Il rischio è che il maggior *standard* di determinatezza venga preteso con riferimento alla sola dimensione della “punibilità”, e non anche con riferimento al precetto integrativo della fattispecie incriminatrice; il passaggio in cui la Consulta sottolinea “la necessità che la norma relativa al regime di *punibilità* sia sufficientemente determinata”⁴², infatti, potrebbe fondare un ‘doppio binario’ nella verifica di costituzionalità, nel senso che, alla stregua del brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali scripta et stricta*, la ‘determinatezza rinforzata’ potrebbe ritenersi riferita solo alla *poena* (il regime della punibilità), non anche al *crimen*.

5.3. Nella prospettiva più strettamente penale, va sottolineato l’inserimento del regime della prescrizione nell’orbita del principio di stretta legalità.

A differenza delle precedenti pronunce della Consulta, nelle quali veniva affermata la natura sostanziale della prescrizione “nell’attuale configurazione”, l’ordinanza n. 24 del 2017 sembra attrarre definitivamente la prescrizione, in quanto “istituto che incide sulla punibilità della persona”⁴³, nell’area del principio di legalità, sottoponendola al connesso regime di garanzia, e affrancandola da eventuali – e auspicabili – differenti qualificazioni normative in senso processuale⁴⁴.

In altri termini, se la prescrizione dovesse essere oggetto di una riforma – che ci si auspica essere sensibilmente diversa da quella in corso

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

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

⁴² Corte cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 9.

⁴³ Corte cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 4.

⁴⁴ Per un’utile panoramica, F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003; S. SILVANI, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna, 2009; sia, altresì, consentito rinviare a G. RICCARDI, *La riforma della recidiva e della prescrizione tra ossimori politico-criminali e schizofrenie legislative*, in *Ind. pen.*, 2007, 509 ss.

di approvazione⁴⁵ – che la connotasse in termini processuali, ad esempio mediante qualificazione come causa di estinzione del procedimento (e non del reato) e/o previsione di una sospensione dei termini in coincidenza con l'esercizio dell'azione penale, la sottoposizione al principio di legalità escluderebbe l'applicabilità del regime processuale del *tempus regit actum*, fondando, al contrario, l'irretroattività del regime di "punibilità" più sfavorevole.

6. ...e qualche frutto avvelenato

La decisione della Consulta merita ampia condivisione.

E, tuttavia, qualche notazione critica non può essere evitata.

Vi è il rischio che qualche 'omissione' possa far germinare... "frutti avvelenati".

Vediamoli brevemente.

6.1. La decisa e alta riaffermazione del principio di legalità in materia penale quale principio supremo, cardine, dell'ordinamento costituzionale, viene declinata con riferimento, essenzialmente, alla irretroattività e alla determinatezza della norma penale.

Probabilmente per ragioni 'tattiche' e diplomatiche, ma la riserva di legge viene evocata, solo *en passant*, e senza alcuna argomentazione, in un veloce inciso nel quale viene sollecitata la verifica del rispetto della "riserva di legge" e del "grado di determinatezza" della norma desunta dall'art. 325 TFUE⁴⁶.

È verosimile che il rispetto del principio di riserva di legge non sia stato esplicitamente invocato, per evitare di impegnarsi su una questione – quella del *deficit* di democraticità del procedimento di produzione del diritto eurounitario – che, probabilmente, rappresenta la genesi di tutte le frizioni con i valori costituzionali, contenutistici e formali.

Il "frutto avvelenato" che potrebbe maturare, perché eccessivamente esposto agli agenti patogeni, potrebbe germinare dall'atteggiamento agnostico mantenuto nel processo di graduale trasformazione della *riserva di legge* in una *riserva di diritto*⁴⁷; con il conseguente dissol-

⁴⁵ Il riferimento è al c.d. DDL di riforma penale (S. 1844) approvato dal Senato il 15 marzo 2017.

⁴⁶ Corte cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 5.

⁴⁷ Sul punto, resta fondamentale Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, secondo cui la minore estensione della 'legalità convenzionale' rispetto alla 'legalità costituzionale' "*preclude una meccanica trasposizione nell'ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale*" (corsivo nostro).

vimento delle garanzie legate, storicamente e istituzionalmente, al monopolio legislativo del diritto penale⁴⁸.

Peraltro, la riserva di legge potrebbe essere un parametro ‘recupero’ in sede di giudizio costituzionale, laddove la Corte di giustizia dovesse ostinarsi nel “monologo”.

6.2. Analogamente va detto con riferimento al principio della finalità rieducativa della pena, invocato da una delle ordinanze di rimessione⁴⁹, in quanto compromesso dall’innesto degli interessi finanziari dell’Unione nelle finalità perseguite dalla pena; poiché gli interessi finanziari dell’UE connotano il *fatto-reato concreto*, non già la *fattispecie incriminatrice astratta*, finiscono per penetrare impropriamente nel giudizio sulla concreta punibilità, assecondando una commistione di *finalità della pena* eccentrica rispetto al paradigma costituzionale affermato nell’art. 27, comma 3, Cost.

Essendo anche il principio di rieducazione, nell’interazione con il principio di responsabilità penale personale, un fondamento dell’identità costituzionale italiana, un principio supremo, viene in rilievo l’omesso richiamo nell’ordinanza della Consulta; omissione che, peraltro, assume maggior significato ove considerata alla luce della diversa concezione *funzionalista* delle sanzioni – effettive, proporzionate e dissuasive –, che domina nell’area eurounitaria e nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo.

Ma anche il valore *personalistico* della rieducazione potrebbe essere suscettibile di ‘recupero’, nel caso dovesse giocarsi il ‘terzo tempo’.

6.3. Infine, il più ‘pericoloso’ tra i possibili “frutti avvelenati”: la portata interpretativa ed applicativa dell’art. 325 TFUE.

La Consulta, infatti, ha mantenuto un atteggiamento di rigoroso *self-restraint* sulla norma del Trattato assunta – invero con una non insignificante dose di ‘arbitrarietà’ – dalla Corte di giustizia quale fondamento, base legale, dell’obbligo di disapplicazione sancito con la ‘regola *Taricco*’: atteggiamento ribadito in diversi passaggi, e ben compendiato nell’affermazione secondo cui “Non spetta certamente a questa Corte attribuire all’art. 325 del 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”⁵⁰.

⁴⁸ C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2016, 419 ss.

⁴⁹ Cass. pen., sez. 3, 30.3.2016 (dep. 8.7.2016), n. 28346, Cestari, § 4.8.

⁵⁰ Corte cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 5.

Ebbene, l'opzione della Consulta, pur se astrattamente e formalmente corretta, rischia di legittimare una auto-attribuzione di competenze penali da parte della Corte di Lussemburgo che esula dai limiti 'internazionali' sanciti dai Trattati sull'Unione⁵¹.

È vero che la Corte di giustizia è, tra le altre attribuzioni, custode esclusiva dell'interpretazione del diritto dell'UE, per garantire l'applicazione uniforme in tutti gli Stati membri; e tuttavia tale attribuzione non può essere estesa al di fuori dei limiti 'materiali' del diritto dell'Unione, oltre le competenze attribuite dai Trattati.

Il valore generale, normativo, delle sentenze della Corte di Giustizia è sì pacifico, ma soltanto nell'ambito delle attribuzioni e delle competenze dell'Unione; e la materia penale, come è noto, non rientra tra le attribuzioni dirette degli organi europei, ma soltanto tra le competenze indirette; il Trattato UE prevede l'adozione di *direttive* in alcune sfere di criminalità caratterizzate da una dimensione transnazionale (art. 83 TFUE), tra le quali, tra l'altro, non rientrano, allo stato, le frodi agli interessi finanziari dell'Unione.

Riconoscere valore *normativo*, generale, alle sentenze europee anche in materia penale significherebbe attribuire alla Corte di Giustizia un *potere implicito* non previsto dai Trattati.

Peraltro, la dottrina degli *effetti diretti*, sulla quale è fondato l'obbligo di disapplicazione sancito dalla sentenza *Taricco*, è stata elaborata dalla Corte di Lussemburgo fin dalla sentenza *van Gend & Loos* (C-26/62), al fine di assicurare una tutela diretta dei diritti dei cittadini riconosciuti dal diritto europeo; ma, secondo quanto chiaramente affermato (tra l'altro) nella sentenza *Berlusconi*⁵², l'effetto diretto non si può produrre in danno del privato, aggravandone la responsabilità penale, ma soltanto in favore del cittadino, per assicurare la tutela dei diritti nei confronti del comportamento omissivo dello Stato⁵³.

⁵¹ *Amplius* sia consentito rinviare a G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte euro unitaria tra limiti di attribuzione 'internazionale' e controlimiti 'costituzionali'*, cit., 889 ss.; G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem e controlimiti: apogeo o declino del diritto penale europeo?*, cit., 595 ss.

⁵² Corte di Giustizia, Grande Sezione, 3 maggio 2005, *Berlusconi*, in *Cass. pen.*, 2005, 2764 (con nota di G. INSOLERA, V. MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?*, *ivi*, 2768), ha affermato che "una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle dette disposizioni" (§§ 74 e 78).

Analogo principio è stato affermato dalla Corte di Giustizia, Grande Sezione, 16 giugno 2005, Pupino, § 45, a proposito dell'interpretazione conforme delle decisioni quadro.

⁵³ In tema, per tutti, C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., 230 ss., che desume, dalla giurisprudenza europea, la 'regola' secondo cui le norme eurounitarie con *effetti espansivi* del

La teoria degli *effetti diretti*, invocata dalla sentenza *Taricco*, viene, dunque, adoperata per una vistosa appropriazione di competenze penali dirette, in contrasto con la consolidata giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia⁵⁴, e con l’ordine costituzionale dei poteri, come definiti, in Italia, dalla Corte costituzionale⁵⁵.

Né, del resto, la provenienza nazionale della norma applicabile in caso di disapplicazione potrebbe obliterare la violazione del principio di riserva di legge, poiché sarebbe comunque la Corte di Giustizia, al di fuori delle attribuzioni e delle competenze ad essa spettanti, ad individuare la disposizione, prevista per altre ipotesi, da applicare nella fattispecie; ritenere che la riserva di legge sia preservata dalla circostanza che anche la norma sul ‘prolungamento’ dei termini di prescrizione sia prevista dal codice penale⁵⁶ implicherebbe una inammissibile scissione della norma, sotto il profilo della teoria generale, tra fattispecie ipotetica e conseguenza giuridica: in altri termini, la fattispecie ipotetica che regola l’interruzione della prescrizione nei reati lesivi degli interessi finanziari dell’UE sarebbe disciplinata da una differente conseguenza giuridica – la disciplina sull’interruzione dettata per i reati c.d. di criminalità organizzata –, prevista per una diversa fattispecie ipotetica; e ciò sulla base della sentenza della Corte di Lussemburgo.

Appare evidente che una tale interpolazione sia frutto di un’operazione di ‘ortopedia normativa’ che non rientra nelle attribuzioni della Corte di giustizia; del resto, ove una tale ‘operazione’ fosse stata posta in essere da un giudice nazionale, sarebbe stata fuori discussione la clamorosa violazione del divieto di analogia *in malam partem*, anch’esso coperto, in materia penale, dalla garanzia costituzionale dell’art. 25, comma 2, Cost.

penalmente rilevante sono sprovviste di *effetti diretti* (237 ss.); C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, cit., § 3, 444.

⁵⁴ R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2016, 1, sostiene che “la sentenza Taricco sovverte incautamente mezzo secolo di giurisprudenza della Corte di giustizia”, in quanto “segna una rottura immotivata” e “importante” nella giurisprudenza della stessa Corte (6), diretta ad estendere l’ambito delle ipotesi di disapplicazione delle leggi nazionali in contrasto con il diritto europeo.

⁵⁵ R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata*, cit., 7.

⁵⁶ M. GAMBARDILLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2016, 1468; 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, 57; in senso analogo si esprime anche E. LUPO, *La primauté del diritto dell’UE e l’ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 26 febbraio 2016, 10-11, secondo cui “l’unica particolarità è che detta modifica è prodotta non da una legge italiana, ma dal diritto primario dell’UE, come interpretato dalla Corte di Lussemburgo”.

Va, al riguardo, evidenziato che i limiti all'introduzione degli obblighi di disapplicazione *in malam partem* sanciti dalla Corte di Giustizia non sono soltanto 'interni' all'ordinamento nazionale (i c.d. controlimiti costituzionali), ma sono anche 'esterni' ad esso, coincidendo con i limiti di attribuzione delle competenze dell'Unione europea; limiti che, in quanto fissati da Trattati, hanno carattere internazionale.

Le *limitazioni* di sovranità intanto sono costituzionalmente legittime, in quanto siano adottate "*nelle forme e nei limiti*" previsti dalle fonti che le consentono.

Se il profilo dei 'controlimiti' attiene precipuamente ai "*limiti*" delle limitazioni di sovranità, la dimensione dei *limiti di attribuzione* sembra coinvolgere in maniera diretta anche le "*forme*" delle limitazioni.

Pur non rientrando nei confini di diretta sindacabilità della Corte costituzionale, concernendo il profilo, di competenza degli organi sovranazionali, dell'interpretazione ed applicazione del diritto dell'Unione, va nondimeno rilevato, nel prisma dei *limiti* alle competenze dell'Unione, che la sentenza *Taricco* ha travalicato i confini delle attribuzioni riconosciute dal Trattato alle istituzioni dell'Unione.

In altri termini, la limitazione di sovranità che deriverebbe dalla sentenza della Corte di Lussemburgo, oltre a travalicare i "*limiti*" dell'identità costituzionale, conseguirebbe anche ad una 'procedura decisionale' che non rientra nelle legittime "*forme*" di limitazione, almeno con riferimento al diritto penale.

Ebbene, nel prisma delle legittime *forme* di limitazione della sovranità, in quanto consentite dall'art. 11 Cost., la Consulta – senza interloquire *in munere alieno*, sull'individuazione del contenuto dell'interpretazione – avrebbe probabilmente avuto margini argomentativi per sottolineare l'insufficienza 'istituzionale' dell'art. 325 TFUE ai fini dell'esercizio di una competenza penale diretta.

Invero, la Corte di Giustizia ha individuato la "base legale" per la tutela *penale* degli interessi finanziari dell'U.E. nell'art. 325 TFUE, che, come si evince dalla collocazione e dal tenore, non è una *norma penale*; l'art. 325 TFUE, infatti, è una disposizione sulla *produzione* delle leggi, rivolta agli Stati membri, a carico dei quali pone un obbligo di risultato preciso, come si evince dal paragrafo 2, secondo cui "*Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari*".

Da tale disposizione, e dal complessivo quadro istituzionale dell'Unione, deriva che l'eventuale inadeguatezza della tutela penale apprestata da un ordinamento nazionale potrebbe essere sanzionata con una proce-

dura di inadempimento dello Stato membro (art. 258 e ss. TFUE)⁵⁷, non già con l’affermazione di un obbligo di disapplicazione con effetti penali *in malam partem* rivolto ai giudici nazionali; oppure l’Unione avrebbe la possibilità, alternativa, di esercitare i poteri conferiti dall’art. 83 TFUE, mediante adozione di direttive, previo inserimento della materia delle frodi nell’ambito delle *competenze penali indirette* dell’Unione.

Qui si coglie, dunque, l’ulteriore profilo di travalicamento dei *limiti* e delle *forme*, in quanto il Trattato U.E. riconosce alle istituzioni ‘eurounitarie’, nell’ambito di quelle “limitazioni di sovranità” consentite dall’art. 11 Cost., competenza penale soltanto *indiretta*, prevedendo l’adozione di *direttive* in alcune sfere di criminalità caratterizzate da una dimensione transnazionale (art. 83 TFUE), tra le quali non rientrano, allo stato, le frodi agli interessi finanziari dell’Unione.

Mentre l’assunzione dell’art. 325 TFUE quale “base legale” per la tutela *penale* di interessi finanziari dell’U.E., oltre ad eccedere la natura programmatica della disposizione, finisce per attribuire una competenza penale *diretta* all’Unione, al di fuori degli stessi limiti istituzionali previsti dal Trattato.

L’astensione della Consulta dall’interlocuzione sulla dimensione dei *limiti di attribuzione* internazionale dell’Unione rischia, dunque, di determinare, sulla base di un principio di non contestazione nella delimitazione dei poteri – e a prescindere dalla soluzione che verrà enucleata nella questione *Taricco* –, il consolidamento dell’art. 325 TFUE quale “base legale” per l’esercizio di competenze penali dirette in materia di tutela degli interessi finanziari dell’Unione⁵⁸; ovvero, addirittura, di fondare il rischio concreto di una *slippery slope*, della “fallacia del piano inclinato”, materializzata dalla progressiva auto-attribuzione di *competenze penali dirette generali*, e non settoriali, in virtù dell’affermazione di un *potere implicito* in tutte le materie di tradizionale rilevanza eurounitaria, quali il riciclaggio, la corruzione internazionale, il terrorismo, gli abusi di mercato⁵⁹.

⁵⁷ Come pure puntualmente rilevato dalla Corte costituzionale (§ 7).

⁵⁸ V. MANES, *La Corte muove*, cit., 13.

⁵⁹ In senso analogo, V. VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale: biotechnological strengthening o manipolazione autodistruttiva?*, in *Dir. pen. cont.*, 20 giugno 2016, 14.

Una volta ammessa, perché non contestata, tale competenza in materia di frodi IVA, non si intravedono argomenti ragionevoli per impedire analoghe ‘appropriazioni’ di competenze in materie di rilievo eurounitario; non si condivide, dunque, l’argomentazione (M. GAMBARDELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali*, cit., 1480, e M. GAMBARDELLA, *Il “caso Taricco”*, cit., 66) secondo cui la sentenza *Taricco* dovrebbe, e potrebbe, essere introiettata nel sistema penale nazionale, tuttavia evitando che “la rottura dell’argine apra la via all’inonda-

7. *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 eurounitario, la funzione propulsiva delle decisioni giuridiche sulle decisioni politiche⁶⁰, 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 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 *politicalità* 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"⁶¹.

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 fosse più delineato dalla Costituzione attualmente vigente, ma da altre Carte che, in quanto tali, assumessero una posizione sovraordi-

zione 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.

⁶⁰ Secondo l'espressione adoperata da C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., 8 ss.

⁶¹ Corte cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 5.

nata, allora potrebbe 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 poteri⁶².

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 piramide alla rete*”⁶³, 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”⁶⁴; né, del resto, alla Corte di giusti-

⁶² R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantitativa 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, 35 ss., evidenzia “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, 1254 ss. (spec. 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.

⁶³ 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, 633 ss.; A. BERNARDI, *L’europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, 84 ss.; M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, cit., 8 ss.

⁶⁴ 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., 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*.

zia 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 Costituzione⁶⁵.

Ed anche il mito del "dialogo tra Corti" non può probabilmente essere (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 comuni⁶⁶, il dialogo tra Consulta e Corte di Lussemburgo è stato autorevolmente descritto con l'immagine di un "tango" danzato tra le due Corti⁶⁷; 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.

⁶⁵ 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*, 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, 400; M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, n. 2, 288.

⁶⁶ E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Bari, 2012, 101 ss.

⁶⁷ 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.

FRANCESCO ROSSI

L'INCIDENZA DEL DIRITTO EUROPEO
SULLA PARTE GENERALE DEL DIRITTO PENALE
ALLA LUCE DELLA SAGA *TARICCO*

SOMMARIO: 1. La prescrizione del reato in Italia sotto assedio. Una disciplina problematica e in bilico tra conservatorismo nazionale e riformismo europeo. – 2. L'incidenza del diritto eurolunitario sulla parte generale del diritto penale alla luce del caso *Taricco* e i principali fattori alla base di tale incidenza. – 3. Note conclusive.

1. *La prescrizione del reato in Italia sotto assedio. Una disciplina problematica e in bilico tra conservatorismo nazionale e riformismo europeo*

La sentenza resa dalla Corte di giustizia nel caso *Taricco*¹ mette nuovamente a nudo l'annosa questione relativa alla disciplina della prescrizione del reato nell'ordinamento giuridico italiano. «[F]armaco che è ad un tempo medicina e veleno» rispetto all'elevato tasso di ineffettività del nostro procedimento penale², tale disciplina è da lungo tempo al centro di un dibattito che riguarda la massima parte dei suoi diversi aspetti, quali la qualificazione della natura del “tempo dell'oblio”, la gamma di tutele da riconoscere all'individuo come conseguenza di detta qualificazione, la sua relazione con le funzioni della pena e con il principio di ragionevole durata del processo e le direttrici di un'eventuale riforma dell'istituto, condizionate dalle risposte fornite agli altri profili or ora richiamati³.

¹ Grande Sezione, sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14. In questa sede, nell'impossibilità di passare in rassegna tutti i profili giuridici affrontati dalla sentenza *Taricco*, ci si limita a rinviare, per tutti, ai contributi pubblicati in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2017.

² D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. pen. con. - Riv. trim.*, n. 1/2015, 29.

³ Per approfondimenti, cfr. per tutti: F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003; S. SILVANI, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna, 2009; F. VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 3/2013, 18 ss.; D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, cit.; ID., *Una confessione di Agostino e il problema della prescrizione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 1/2016, 73 ss.; P. PATRONO, *Il reato dimenticato: profili problematici della*

Il dibattito si è sensibilmente acuito in seguito alle criticatissime modifiche introdotte dalla legge nota come “ex Cirielli”⁴. Come noto, quest’ultima ha ridotto dalla metà a un quarto il limite massimo all’aumento dei termini di prescrizione in seguito al compimento di atti interruttivi del loro decorso (artt. 160, co. 3 e 161, co. 2 c.p.), rendendo compito assai arduo pervenire alla conclusione di un numero complessivamente accettabile di procedimenti penali al termine dei diversi gradi di giudizio⁵.

Nel caso *Taricco* la Corte di giustizia ha rilevato l’incompatibilità con il diritto UE⁶ proprio della suddetta riduzione dei limiti massimi all’aumento dei termini di prescrizione, ove essi impediscano di infliggere misure *efficaci e dissuasive* a presidio degli interessi finanziari dell’Unione europea «in un numero considerevole di casi»⁷ di frode grave in materia di IVA ed *equivalenti* a quelle adottate dallo Stato per combattere contro la frode che lede i corrispondenti interessi nazionali⁸. In questo modo, la Corte di Lussemburgo ha ricollocato la prescrizione nell’occhio del ciclone: l’ineffettività del procedimento penale volto ad accertare la commissione di frodi gravi in materia di IVA si ripercuote infatti sulla tutela degli interessi finanziari UE, impedendo di irrogare sanzioni «dissuasive e tali da consentire una protezione efficace» a livello nazionale e dunque, indirettamente, «nelle istituzioni, organi e organismi dell’Unione»⁹. Per non parlare del principio di assimilazione¹⁰, il quale pare violato ove la

prescrizione, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, n. 1-2/2016, 156 ss.; E. M. AMBROSETTI, *La riforma della prescrizione del reato tra progetti legislativi e alternative giudiziarie*, in *www.archiviopenale.it*, n. 2/2016; M. SERRAINO, *Dalla Corte di Giustizia UE un “provvidenziale” invito alla conversione. Prescrizione penale e ragionevole durata del processo all’indomani della “sentenza Taricco” (Prima parte)*, in *St. Iur.*, n. 6/2016, 698 ss.; ID., *Dalla Corte di Giustizia UE un “provvidenziale” invito alla conversione. Prescrizione penale e ragionevole durata del processo all’indomani della “sentenza Taricco” (Seconda parte)*, in *St. Iur.*, n. 7-8/2016, 835 ss.

⁴ L. 5 dicembre 2005, n. 251.

⁵ Sul punto, per tutti, v. M. SERRAINO, *Dalla Corte di Giustizia UE un “provvidenziale” invito alla conversione. Prescrizione penale e ragionevole durata del processo all’indomani della “sentenza Taricco” (Prima parte)*, cit., 702-703 e F. VIGANO, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., 239-240, in particolare nt. 11.

⁶ In particolare, ma non solo, con l’art. 325 TFUE.

⁷ Corte di giustizia, sent. *Taricco*, cit., punto 47.

⁸ *Ivi*, punto 48.

⁹ Art. 325, par. 1 TFUE. V. Corte di giustizia, sent. *Taricco*, cit., punti 46-47. Infatti, «le risorse proprie dell’Unione comprendono [...] le entrate provenienti da un’aliquota uniforme agli imponibili IVA armonizzati»: cosicché l’insufficiente riscossione di quest’ultima riduce le «entrate eurounitarie» in danno degli interessi finanziari UE (*ivi*, punto 38).

¹⁰ Art. 325, par. 2 TFUE: «Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari».

disciplina domestica stabilisca limiti massimi di aumento dei termini di prescrizione più lunghi per fatti di reato di natura e gravità comparabili predisposti a protezione degli interessi finanziari nazionali¹¹.

Tra gli argomenti addotti a sostegno dell'obbligo di disapplicazione delle norme oggetto di censura, la Corte di giustizia ha qualificato la prescrizione del reato – sulla scorta di un precedente orientamento della Corte EDU¹² – come un istituto avente natura processuale. Ne consegue che l'eventuale disapplicazione di tali norme – pur aumentando, in via retroattiva, il termine di prescrizione complessivo – non violerebbe il principio di legalità in materia penale di cui agli artt. 47 CDFUE e 7 CEDU, in quanto non comporterebbe «una condanna degli imputati per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva un reato punito dal diritto nazionale, né l'applicazione di una sanzione che, allo stesso momento, non era prevista da tale diritto»¹³.

La natura giuridica della prescrizione è una questione che pare ancora in attesa di una soluzione definitiva, data la sua collocazione a cavallo tra diritto penale sostanziale e processuale¹⁴. Ciò pare dimostrato anche dalle recenti pronunce delle Corti europee sul tema: in particolare, per quanto interessa in questa sede, con la sentenza *Taricco* la Corte di giustizia ha qualificato detta natura in maniera diametralmente opposta rispetto alla consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale italiana¹⁵.

In questo modo, “approfittando” della grave crisi dell'istituto in esame e del procedimento penale italiano in materia di reati fiscali, nonché di un rinvio pregiudiziale (quello operato dal Tribunale di Cuneo)¹⁶ tutto orientato a vedersi riconosciuto l'obbligo di disapplicare le norme codicistiche oggetto di censura, la Corte UE è intervenuta duramente su una parte della nostra disciplina del *tempori cedere* esponendola ai moti *lato sensu* riformisti provenienti dal diritto sovranazionale. Di fronte a un

¹¹ Nel caso di specie, la fattispecie incriminatrice sprovvista di un limite massimo all'aumento dei termini di prescrizione connesso al compimento di atti interruttivi è l'associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-*quater* del d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43).

¹² Sent. 20 giugno 2000, ricc. n. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, *Cöeme e a. c. Belgio*, punti 149-150.

¹³ Corte di giustizia, sent. *Taricco*, cit., punti 56-57.

¹⁴ Per tutti, cfr. D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 44 e F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit., 90 ss.

¹⁵ V. Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, punti 4-5 del *Ritenuto in fatto e considerato in diritto*.

¹⁶ Trib. Cuneo, ord. n. (100)1378/2008 R.G.n.r., n. (100)306/2009 R.G.G.i.p., in *Dir. pen. cont.*, 7 febbraio 2014, con nota di F. ROSSI DAL POZZO, *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di giustizia?*

siffatto intervento, forse nemmeno il più convinto tra i “filo-europeisti” avrebbe potuto aspettarsi una reazione di apertura incondizionata da parte delle Corti nazionali. Allo stato attuale, la Corte costituzionale ha risposto senza effettuare alcuna concessione a favore della Corte di giustizia¹⁷: per quanto ora interessa, in particolare, la prima si è dimostrata ancora una volta ferma nel ribadire la natura sostanziale della prescrizione del reato e nel circondare quest’ultima di tutte le inviolabili garanzie del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, coerentemente ai tratti dell’identità costituzionale che la Consulta ha contribuito in maniera decisiva a tracciare lungo decenni di giurisprudenza consolidata sul punto. Così, il giudice delle leggi italiano ha mantenuto intatta la radicale antitesi tra la propria qualificazione dell’istituto in questione e quella a esso fornita dalla Corte di giustizia nella sentenza *Taricco*.

Tuttavia, nell’ambito di un sistema giuridico “composito” e “integrato” quale quello risultante dalla creazione dell’Unione europea, i principi di effettività del diritto UE e del primato del medesimo sul diritto degli Stati membri esigono che la tutela dei principi e diritti fondamentali presenti un certo grado di armonizzazione su scala continentale. Tale armonizzazione viene costantemente stimolata – seppure non sempre in maniera lineare¹⁸ – dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, chiamata a svolgere il compito assai complesso e delicato di individuare «punti di convergenza – e talvolta persino di compromesso – tra le varie istanze coinvolte»¹⁹ nei casi sottoposti al suo esame, allo scopo di favorire la mi-

¹⁷ Ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit. L’ordinanza con la quale la Corte costituzionale ha attivato il dialogo con la Corte UE è già stata oggetto di numerosi commenti in dottrina. Oltre ai contributi di questo *Volume* si rinvia, senza pretesa di esaustività e con diversi accenti, a: C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Eurojus.it*, 29 gennaio 2017; M.L. FERRANTE, *L’ordinanza della Corte costituzionale sull’affaire Taricco: una decisione “diplomatica” ma ferma*, in *www.dirittifondamentali.it*, 29 gennaio 2017; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, cit.; O. POLLICINO, M. BASSINI, *When cooperation means request for clarification, or better for “revisitation”*, cit.; P. FARAGUNA, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: “Gauweiler in the Roman Campagna”*, cit.; G. CIVELLO, *La Consulta, adita sul caso “Taricco”, adisce la Corte di giustizia: orientamenti e disorientamenti nel c.d. “dialogo fra le Corti”*, in *www.archiviopenale.it*, n. 1/2017; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco” (note minime all’ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017)*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017; A. BERNARDI, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, in corso di pubblicazione; F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla “Taricco”: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. proc.*, n. 3/2017, 285 ss.

¹⁸ Cfr., *infra*, sub par. 3.

¹⁹ A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, 736. Talvolta, tali operazioni di bilanciamento costringono la Corte di giustizia ad adottare soluzioni che si traducono in una riduzione, all’in-

gliore convivenza e compatibilità possibile tra l'ordinamento giuridico UE e gli ordinamenti nazionali²⁰.

In ossequio al suddetto primato e al principio di apertura sancito nella Costituzione italiana dagli artt. 11 e 117 Cost., la Corte costituzionale sarebbe tenuta a ricomporre, in via interpretativa, la discrasia tra l'area di operatività del principio di legalità UE e il corrispondente principio nazionale²¹, salvo l'ipotesi estrema in cui una simile operazione ermeneutica determini la violazione del "nocciolo duro" di un principio o diritto fondamentale avente il rango di c.d. controlimito²² al primato stesso. In linea con la concezione dei controlimiti quali rimedi attivabili esclusivamente in via di *extrema ratio*, soltanto qualora non risulti in alcun modo possibile svolgere simili interventi di ortopedia la Corte costituzionale sarebbe tenuta a bloccare la penetrazione dell'obbligo di disapplicazione imposto dalla sentenza *Taricco* nell'ordinamento interno.

Diversamente, un uso improprio dei controlimiti avverso una norma UE da parte di una Corte costituzionale di uno Stato fondatore dell'edificio europeo creerebbe un precedente pericolosissimo nei confronti del diritto dell'Unione e del primato sul quale tale diritto si fonda. Infatti, abbandonare l'«indirizzo conciliante di politica giurisprudenziale delle relazioni interordinamentali»²³ prevalentemente adottato fino ad oggi e rinunciare ad operare possibili (seppure "mal digeriti") *overrulings* del diritto costituzionale interno per innalzare il muro dei controlimiti potrebbe produrre l'esito – devastante per l'integrazione europea in materia penale e, con ogni probabilità, non auspicato dalla Consulta – di legittimare le Corti costituzionali di tutti gli altri Paesi membri a ribellarsi

terno di un singolo Stato membro, dello *standard* di tutela precedentemente garantito dalle norme costituzionali nazionali. Basti pensare, ad esempio, ai casi *Pupino* (Grande Sezione, sent. 16 giugno 2005, causa C-105/03) e *Melloni* (Grande Sezione, sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11), sui quali v., da ultimo e per tutti, A. BERNARDI, Presentazione. *I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., LXIX ss. e LXXXVII ss.

²⁰ Cfr., *infra*, sub par. 3. Per tutti, v. A. TIZZANO, *Il ruolo delle corti supreme nell'ordine politico e istituzionale: la Corte di giustizia dell'UE*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, 817.

²¹ V. R. SICURELLA, *Legalità e proporzionalità nel diritto penale sostanziale*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, Milano, 2017, 999-1000.

²² E cioè, di quei principi e diritti inviolabili che concorrono a formare – quantomeno nel loro «nucleo essenziale» – l'identità costituzionale nazionale dello Stato e che non possono essere intaccati, in quanto tali, nemmeno dalle norme europolitane. Per una diffusa analisi di tutti gli aspetti (spesso problematici) relativi ai controlimiti al diritto UE, si rinvia di nuovo a *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit.

²³ A. RUGGERI, *Corti costituzionali e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in *I quaderni europei*, n. 19/2010, 12.

a qualsivoglia fonte eurounitaria impugnando i principi e diritti nazionali anche al di fuori del suddetto “nocciolo duro” e anche, per l'appunto, in presenza di soluzioni alternative e meno impervie²⁴.

Ciò detto, pare fuor di dubbio che il principio di legalità rappresenti, nello *ius criminale* così come in ogni altro settore normativo “euro-peizzato”, un controlimite al primato del diritto UE sul diritto degli Stati membri. Tuttavia, la scelta di difendere *in toto* la natura sostanziale delle norme oggetto di censura nel caso *Taricco* e di attrarre queste ultime nell'alveo del “nucleo essenziale” del principio di legalità – contrariamente agli *standards* normativi prevalenti su scala continentale²⁵ – pare il frutto di un’“iperestensione”, in chiave sovranista e conservatrice, dei concetti di identità costituzionale e di tradizione penale nazionale²⁶.

Questi ultimi non sembrano infatti essere stati valorizzati entro i confini del «tasso di diversità minimo, ma necessario»²⁷ a preservare le fondamenta dell'ordinamento nazionale ai sensi dell'art. 4, par. 2 TUE. Al contrario, la Consulta avrebbe avuto una *chance* ulteriore rispetto a quella più radicale di rinnegare *in toto* la propria giurisprudenza sul tema. Avrebbe potuto cioè sposare quella tesi “mista” o “doppia” dell'istituto in parola recentemente propagandata da una parte della dottrina²⁸ come una possibile soluzione al caso *Taricco*: tesi che opererebbe una distinzione – che pare più opportuna e in linea con i *dicta* della Corte di giustizia – tra la natura dei termini di prescrizione determinati *ex art.* 157 c.p., dei quali si riconoscerebbe ancora l'appartenenza all'area della punibilità in senso lato, e quella dei ben diversi meccanismi di allungamento connessi al compimento di atti interruttivi nel corso del procedi-

²⁴ V. F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., 236 ss.; R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e “controlimiti” costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2016, 2 ss.; E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., in particolare 61.

²⁵ V. F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., 262.

²⁶ Approfittando, per così dire, della «mobilità» e «duttilità contenutistica» dei controlimiti, per l'analisi delle quali si rinvia a F. PALAZZO, *Armonizzazione europea e costituzionalismo penale tra diritto e politica*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., 280 ss.

²⁷ Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., punto 6 del *Ritenuto in fatto e considerato in diritto*.

²⁸ G. SALCUNI, *Legalità europea e prescrizione del reato*, in *www.archiviopenale.it*, n. 3/2015, 10 ss.; F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., 266; P. FARGUNA, P. PERINI, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'Appello di Milano mette la giurisprudenza “Taricco” alla prova dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 1/2016, 14-15. *Contra*, v. D. PULITANO, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 1/2016, 230.

mento. Tali meccanismi non paiono affatto congegnati né in funzione della gravità del reato, né di scopi di prevenzione generale e/o speciale e nemmeno del rischio di perdita o deterioramento della prova da addurre a propria difesa, bensì soltanto delle peculiari esigenze del sistema processuale in vista, astrattamente, del suo corretto funzionamento²⁹.

2. *L'incidenza del diritto eurounitario sulla parte generale del diritto penale alla luce del caso Taricco e i principali fattori alla base di tale incidenza*

Nel caso *Taricco*, più in generale, la prescrizione del reato fuoriesce dal novero ormai sempre più ristretto delle regole espressive di competenze puramente nazionali per assurgere a disciplina di rilevanza eurounitaria.

Questo fenomeno di attrazione nell'orbita del diritto UE è parte di una ancor più generale tendenza espansiva, di matrice giurisprudenziale, dei confini delle competenze UE. Elementi quali la costruzione di un sistema europeo di tutela dei principi e diritti fondamentali dotati, per loro natura, di una vocazione espansiva e di un'applicabilità trasversale³⁰ e l'esistenza, in alcuni casi, di impliciti «fattori di collegamento» («strumentale», «sequenziale», «sostanziale» o «intrinseco») tra le norme domestiche e le norme eurounitarie³¹ possono esercitare, caso per caso, una forza centripeta sulle prime a favore delle seconde. Infatti, «anche quando il legislatore nazionale opera nell'esercizio di una competenza a lui riservata [...] è comunque tenuto al rispetto del diritto dell'Unione»³², onde evitare che tale esercizio possa giustificare l'adozione di misure atte a pregiudicare la tutela di situazioni regolate dal diritto dell'Unione stesso³³.

²⁹ Per tutti, cfr. G. SALCUNI, *Legalità europea e prescrizione del reato*, cit., 10 ss. e L. PICCOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco: dalla «virtuosa indignazione» al rilancio del diritto penale europeo*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., 455 ss.; M. SERRAINO, *Dalla Corte di Giustizia UE un "provvidenziale" invito alla conversione. Prescrizione penale e ragionevole durata del processo all'indomani della "sentenza Taricco" (Prima parte)*, cit., 703.

³⁰ A. SPADARO, *La «cultura costituzionale» sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in *Dir. pub. comp. eur.*, n. 2/2016, 332-333.

³¹ M. E. BARTOLONI, *Competenze puramente statali e interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2015, *passim*, in particolare 128 ss.

³² C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, cit., 2.

³³ Per questa ragione, non paiono del tutto persuasive le argomentazioni addotte dalla Corte costituzionale (ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., punto 4 del *Ritenuto in fatto e consi-*

Al di là del complesso dibattito, impossibile anche solo da schematizzare in questa sede, sull'esistenza o meno di una potestà normativa UE estesa alla disciplina di alcuni istituti di parte generale del diritto penale³⁴, l'Unione europea sembra percepire l'esigenza di garantire, se non l'uniformità, quantomeno un livello "minimo" di armonizzazione delle norme nazionali in materia di prescrizione del reato³⁵. Tali norme, infatti, si rivelano strumentali (o, che dir si voglia, intrinsecamente connesse) all'attuazione del diritto eurounitario all'interno di ciascun Paese membro: qualora tutti gli Stati UE varassero discipline prescrizionali foriere di una patologica ineffettività del procedimento e di un'insufficiente capacità dissuasiva delle sanzioni previste a presidio dei beni giuridici dell'Unione, verrebbero addirittura annichiliti l'intera competenza penale di quest'ultima – il cui esercizio perderebbe ogni senso – e il primato delle regole varate in suo esercizio sul diritto penale degli Stati stessi.

Alle sempre crescenti interferenze tra norme di estrazione puramente nazionale e diritto dell'Unione si combina l'esigenza di affermare l'autonomia e l'unitarietà di quest'ultimo rispetto al diritto degli Stati membri anche in materia penale, allo scopo di limare gradualmente quei «particolarismi [...] disfunzionali rispetto all'interesse comune e contrari agli impegni assunti da tali Paesi con la ratifica dei Trattati»³⁶. Attraverso la propria «lettura realistica» della prescrizione del reato e del suo rapporto con il principio di legalità, la Corte di giustizia ha «preso le distanze» dall'«orientamento giurisprudenziale (e dottrinale) uniformemente seguito a livello nazionale», il quale come noto «non costituisce un

derato in diritto) per escludere ogni «esigenza di uniformità nell'ambito giuridico europeo» in materia di prescrizione del reato.

³⁴ Per tutti, cfr.: S. MELANDER, *Effectiveness in EU Criminal Law and its effects on the General Part of Criminal Law*, in *NJECL*, vol. 5, Iss. 3, 2014, 290 ss.; P. ASP, *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, Stoccolma, 2013, 94; F. VIGANÒ, *Verso una "parte generale europea"?*, in *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, a cura di S. Allegrezza, G. Grasso, G. Illuminati, R. Sicurella, Milano, 2013, *passim*; G. GRASSO, *La "competenza penale" dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella, Milano, 2011, 700; da ultimo, E. RUBI-CAVAGNA, *Un droit pénal général de l'Union Européenne?*, in *Humanisme et Justice. Mélanges l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, a cura di J. Alix, M. Jacquelin, S. Manacorda, R. Parizot, Parigi, 2016, 953 ss.

³⁵ Circostanza che pare comprovata, del resto, anche dall'inserimento nella versione originale della *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale* (COM(2012) 363 final) di alcune disposizioni proprio in materia di prescrizione dei reati che ledono tali interessi e di interruzione del decorso dei relativi termini (art. 12).

³⁶ A. BERNARDI, *Dogmatica penale, "giuridismo", fonti sovranazionali*, in *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. Cadoppi, Roma, 2017, 157.

vincolo per le Corti Europee»³⁷ nemmeno ove tale orientamento promani dai giudici costituzionali dello Stato. Così agendo, tali Corti mettono «in discussione il nominalismo formalista del legislatore nazionale, smascherando molte c.d. “frodi delle etichette” ed invitando l'interprete a ragionare secondo categorie concettuali marcatamente nuove»³⁸ di fronte a istituti dall'«innata ambivalenza»³⁹.

L'interferenza tra norme interne ed eurounitarie e l'autonomia del diritto UE tendono dunque ad accentuare la fluidità dei confini tra diritto penale sostanziale (di parte generale) e processuale. Tale fluidità appare ancora più evidente laddove si getti lo sguardo anche alla giurisprudenza della Corte EDU, la quale talora non si accontenta della collocazione di alcune norme all'interno del codice di rito e le riqualifica come sostanziali alla luce dei loro effetti concreti sulla sfera dell'individuo⁴⁰.

L'autonomia del diritto eurounitario, tuttavia, non pare assoluta. *In primo luogo*, la consacrazione dei succitati controlimiti al primato di tale diritto⁴¹ e delle dichiarazioni *ultra vires* rispetto a norme UE eccedenti la ripartizione delle competenze domestiche e dell'Unione pare finalizzata proprio ad arginare, in via di *last resort*, eventuali eccessi integrazionistici perpetrati dalla Corte di giustizia⁴². *In secondo luogo*, nell'esercizio della propria competenza di interprete esclusivo del diritto dell'Unione e di garante dei principi e diritti fondamentali UE, la Corte di Lussemburgo analizza in via comparata e sincretistica i sistemi giuridici di ciascun Paese membro attraverso criteri atti a individuare soluzioni normative comuni, allo scopo di stimolare incisivi processi di riforma in caso di in-

³⁷ M. PANZAVOLTA, *Legalità e proporzionalità nel diritto penale processuale*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 1006.

³⁸ S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, n. 1/2016, 365.

³⁹ *Ivi*, 366. V. anche R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e “controlimiti” costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2016, 5-6.

⁴⁰ Ciò che sembra essersi verificato, a titolo esemplificativo, nel caso *Scoppola c. Italia* (Corte EDU, Grande Camera, sent. 17 settembre 2009, ric. 10249/03), nel quale i giudici di Strasburgo hanno affermato che le diminuzioni di pena previste a favore dei condannati al termine di giudizi abbreviati *ex art.* 442, co. 2 c.p.p. possiedono natura sostanziale, stante la loro diretta e inequivoca incidenza sul trattamento sanzionatorio finale. Sul tema, S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo*, cit., 365 ss. In generale, sull'approccio anti-formalistico e pragmatico delle Corti europee, A. BERNARDI, *Dogmatica penale, “giuridismo”, fonti sovranazionali*, cit., *passim*.

⁴¹ Cfr., *supra*, *sub* par. 1, nt. 22.

⁴² Eccessi, questi, che paiono pur sempre di difficile se non remota verifica, almeno laddove i giudici delle leggi dei Paesi membri bilancino le contrapposte esigenze di garantire il primato del diritto UE e la tutela delle norme costituzionali senza espandere irragionevolmente il «nucleo essenziale» di queste ultime (cfr., *supra*, *sub* par. 1, *in fine*).

compatibilità delle regole (anche di parte generale) del singolo ordinamento nazionale con il diritto UE⁴³. In particolare, mediante l'impiego (a seconda dei casi, alternativo o cumulativo) dei criteri del *maximum standard*⁴⁴, dell'orientamento prevalente o della *better law*⁴⁵, la Corte di giustizia ricava norme calibrate sui principi e diritti UE e sulle esigenze "pragmatiche" dell'ordinamento dell'Unione, nonché capaci, al tempo stesso, di non intaccare il "nocciolo duro" dei corrispondenti principi e diritti nazionali e di essere dunque uniformemente applicate su scala continentale.

Così, attraverso i criteri dell'orientamento prevalente e/o della *better law*, nel caso *Taricco* la Corte di giustizia sembra aver valorizzato e sintetizzato le tradizioni penali degli Stati membri in materia di prescrizione del reato, «congiungendosi [...] ad una tendenza normativa che può dirsi egemone negli altri Paesi del vecchio continente»⁴⁶ e che pare rivularsi maggiormente funzionale all'esigenza di effettività complessiva del sistema sanzionatorio nazionale⁴⁷. Osservate dalla prospettiva della Corte UE, pertanto, le tradizioni in questione sembrano rappresentare il punto di partenza di una graduale armonizzazione normativa che non viene imposta unilateralmente e "dall'alto", ma che si sviluppa attraverso una sintesi pluralista a livello prima orizzontale (necessaria a ricavare una "tradizione penale comune") e poi verticale (necessaria a vagliare detta "tradizione penale comune" alla luce dei principi e diritti fondanti l'ordinamento giuridico dell'Unione).

Tuttavia, quando l'esercizio dell'autonomia qualificatoria del diritto eurounitario finisce per incidere (quantomeno nelle intenzioni)⁴⁸ su isti-

⁴³ Tracce di tale approccio sembrano potersi rinvenire anche nel caso noto come *Intertanko* (Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 3 giugno 2008, causa C-308/06), nel quale i giudici di Lussemburgo hanno fornito una definizione autonoma del concetto di «negligenza grave» richiamato dall'art. 4 della direttiva 2005/35/CE muovendo da un'indagine comparata sul significato del concetto stesso all'interno dei Paesi UE, onde garantire il principio di certezza del diritto e di quella sua particolare espressione data dal principio di legalità nei suoi corollari qualitativi.

⁴⁴ Cfr., tuttavia, *supra*, *sub* par. 1, nt. 19.

⁴⁵ Per un'analisi dei criteri in questione (nonché di quello, impercorribile dal punto di vista pratico, del *minimum standard*), v. A. BERNARDI, *Ombre e luci nel processo di armonizzazione dei sistemi penali europei*, in *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, cit., 254 ss.

⁴⁶ M. SERRAINO, *Dalla Corte di Giustizia UE un "provvidenziale" invito alla conversione. Prescrizione penale e ragionevole durata del processo all'indomani della "sentenza Taricco" (Seconda parte)*, cit., 839.

⁴⁷ Cfr. A. BERNARDI, *Dogmatica penale, "giuridismo", fonti sovranazionali*, cit., 150.

⁴⁸ Stante che ogni eventuale avanzamento al riguardo su impulso giurisprudenziale è condizionato al mancato ricorso, da parte delle Corti costituzionali nazionali, ai rimedi

tuti appartenenti, a livello domestico, alla parte generale del diritto penale, l'approccio spiccatamente funzionalista⁴⁹ e casistico⁵⁰ talora assunto dalla Corte di giustizia può portare con sé alcuni svantaggi. Infatti, data l'essenza e le funzioni tipiche della parte generale del diritto penale – la quale, come noto, estrinseca le scelte di fondo operate da un dato ordinamento giuridico sulle condizioni del giudizio relativo alla responsabilità penale dell'individuo⁵¹ –, il ravvicinamento su impulso giurisprudenziale di questo versante delle legislazioni criminali nazionali richiede un approccio il più possibile improntato alla sistematicità e, altresì, un ancoraggio a fondamenta costituzionali solidamente e chiaramente cristallizzate, data la stretta relazione tra parte generale dello *ius criminale* e diritti fondamentali. Richiede, cioè, una sintesi ponderata e coerente delle tradizioni costituzionali e penali degli Stati membri, capace di valorizzare il loro ruolo di garanti del pluralismo all'interno dell'ordinamento giuridico europeo e dell'avanzamento dei processi di armonizzazione dei sistemi normativi nazionali che tale ordinamento stimola.

3. *Note conclusive*

Come il caso *Taricco* sembra dimostrare, il combinato disposto tra l'autonomia pionieristica del diritto UE così come interpretato dalla Corte di giustizia, l'incidenza di quest'ultimo sulla parte generale dello *ius criminale* e la mobilità dei confini tra diritto e procedura penale⁵² possono produrre effetti particolarmente dirompenti sul piano nazionale. *Da un lato*, infatti, «in un'epoca segnata dal ruolo crescente della comparazione» e «nell'attuale contesto d'internazionalizzazione e sovranazionalizzazione del diritto», le «costruzioni giuridiche» che si rivelano «disfunzionali» rispetto al diritto europeo – nonché, come nel caso *Taricco*, molto differenti da quelle degli altri sistemi giuridici del Vecchio Continente – possono essere sensibilmente ritoccate dalle Corti europee e dovrebbero essere modificate «con un indiscusso beneficio per i relativi si-

estremi costituiti dai controlimiti al primato del diritto UE (v., *supra*, *sub* par. 1, nt. 22) e dalle dichiarazioni *ultra vires* sopra richiamati.

⁴⁹ Per tutti, v. S. ALLEGREZZA, *Il caso "Pupino": profili processuali*, in *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di V. Manes, F. Sgubbi, Bologna, 2007, 53 ss. e 71 ss.; in relazione al caso *Taricco*, C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia*, cit., 2.

⁵⁰ Cfr. V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 843 ss.

⁵¹ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, 203 ss.

⁵² S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo*, cit., 366-367.

stemi interni»⁵³. *Dall'altro lato*, tuttavia, nell'esercizio di quel pur fondamentale ruolo di accelerazione e sviluppo dell'integrazione europea in materia penale⁵⁴, sempre nel caso *Taricco* la Corte di giustizia sembra avere "rotto gli schemi". Con una decisione su un tema particolarmente delicato per l'ordinamento giuridico italiano quale la prescrizione del reato, la Corte UE parrebbe aver infatti forzato la mano⁵⁵ nello svolgere compiti *lato sensu* di politica giudiziaria «al fine di sanare una deficienza strutturale dell'ordinamento di uno Stato membro»⁵⁶.

Tuttavia, qualora la Corte di giustizia non dovesse accettare le condizioni poste dalla Corte costituzionale, ci si potrebbe domandare se l'eventuale ricorso ai controlimiti per neutralizzare l'effetto disapplicativo prodotto dalla sentenza *Taricco* costituirebbe un'irrinunciabile rivendicazione di principi e diritti costituzionali inviolabili nei confronti di un ordinamento esterno totalmente incapace di proteggere realmente questi ultimi o, piuttosto, una *chance* sprecata di innovare il sistema italiano, ravvicinandolo maggiormente alla tradizione penale continentale prevalente e al tempo stesso funzionale alle esigenze del diritto dell'Unione.

Il tentativo (questa volta, per certi versi, maldestro) della Corte di giustizia di rimediare alle storture di un sistema giuridico nazionale razionalizzandolo secondo le logiche dell'armonizzazione europea sembra avere nuovamente acuitizzato la contrapposizione (non solo tra ordinamenti che garantiscono *standards* di tutela diversi degli stessi principi e diritti fondamentali, ma anche e più in generale) tra europeizzazione e sovranismo in materia criminale. Pur rivelandosi strumentale a garantire l'effettiva realizzazione degli obiettivi di armonizzazione penale e di contrasto efficace, proporzionato e sufficientemente dissuasivo alla criminalità transnazionale perseguiti dall'Unione, detta armonizzazione non può che scontrarsi con diverse forze inerziali che ostacolano o comunque rallentano sensibilmente modifiche profonde dei sistemi normativi di parte generale.

Tuttavia, lo stato dell'arte della prescrizione del reato in Italia non può che far sperare in una nuova, reale stagione riformistica⁵⁷ capace di

⁵³ A. BERNARDI, *Dogmatica penale, "giuridismo", fonti sovranazionali*, cit., 153.

⁵⁴ L. PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco*, cit., 468.

⁵⁵ V. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco" (note minime all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017)*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017, 1 e in questo *Volume*, 207 ss.

⁵⁶ E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., 47.

⁵⁷ Sulle recenti proposte di riforma formulate in Parlamento, v. per tutti: F. PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, in *Dir. pen.*

allineare l'istituto in questione ai modelli degli altri Paesi membri in vista del suo ammodernamento⁵⁸. Tra l'altro, qualora si decidesse davvero a intervenire, il legislatore potrebbe anche beneficiare di «uno spazio di discrezionalità [...] che può certo attenuare l'efficacia armonizzatrice della normativa europea dando luogo a soluzioni differenziate proprio in ragione dei diversi bilanciamenti effettuati dai vari Stati» in relazione alle peculiarità dei rispettivi sistemi giuridici⁵⁹.

Peraltro, nei rapporti con l'ordinamento dell'Unione non pare del tutto condivisibile la tattica “difensiva” di ripararsi dietro lo scudo di identità costituzionali non sempre valorizzate nei limiti del loro “nucleo essenziale” per paralizzare un'armonizzazione stimolata sulla base di tradizioni penali nazionali prevalenti e, al tempo stesso, funzionali alla corretta attuazione del diritto europeo. Tale armonizzazione costituirebbe, invero, una tappa fondamentale nella riforma di un istituto che, con queste caratteristiche, non sembra avere più ragione di esistere.

cont. - Riv. trim., n. 1/2016, 56 ss.; D. PULITANÒ, *Una confessione di Agostino e il problema della prescrizione*, *ivi*, 73 ss.; E. M. AMBROSETTI, *La riforma della prescrizione del reato tra progetti legislativi e alternative giudiziarie*, *cit.*, *passim*.

⁵⁸ R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e “controlimiti” costituzionali*, *cit.*, 16.

⁵⁹ F. PALAZZO, *Armonizzazione europea e costituzionalismo penale tra diritto e politica*, *cit.*, 283.

ANTONIO RUGGERI

ULTIMATUM DELLA CONSULTA ALLA CORTE DI GIUSTIZIA
SU *TARICCO*, IN UNA PRONUNZIA CHE *ESPONE*,
MA NON ANCORA *OPPONE*, I CONTROLIMITI^{*}
(A MARGINE DI CORTE COST. N. 24 DEL 2017)

SOMMARIO: 1. La impropria qualifica da molti data alla decisione in commento quale espressiva di «leale cooperazione», la *esposizione* (seppur non ancora la *opposizione*) dei controlimiti cui essa fa luogo, il vizio di origine che sta a base delle pronunzie delle due Corti su *Taricco*, in entrambe dandosi una parziale e, a conti fatti, distorta rappresentazione dell'identità costituzionale degli ordinamenti cui le Corti stesse appartengono. – 2. Una necessità (il bilanciamento tra le esigenze dell'erario lese dalle frodi fiscali a danno dell'Unione e i diritti di coloro che se ne rendano responsabili, le une e gli altri riportabili all'identità costituzionale sia dell'Unione stessa che dello Stato) e una possibile via di fuga dallo scontro (la modulazione degli effetti temporali del giudizio emesso in sede di rinvio pregiudiziale, cui faccia quindi seguito la proposizione di una questione di legittimità costituzionale da parte dello stesso giudice delle leggi avente ad oggetto la disciplina della prescrizione, definita con una additiva di principio con effetti solo *pro futuro*).

1. *La impropria qualifica da molti data alla decisione in commento quale espressiva di «leale cooperazione», la esposizione (seppur non ancora la opposizione) dei controlimiti cui essa fa luogo, il vizio di origine che sta a base delle pronunzie delle due Corti su Taricco, in entrambe dandosi una parziale e, a conti fatti, distorta rappresentazione dell'identità costituzionale degli ordinamenti cui le Corti stesse appartengono*

Trovo singolare che, nella messe di commenti caduta a pioggia sopra la decisione qui annotata, la stessa sia diffusamente considerata come espressiva di «leale cooperazione» tra la nostra Corte e quella dell'Unione. È vero che la formula, nei campi materiali di esperienza più

^{*} Ho sottoposto una prima versione di questo scritto a R. Conti, G. Martinico, O. Pollicino e C. Salazar, che ringrazio di cuore per le osservazioni fattemi e gli spunti di riflessione offertimi; come di consueto, la responsabilità per le tesi qui sostenute è interamente mia.

varî in cui se ne rinviene riscontro ed ai livelli istituzionali parimenti varî sui quali si distende ed opera, si presenta con molti volti, rivestendosi di forme e caricandosi di valenze ora più ed ora meno intense¹. Franca-mente, dubito però che sia appropriato far ricorso a siffatta qualifica-zione in relazione al caso odierno: quello che la Consulta indirizza alla Corte di giustizia – può piacere come non piacere – è, a me pare, un vero e proprio ultimatum² col quale si chiede al giudice eurounitario di ripen-sare *ab ovo* il verdetto emesso su *Taricco*³, adeguandosi alle indicazioni contenute nella ordinanza di rinvio pregiudiziale⁴. L'unica, labile traccia di «cooperazione» può vedersi nel tentativo di persuasione fatto⁵, vale a dire nell'adozione di una pronunzia interlocutoria che – come dico nel ti-tolo dato a questa succinta riflessione – *espone*, ma non ancora *oppon*e, i controlimiti. Questi ultimi, però, ci sono già tutti, nella loro corposa ed ingombrante presenza; tant'è che, ove dovesse cadere nel vuoto l'appello fatto dal giudice nazionale, la pronunzia di merito sarebbe già bell'e pronta e potrebbe essere estratta di peso dalla decisione di oggi⁶.

È singolare altresì che la Corte anticipi nella ordinanza in commento il contenuto della futura e auspicata decisione di merito, nel segno del ri-getto (punti 7 e 10), per il caso che il giudice dell'Unione dovesse docil-mente disporsi lungo il solco tracciato dalla Consulta. È chiaro che è im-probabile che così sarà (quanto meno nei termini indicati dalla pronun-

¹ Si pensi, ad es., solo all'armamentario (fatto di intese, «forti» e «deboli», pareri e forme varie di concertazione) di cui la «cooperazione» stessa dispone al piano dei rapporti Stato-Regioni.

² «Garbata nella forma, rocciosa nella sostanza» definisce V. MANES la pronunzia in esame, nell'*incipit* del suo *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco» (note minime all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017)*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017.

³ La decisione ha alimentato un fitto dibattito, tuttora in pieno svolgimento: indicazioni di vario segno in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2017 (e part., *ivi*, dello stesso B., l'ampia presen-tazione dal titolo *I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, spec. XCIII ss.).

⁴ Sia pure con un linguaggio meno crudo, anche O. POLLICINO e M. BASSINI, *When coo-peration means request for clarification, or better for «revisitation»*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gen-naio 2017, rilevano che alla Corte dell'Unione è fatta richiesta, più che di un chiarimento, di un ripensamento interpretativo.

⁵ Evidenzia il carattere «diplomatico» dell'ordinanza M. FERRANTE, *L'ordinanza della Corte costituzionale sull'affaire Taricco: una decisione «diplomatica» ma ferma*, in *www.dirit-tifondamentali.it*, 1/2017, 29 gennaio 2017, spec. al § 5.

⁶ D'altro canto, anche in altri campi di esperienza (come a riguardo dei rapporti tra di-ritto interno e diritto internazionale), la Consulta non si è trattenuta – al ricorrere di circo-stanze eccezionali – dal mettere in campo i controlimiti (sent. n. 238 del 2014); potrebbe, per-ciò, farlo anche al piano dei rapporti col diritto dell'Unione, pur nella diversità delle relazioni e dei contesti in cui esse s'inscrivono e svolgono.

zia in commento), mentre è da attendersi che, riscontrandosi l'ipotesi avversa, i controlimiti vengano *opposti* esattamente nei termini in cui sono qui *esposti*. Nulla, però, può dirsi al riguardo con certezza⁷; ed è fin troppo noto, sì da non dover essere qui rammentato, che in occasione dell'adozione di ogni nuova decisione possono coagularsi in seno al collegio decidente consensi diversi rispetto anche ad un recente passato (specie a causa di mutamenti nella composizione del collegio stesso). Se così non fosse, non si avrebbero – come, invece, non di rado si hanno – capovolgimenti di fronte e di orientamenti sopra una medesima questione⁸, senza che a ciò osti la esistenza di contrari e, apparentemente, ben saldi precedenti⁹.

Ciò posto, anch'io, al pari di altri, giudico sommamente opportuno nella circostanza il ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale in vece di una decisione di merito che, anziché limitarsi ad anticipare la futura esplosione del conflitto, l'avesse da subito posto in essere. I contenuti dell'ordinanza, ad ogni buon conto, non lasciano – a me pare – spazi consistenti per un compromesso onorevole, accettabile da entrambe le Corti, pur dovendosi fare di tutto perché lo stesso sia raggiunto, secondo quanto si vedrà sul finire di questa riflessione.

E, così, *Taricco* sarà, con ogni probabilità, ricordata come un'occasione sciupata per un autentico e fecondo «dialogo» intergiurisprudenziale: un dialogo che – è superfluo dover qui rammentare – non necessariamente deve concludersi in una consonanza di idee ma che è tale solo a condizione che entrambi i parlanti producano (appunto, in «leale cooperazione») il massimo sforzo possibile per convergere, senza far dunque degenerare in partenza il loro confronto in una somma di monologhi formulati in lingue diverse e incomprensibili da parte di chi ascolta.

Qui, invece, si è assistito – perlomeno, fino ad oggi – ad un irrigidimento di posizioni da entrambe le parti, frutto di un vizio di origine riscontrabile a base delle posizioni stesse, che poi si è tradotto in una for-

⁷ Ha sorpreso non pochi annotatori il seguito remissivo dato dal tribunale costituzionale spagnolo alla risposta della Corte di giustizia in *Melloni*; la circostanza però che la nostra Corte abbia tenuto a marcare la distanza tra il caso odierno e quello sopra richiamato, unitamente alla risolutezza esibita dall'ordinanza in commento, induce a pensare che, verosimilmente, non uguale docilità conoterà il seguito che la Consulta darà alla decisione del giudice lussemburghese, per il caso che quest'ultima dovesse confermare pari pari la pronuncia su *Taricco* del 2015.

⁸ ... quali quelli che, ad es., si hanno allorché la Corte si ponga quale giudice *a quo* rimettendo davanti a se stessa una questione quindi rigettata.

⁹ Allo scopo, il più delle volte – come si sa – si mettono in campo tecniche argomentative e decisorie raffinate, quale quella del *distinguishing* o delle manipolazioni per via interpretativa di anteriori decisioni dello stesso giudice.

zata e distorsiva rappresentazione del quadro ordinamentale di riferimento e, a questa conseguente, in un bilanciamento parziale o, diciamo pure, squilibrato dei principi di base degli ordinamenti stessi.

E infatti.

Quanto alla Corte dell'Unione – in disparte la questione (per vero, nient'affatto scontata) relativa al carattere *self-executing* dell'art. 325 TUE¹⁰ – ciò che più importa è che essa ha nella circostanza odierna dato, ancora una volta, mostra della sua irresistibile vocazione a proiettare con forza in primo piano sulla scena il principio del primato del diritto sovranazionale, lasciando nell'ombra il principio, parimenti fondamentale, del rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri, di cui all'art. 4.2 TUE¹¹. Nell'orizzonte teorico-ricostruttivo del giudice di Lussemburgo, il primato si pone davvero – com'è stato fatto notare da una sensibile dottrina¹² – quale il cuore pulsante della «costituzione materiale» dell'ordine eurounitario, restando a questa sostanzialmente estranea l'osservanza dell'identità degli Stati, malgrado componga uno dei principi su cui si regge l'ordine stesso¹³.

Se è vero – com'è vero – che l'identità costituzionale, in prospettiva assiologicamente orientata, è data dall'insieme dei principi fondamentali dell'ordinamento nel loro fare – tutti assieme, paritariamente e necessariamente¹⁴ – «sistema», la mancata partecipazione alle operazioni di bilanciamento di tutti i principi evocati in campo dal caso porta fatalmente ad un esito ricostruttivo difettoso. Si coglie, insomma, una sola delle

¹⁰ Sul punto, di recente, S. MANACORDA, *Le garanzie penalistiche nel rapporto con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., 197, con richiamo ad un pensiero di C. Amalfitano, e, ora, G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *www.diritticomparati.it*, 20 febbraio 2017.

¹¹ ... in merito al quale, tra gli altri, F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'uropeizzazione dei controlimiti*, Torino, 2012; S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 1/2012, 263 ss. e, della stessa, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013; M. CARTABIA, *sub art. 4*, in *Trattati dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, Milano, 2004, 23 ss.

¹² V. PICCONE, *La primauté nell'Unione allargata*, in AA.VV., *Il filo delle tutele nel delo d'Europa*, a cura di E. Falletti ed E. Piccone, Napoli, 2016, 7.

¹³ Una diversa lettura di questa vicenda è affacciata da A. BERNARDI, *Presentazione*, cit., XLIV ss.

¹⁴ ... onde rifuggire il rischio – come si sa, paventato da un'autorevole dottrina – della tirannica affermazione dell'uno sull'altro principio.

facce dell'identità, non già la stessa nella sua interezza, nella sua articolata e complessa struttura¹⁵.

Mutatis mutandis, la conclusione vale altresì per la nostra Corte, la quale pure, nella odierna circostanza così come in altre, non riesce a sottrarsi a quella che mi viene di chiamare la *tentazione del primato* della Costituzione e, per ciò pure, della stessa... Corte, quale suo interprete qualificato, frutto di un «patriottismo» o «nazionalismo» costituzionale esasperato, ingenuo e infecondo e, anzi, foriero di guasti per la stessa identità costituzionale che si vorrebbe invece mettere al riparo dai tentativi di aggressione provenienti dall'Unione.

La Corte, infatti, per un verso, muove da alcuni assunti giudicati indiscutibili o, comunque, argomentati in modo sbrigativo, quale quello della indeterminatezza della descrizione del fatto criminoso che ridonderebbe nel riconoscimento di un margine eccessivamente largo di apprezzamento discrezionale da parte del giudice¹⁶, dimentica del fatto che gli elementi elastici o addirittura vaghi della fattispecie fanno parte dell'esperienza penalistica¹⁷, o l'altro dell'appartenenza al diritto penale so-

¹⁵ Ho descritto, ancora non molto tempo addietro, i tratti essenziali della struttura in parola nel mio *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i «controlimiti»)*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., 19 ss.

¹⁶ ... assunti, peraltro, come si sa, ripresi di peso da rilievi diffusi tra i più severi censori della pronuncia del giudice eurounitario che, con varietà di toni e di argomenti, hanno fatto notare come venga, a conti fatti, a spianarsi la via all'avvento di un modello di «legalità essenzialmente giurisprudenziale» inusuale alla nostra tradizione positiva (per tutti, V. MANES, *La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»: le ragioni dei controlimiti*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., 203 ss., e 220 per il riferimento testuale).

Ora, non si nega, ovviamente, che qui il giudice venga a disporre di uno spazio particolarmente esteso entro cui determinarsi e che di sicuro sarebbe stato preferibile il suo contenimento; fissare, tuttavia, i confini del campo è, teoricamente e praticamente, impresa assai ardua, forse disperata, specie in un contesto, quale quello presente, fortemente segnato dall'affidamento al giudice stesso di compiti resi viepiù onerosi, proprio come nel caso di specie, da conclamate carenze e ritardi del legislatore.

¹⁷ ... senza, poi, far cenno ad ipotesi, pur peculiari, di mancanza della descrizione stessa, quale quella che ha riguardo ai reati presidenziali di alto tradimento e attentato alla Costituzione (sui diversi «gradi» di determinatezza delle norme incriminatrici, per tutti, v. L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, 195 ss., e G. DE VERO, *Corso di diritto penale*², I, Torino, 2012, 221 ss., spec. 226 ss.; quanto, poi, alle vessate questioni interpretative sollevate dall'ambiguo disposto costituzionale dell'art. 90 ed alle loro implicazioni al piano della responsabilità, per tutti, v. A. SPADARO, *I diversi tipi di responsabilità del Capo dello Stato nell'attuale forma di governo italiana*, in AA.VV., *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, a mia cura, Torino, 2011, 228 ss. e 233 ss.).

stanziale (e non già a quello processuale) del regime delle prescrizioni¹⁸. Per un altro verso, poi, per ciò che qui maggiormente conta, la Consulta ancora una volta conferma nella odierna pronuncia di essersi fatta un'idea parziale (e, per ciò stesso, distorsiva) della identità costituzionale, quale risulta dall'intera tavola dei valori fondamentali trascritti nella Carta, tra i quali – è superfluo qui rammentare – v'è altresì quello dell'apertura al diritto di origine esterna (internazionale e sovranazionale)¹⁹. Un'apertura – com'è chiaro – non incondizionata bensì filtrata alla luce di quell'autentica *Grundnorm* che sta a base delle relazioni interordinamentali e che è costituita dal principio della massimizzazione della tutela dei beni o interessi costituzionalmente protetti complessivamente consi-

¹⁸ La circostanza che in molti Stati dell'Unione, nei quali tutti – non si dimentichi – i diritti fondamentali e in genere i connotati tipici delle liberaldemocrazie sono riconosciuti, la disciplina della prescrizione appartenga al diritto processuale non è, di certo e per ciò solo, indice di un affievolimento del carattere liberaldemocratico dell'ordinamento e, di conseguenza, della tutela dei diritti stessi. Sarebbe dunque bastato (o un domani basterebbe) un mutamento di orientamento su questo punto di cruciale rilievo per evitare sul nascere il conflitto tra le Corti (argomentati rilievi critici avverso la riconduzione della disciplina in parola al principio di legalità sono in F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in AA.VV., *I controlli-miti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., 256 ss.; quanto, poi, alla evoluzione del principio stesso nel costituzionalismo multilivello – o, meglio, interlivello –, v., ora, G. LEO, *Le trasformazioni della legalità penale nel sistema multilivello delle fonti*, in *Quest. giust.*, 4/2016, 161 ss.). Non si trascuri, poi, che la stessa Consulta, ancora non molto tempo addietro (sent. n. 236 del 2011), ha rilevato che la disciplina delle prescrizioni può andare incontro a limiti nella sua estensione al passato: «mentre il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, infatti, costituisce un valore assoluto e inderogabile, quello della retroattività *in mitius* è suscettibile di limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli e, in particolare, dalla necessità di preservare interessi, ad esso contrapposti, di analogo rilievo» (v., inoltre, ord. n. 314 del 2011).

¹⁹ ... in linea, peraltro, con una generale tendenza delle Carte del secondo dopoguerra, secondo quanto opportunamente segnala ora G. MARTINICO, *Constitutionalism, Resistance, and Openness: Comparative Law Reflections on Constitutionalism in Postnational Governance*, in *Yearbook of Eur. Law*, 1/2016, 318 ss.

²⁰ Diffusi, seppur varî per indirizzi metodici e svolgimenti dogmatici, i riferimenti al principio in parola: tra gli altri, G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Napoli, 2015, 17 ss.; C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in *Consulta OnLine*, II/2015, 3 giugno 2015, spec. 492 ss.; nella stessa *Rivista*, A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile «freddezza» della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, 504 ss. e, dello stesso, ora, *La «cultura costituzionale» sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta, Torino, 2016, spec. 55 ss.; *ivi* pure C. SALA-

derati²⁰: principio al quale la Corte fa esplicito appello nel caso odierno a sostegno del riporto della disciplina della prescrizione al diritto penale sostanziale; ed è invero abile il giudice delle leggi nell'addurre a sostegno della soluzione patrocinata altresì l'art. 53 della CEDU e dalla Carta dei diritti dell'Unione²¹. Sta di fatto, tuttavia, che il principio di legalità non è l'unico valore fondamentale in gioco, avendosi altrimenti una ricostruzione del sistema, in prospettiva assiologicamente orientata, parziale. Ciò che si porrebbe in insanabile contraddizione con quanto la stessa giurisprudenza costituzionale va, in modo insistente e persino martellante, dicendo da tempo, richiamando gli operatori (e, perciò, anche... *se stessa*) a far luogo ad una considerazione sistemica delle norme costituzionali (e, di riflesso, dei beni della vita che alle stesse fanno capo)²².

Dunque, anche l'identità costituzionale ha una struttura internamente composita che sollecita gli operatori a problematici e non di rado sofferti bilanciamenti tra la vocazione dell'ordine interno all'apertura al diritto di origine esterna e la tendenza alla chiusura, laddove ciò sia consigliato dal principio della massimizzazione della tutela.

La pronuncia odierna, di contro, ripropone l'immagine verticale, stancamente ricorrente, dei principi fondamentali che è al cuore della dottrina dei controlimiti, per com'è usualmente intesa²³: un'immagine che vede *per sistema* sottoposto il principio dell'apertura al diritto di origine esterna rispetto ai principi fondamentali restanti e, perciò, dell'una Carta (di origine esterna) all'altra (la Costituzione), vale a dire, a conti fatti, dell'una all'altra Corte²⁴.

Si commette, tuttavia, in tal modo un grave errore di prospettiva e di ricostruzione, trascurandosi il dato di comune esperienza, secondo cui non di rado una norma (non importa se di produzione esterna o interna)

ZAR, *I diritti sociali nel «gioco delle tre Carte»: qualche riflessione*, 217 ss., e L. D'ANDREA, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, spec. 314 ss.; L. CAPPUCCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Torino, 2016, 412 ss.

²¹ «Va aggiunto che tale qualificazione [in merito alla natura delle norme sulla prescrizione] – precisa la Corte, al punto 8 –, nel caso di specie, costituisce un livello di protezione più elevato di quello concesso agli imputati dall'art. 49 della Carta di Nizza e dall'art. 7 della CEDU. Esso, perciò, deve ritenersi salvaguardato dallo stesso diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 53 della Carta, letto anche alla luce della relativa spiegazione» (sono grato a C. Salazar per avermi sollecitato a fermare l'attenzione sul punto).

²² *Ex plurimis*, Corte cost. nn. 236 del 2011; 264 del 2012; 1, 85, 170 e 202 del 2013, 10 e 49 del 2015.

²³ ... pur con taluni non secondari *distinguo* presenti nelle varie raffigurazioni: un chiaro affresco degli orientamenti al riguardo, ora, in A. BERNARDI, *Presentazione*, spec. L ss.

²⁴ In altri luoghi si è fatto notare che l'ordinazione gerarchica delle Corti porta fatalmente all'esito di fare della Corte apicale un *mostruoso potere costituente permanente*.

può dimostrarsi servente uno o più principi e incompatibile rispetto ad altri, non potendosi pertanto escludere in partenza la evenienza che il superamento di un «controlimite» – se così vogliamo seguirlo a chiamarlo – sia compensato, in relazione alle complessive esigenze del caso, dal servizio offerto ad altri principi fondamentali. Ciò che si rende particolarmente visibile ogni qual volta, *proprio grazie all'apertura al diritto internazionale e sovranazionale*, si pervenga ad una più adeguata affermazione dei principi fondamentali nel loro fare «sistema».

La «logica» del bilanciamento è, dunque, ineludibile, nessun operatore – Corti costituzionali incluse²⁵ – potendosi sottrarre all'onere di tener presenti *tutti* i principi fondamentali, tentandone la reciproca conciliazione e – fin dove possibile – la congiunta e paritaria affermazione. Poi, è chiaro che combinazioni siffatte di ordine assiologico possono divergere da Corte a Corte, a motivo della diversità dei contesti istituzionali in cui esse prendono forma, vale a dire della diversità delle prospettive da cui ciascuna di esse guarda ai valori in campo e risente delle pressioni esercitate dal caso. Il dialogo intergiurisprudenziale serve però proprio al fine di tentare di realizzare convergenze e – fin dove possibile – condivisioni, nel reciproco rispetto dei punti di vista. E invece...

2. *Una necessità (il bilanciamento tra le esigenze dell'erario lese dalle frodi fiscali a danno dell'Unione e i diritti di coloro che se ne rendano responsabili, le une e gli altri riportabili all'identità costituzionale sia dell'Unione stessa che dello Stato) e una possibile via di fuga dallo scontro (la modulazione degli effetti temporali del giudizio emesso in sede di rinvio pregiudiziale, cui faccia quindi seguito la proposizione di una questione di legittimità costituzionale da parte dello stesso giudice delle leggi avente ad oggetto la disciplina della prescrizione, definita con una additiva di principio con effetti solo pro futuro)*

Invece, a rileggere la pronuncia in commento, forte è la sensazione che qui si sia tenuta presente la legge del taglione: occhio per occhio e

²⁵ Intendo qui pure, come già in altri studi, l'aggettivo qualificativo in senso materiale, riferendolo pertanto altresì alle Corti europee che in misura crescente manifestano una marcata vocazione alla loro «costituzionalizzazione» [su ciò, tra gli altri, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012, spec. 63 e 143; altri riferimenti in A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss., del quale v., inoltre, pure *ivi*, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un'Unione sempre più stretta*, 1/2016, 381 ss.].

dente per dente, insomma. E, invero, anche la pronunzia cui si dirige questo breve commento, al pari della decisione del giudice eurounitario, sembra peccare per parzialità d'impostazione e di svolgimento, esibendo una immagine appiattita, incompiuta e, a conti fatti, deformante della identità costituzionale. La Corte produce, per vero, un considerevole sforzo argomentativo nell'intento di marcare la differenza tra *Taricco* e *Melloni*²⁶ e di mostrare, perciò, che nel caso odierno «il primato del diritto dell'Unione non è posto in discussione», dal momento che «non è in questione la regola enunciata dalla sentenza in causa *Taricco*, e desunta dall'art. 325 del TFUE, ma solo l'esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice», per effetto del riporto della disciplina della prescrizione al diritto penale sostanziale e della sua soggezione al principio fondamentale di legalità (p. 8)²⁷. Una mossa accorta, abile, anche se non saprei dire fino a che punto persuasiva; ed è chiaro che, qualora la Corte dell'Unione si contentasse di questa spiegazione, facendola propria, il conflitto sarebbe in buona sostanza evitato. Può, però, la Corte stessa considerarsi appagata di una soluzione che, a conti fatti, non viene incontro alle istanze di tutela dell'interesse dell'Unione leso dalle frodi fiscali perpetrate a suo danno?

Non sciolto rimane infatti il nodo per cui la qualifica della prescrizione fatta propria dalla Consulta e, a dire di questa, idonea ad innalzare il livello della tutela rispetto a quella assicurata dal diritto dell'Unione trascura di considerare – in una visione autenticamente sistemica – che anche il bene di cui l'Unione stessa, per bocca della Corte di giustizia, reclama protezione, leso dalle frodi fiscali, è riportabile ad un principio fondamentale, iscritto nell'art. 11.

Così stando le cose, come conciliare allora, in prospettiva sistematicamente orientata, tutte le istanze in campo meritevoli di tutela?

Affaccio una ipotesi di soluzione, pur consapevole delle resistenze teoriche cui potrà andare incontro, dal momento che, per l'uno o per l'altro verso, essa lascia comunque l'amaro in bocca, sacrificando – ma solo in parte – questo o quel principio fondamentale, secondo quanto peraltro è proprio delle operazioni di bilanciamento autenticamente mediane e compromissorie.

La Consulta, volendo, avrebbe dunque potuto prospettare al giudice dell'Unione di far luogo ad una complessa (e, ad esser franchi, ar-

²⁶ Non è, peraltro, senza significato che nella domanda di rinvio pregiudiziale del tribunale spagnolo non si facesse esplicito richiamo all'identità costituzionale, presente invece nelle conclusioni dell'AG Bot (sono debitore di questa notazione nei riguardi di G. Martinico).

²⁷ Si è però dietro veduto che su entrambi i punti sarebbero stati opportuni maggiori e più adeguati argomenti.

dita) ponderazione tra le istanze dei diritti e le attese dell'erario, così come ha più volte fatto lo stesso giudice delle leggi, anche in tempi recenti (nel modo più vistoso, con la discussa, e discutibile, sent. n. 10 del 2015)²⁸; tanto più che la stessa pronuncia qui annotata si è fatta cura di richiamare lo Stato alle sue responsabilità «per avere omesso di approntare un efficace rimedio contro le gravi frodi fiscali in danno degli interessi finanziari dell'Unione o in violazione del principio di assimilazione, e in particolare per avere compresso temporalmente l'effetto degli atti interruttivi della prescrizione»²⁹. Un'operazione, quella qui prefigurata,

²⁸ In altri luoghi, si è fatto notare che, bilanciando le norme sui diritti costituzionali con le norme sul processo costituzionale (a partire da quelle relative alla incidentalità), la Corte sacrifica e pregiudica la «giurisdizionalità» della funzione giurisdizionale; ciò che, ad opinione mia e di altri (part., R. ROMBOLI, *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 607 ss.; pure *ivi*, il mio *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale*, 635 ss.), non dovrebbe aversi. Ma, tant'è... La Corte reputa rientrare nella sua disponibilità far luogo ad operazioni siffatte; ed allora avrebbe potuto sollecitare anche la Corte dell'Unione a fare altrettanto o, magari, prospettare da subito una rilettura della pronuncia di quest'ultima tale da supportare l'operazione stessa. Non l'ha fatto, forse, perché ha preferito giocare al rialzo, puntando ad un ripensamento complessivo del verdetto della Corte di giustizia su *Taricco*. Una mossa tuttavia sommamente rischiosa, suscettibile di determinare una dura reazione da parte del giudice lussemburghese.

²⁹ Punto 7, su cui indugia C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2017, § 6. Ed è appena il caso qui di precisare che, dal punto di vista del diritto interno, il monito indirizzato al legislatore non risponde ad un'esigenza apprezzabile unicamente al piano della opportunità bensì è riportabile ad un obbligo costituzionalmente fondato nell'art. 11 («inaccettabile», a giudizio di R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., 299 e, in buona sostanza, anche di altri, la disciplina della prescrizione in campo penale; una disciplina – rammenta opportunamente F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit., 239 ss. – che potrebbe risultare «blindata» da una eventuale decisione di accoglimento della Consulta poggiante sull'attivazione dei controlimiti e che peraltro, così com'è, fa correre il rischio di gravi violazioni ai diritti umani). Che poi la perdurante inerzia del legislatore, qui come altrove, non possa essere efficacemente combattuta e sanzionata nulla toglie – a me pare – al carattere doveroso del compito cui il legislatore stesso è chiamato (ma il giudice delle leggi – come si dirà a momenti – potrebbe spingersi ancora oltre la soglia non varcata dalla decisione in commento). Una inadempienza che potrebbe quindi spianare la via ad una chiamata a responsabilità davanti al giudice dell'Unione (ipotesi ventilata, tra gli altri, da F. DONATI, *Sovranità, democrazia e vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione europea*, in *Lo Stato*, 7/2016, 225), così come, peraltro, la stessa potrebbe conseguire alla eventuale opposizione dei controlimiti alla pronuncia della Corte dell'Unione che dovesse restare ferma sul punto di diritto enunciato dalla Grande Camera in *Taricco* (si sofferma sul punto, ora, A. GUAZZAROTTI, *La sovranità limitata in favore dell'UE e 'controlimitata' in favore della Costituzione*, in *www.laCostituzione.info*, 18 febbraio 2017). La circostanza, infatti, che avverso le decisioni della Corte non è ammessa alcuna impugnazione, secondo quanto dispone l'art. 137, ult. c., può aver rilievo esclusiva-

che, nel caso di specie, potrebbe portare all'esito di una manipolazione (non già del testo ma) del tempo di applicazione della disciplina *sub iudice*³⁰ e, perciò, a conti fatti, di una delimitazione temporale degli effetti della nuova pronuncia della Corte eurounitaria su *Taricco*, dando loro rilievo unicamente *pro futuro*³¹. Peraltro, la Corte stessa solo oggi acquisisce dal giudice costituzionale indicazioni di cui dapprima non era a conoscenza; e questo fatto nuovo potrebbe giustificare il carattere non retroattivo del verdetto che sarà adottato a seguito di questo rinvio³². È vero che la giurisprudenza eurounitaria parrebbe non ammettere operazioni creative siffatte poste in essere per la via del rinvio pregiudiziale; non si danno, tuttavia, ostacoli positivi alla introduzione di una previsione siffatta, alla quale nondimeno dovrebbe accompagnarsi l'iniziativa della Corte costituzionale volta a sollevare davanti a se stessa una questione di legittimità costituzionale della disciplina della prescrizione, sì da evitare il perpetuarsi di illeciti fiscali a danno dell'Unione: una questione quindi definita a mezzo di una pronuncia manipolativa (preferibilmente, un'additiva di principio), con effetti essi stessi *pro futuro*, facendosi quindi salva l'autodeterminazione del legislatore in ordine al regime più adeguato e rispettoso dei vincoli discendenti dal diritto dell'Unione. D'altro canto, acclarata la lesione del diritto dell'Unione, per come inter-

mente dal punto di vista del diritto interno, non pure da quello dell'Unione, senza poi tacere che è da provare che lo stesso disposto ora richiamato sia espressivo di un controlimite, di tal che la pretesa vantata dall'Unione stessa e volta al suo superamento possa (e debba) restare inappagata siccome lesiva di un principio fondamentale dell'ordine costituzionale (anzi, proprio della norma di chiusura dello stesso, su cui riposa la garanzia ultima della legalità costituzionale).

³⁰ Le manipolazioni temporali, nelle loro varie espressioni, fanno parte – come si sa – dello strumentario e delle esperienze della giustizia costituzionale (indicazioni in A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁵, Torino, 2014, 181 ss.).

³¹ Una ipotesi di manipolazione temporale è prospettata anche da C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *www.eurojus.it*, 29 gennaio 2017, § 4, che suggerisce alla Corte di giustizia di far valere «la disapplicazione della normativa nazionale nei termini indicati nella *Taricco* ... soltanto rispetto ai reati commessi dopo la pronuncia della nuova sentenza pregiudiziale». La stessa A., pure *ivi*, si prefigura, giudicandolo nondimeno improbabile, il caso che la Corte dell'Unione recepisca il punto di vista del giudice costituzionale, annoverando il principio di legalità, nell'accezione fatta propria da questo, tra i principi generali dell'Unione (l'ipotesi, unitamente ad altre, è ripresa anche da V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco»*, cit., § 5).

³² A mia opinione, la soluzione qui caldeggiata potrebbe tornare utile ogni qual volta si svolga un dialogo tra le Corti avente per specifico oggetto la chiarificazione di ciò che entra a comporre l'identità costituzionale messa a rischio da atti dell'Unione (tra i quali, ovviamente, le stesse pronunzie della Corte di giustizia), ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 4.2 TUE.

pretato dalla Corte di giustizia, tutti gli operatori di diritto interno, ciascuno secondo le proprie competenze, sono obbligati a far luogo a prestazioni ispirate a «leale cooperazione» nei riguardi dell'Unione stessa, attivandosi al fine di evitare l'ulteriore prodursi della lesione in parola. Si potrebbe opporre che la Corte avrebbe potuto (o dovuto) allora sin dall'inizio determinarsi nel senso di prospettare a se stessa il dubbio in merito alla costituzionalità della disciplina della prescrizione; l'utilità dell'interpello del giudice eurolunitario, nondimeno, rimane evidente, dalla risposta alla domanda posta in via pregiudiziale dipendendo gli ulteriori svolgimenti della vicenda processuale.

Il compromesso in tal modo raggiunto sarebbe, dunque, onorevole e potrebbe essere accettato, sia pure a denti stretti, da entrambe le Corti, dando voce a tutti gli interessi in campo meritevoli di protezione: quello volto a mettere l'Unione al riparo da frodi fiscali commesse a suo danno e l'altro dello Stato alla salvaguardia dei diritti soggettivi «coperti» dal principio di legalità. Occorre dir meglio, alla luce delle precisazioni dietro fatte a riguardo della natura composita della identità costituzionale sia dell'Unione che dello Stato. Perché l'interesse dell'Unione è, *per ciò stesso*, grazie alla «copertura» che viene dal principio costitutivo dell'identità costituzionale, di cui all'art. 11, anche un interesse dello Stato, e viceversa: quello sotteso al principio di legalità in campo penale presentandosi altresì, grazie alla «europeizzazione» dei controlimiti operata dall'art. 4.2 TUE, quale interesse della stessa Unione, costitutivo della identità costituzionale di questa.

Non escludo che possano immaginarsi soluzioni compromissorie diverse, che nondimeno confesso di non riuscire a prefigurarmi. Posseggo tuttavia solo una certezza: che qualunque esito della vicenda dovesse risultare nel segno di un'affermazione parziale della identità costituzionale sia dell'Unione che dello Stato suonerebbe comunque come una sconfitta del processo d'integrazione sovranazionale e, perciò, del senso dell'appartenenza dello Stato all'Unione. Occorre, dunque, produrre il massimo sforzo per ricercare punti d'incontro effettivamente mediani, non già puntare all'affermazione integrale, senza *se* e senza *ma*, del punto di vista dell'una Corte sull'altra. Entrambe devono perciò compiere un passo per venirsi incontro a mezza via.

Non l'ha fatto a suo tempo la Corte dell'Unione, così come non lo fa nella pronunzia in commento la nostra Corte; c'è solo da confidare in un atteggiamento mite e conciliante della prima Corte nella sua risposta al quesito pregiudiziale in termini draconiani formulato dalla Consulta.

ROSARIA SICURELLA

OLTRE LA *VEXATA QUÆSTIO*
DELLA NATURA DELLA PRESCRIZIONE.
L'ACTIO FINIUM REGUNDORUM DELLA CONSULTA
NELL'ORDINANZA *TARICCO*,
TRA SOVRANISMO (STRISCIANTE) E RICHIAMO (PALESE)
AL RISPETTO DEI RUOLI

SOMMARIO: 1. Premessa. Per chi suona (parla) la Consulta. – 2. I (mis)fatti della sentenza *Taricco*. – 3. L'uropeizzazione dei controlimiti: c'è ma non si vede? – 4. *Quoque tu!* Legalità penale e ruolo del giudice nazionale. – 5. Rilevanza meramente interna o rilevanza europea della prescrizione? Lo snodo dell'art. 53 Carta UE. – 6. Qualche spunto di riflessione in attesa di *Taricco II*: guardando all'Europa ... – 7. ... e a casa nostra.

1. *Premessa. Per chi suona (parla) la Consulta*

In un'ottica di posizionamento strategico nell'incessante dialogo tra le Corti, la recente ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale assesta un bel colpo nello scacchiere dei rapporti tra ordinamento sovranazionale e ordinamento interno.

Sotto le mentite spoglie di un rinvio pregiudiziale in interpretazione – di cui l'ordinanza in oggetto non assume mai le cadenze, segnalandosi di contro per le affermazioni perentorie e i toni a tratti ultimativi –, la Consulta, brandendo l'arma dei controlimiti, non solo lancia un chiaro avvertimento alla Corte di Lussemburgo affinché abbandoni la (ritenuta) spregiudicatezza delle posizioni assunte nella sua più recente giurisprudenza e in particolare nella sentenza pronunciata nel caso *Taricco*¹, ma rilegge altresì le regole del gioco. Muovendo dal principio costituzionale europeo del «rispetto delle identità nazionali», e con abili scivolamenti

¹ Corte di giustizia (Grande Sezione), sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14. Di crescente 'tentazione' dei controlimiti parla A. BERNARDI, *Presentazione. I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2017, LXXXIV.

concettuali, la Consulta lega a doppio filo argomenti identitari e categorie eurounitarie, (co)stringendo la Corte di Lussemburgo nell'angolo di una più netta presa di posizione su questioni cruciali dell'ordinamento costituzionale europeo. Con incedere da equilibrista, tra affermazioni perentorie e cedimenti più o meno camuffati, attraverso «strategie argomentative di persuasione»², e più o meno scoperti *ultimatum*³, ciò che la Consulta pretende, al di là di una (mera) interpretazione chiarificatrice della «regola *Taricco*»⁴, in grado di neutralizzarne l'impatto nel nostro ordinamento, è una sostanziale correzione di rotta nel percorso di integrazione tra ordinamenti.

Ben oltre le questioni poste dalla qualificazione nell'ordinamento italiano della prescrizione quale istituto di diritto penale sostanziale (con ciò che ne consegue, alla luce di giurisprudenza costituzionale consolidata⁵, in termini di copertura dell'intera disciplina prescrizionale dalle garanzie della legalità penale), l'ordinanza si pone pertanto quale pronuncia di sistema, in cui la Consulta coglie l'occasione per una rinnovata presa di posizione su questioni di ampio respiro: dall'inquadramento costituzionale del processo di integrazione europea – che la Corte affronta sia nella sua dimensione 'interna', quale condizione di legittimazione della partecipazione della Repubblica italiana, sia nella sua dimensione 'europea', quale portato dell'impalcatura costituzionale dell'Unione, poggiante tra l'altro sul rispetto delle «identità nazionali» degli Stati membri –, alla controversa questione del raccordo tra dimensione europea e

² Per tale espressione, si veda M. BIGNAMI, *Note minime a margine dell'ordinanza Taricco*, in questo *Volume*, § 1.

³ L'approccio dialogico messo in luce da alcuni autori, appare in verità meramente di facciata, e le letture salvifiche dei punti controversi che la Consulta prospetta, lungi dal delineare il percorso per un possibile dialogo – trattandosi per lo più di interpretazioni difficilmente condivisibili dal giudice europeo –, prefigurano soluzioni esclusivamente improntate alla visione (e alle esigenze) della nostra Corte costituzionale. In tal senso anche R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di «controlimiti» costituzionali: è un vero dialogo?*, in questo *Volume*; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *Consulta online*, 1/ 2017, 81 ss.; F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2017.

⁴ Espressione ormai invalsa tra i commentatori per indicare sinteticamente l'obbligo sancito dalla Corte di Giustizia in capo al giudice interno di non applicare la normativa interna incompatibile (in quanto recante una tutela inefficace e pertanto inadeguata) ogni qualvolta constati che «detta normativa impedisce di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preved[e], 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 [...]».

⁵ Corte cost. 394/2006; 324/2008; 143/2014.

nazionale della tutela dei diritti fondamentali quale sotteso all'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (Carta UE); questioni tutte affrontate nel crescendo di un discorso scopertamente teso ad ottenere dal giudice europeo il rientro nei ranghi di una competenza la cui capacità di penetrazione del tessuto ordinamentale interno risulta rimessa in ultimo dalla Consulta al controllo di sostenibilità costituzionale che la stessa rivendica in via esclusiva.

Ma il giudice europeo non è il solo destinatario dei moniti della Corte costituzionale. L'affermazione, quale condizione di legittimità costituzionale del processo di integrazione europea, del rispetto del principio di legalità penale, portato indefettibile delle scelte del costituente italiano in termini di garanzie per l'individuo e, a monte, in termini di separazione/equilibrio tra poteri, in particolare tra legislatore e giudice, indica nella spinosa questione del ruolo della giurisdizione il baricentro di un discorso che vede quale suo destinatario naturale il giudice interno. Nella sua cruciale funzione di raccordo, nell'impalcatura costituzionale del sistema integrato di ordinamenti, tra ordinamento sovranazionale e ordinamento interno, il giudice nazionale è (ri)chiamato dalla Corte ad un impiego meditato e ponderato degli strumenti fisiologicamente invasivi (e financo potenzialmente scardinanti i sistemi costituzionali nazionali) che l'ordinamento europeo gli attribuisce, nonché ad un più scrupoloso rispetto delle prerogative proprie ed esclusive del giudice delle leggi (che d'altronde a più riprese la Consulta ricorda) circa la valutazione ultima della compatibilità costituzionale delle ricadute nel nostro ordinamento dell'operare delle dinamiche del processo di integrazione europea.

Motivata (plausibilmente) dalla sottovalutazione del giudice di Lussemburgo delle significative ripercussioni della «regola *Taricco*» nel nostro ordinamento, la posizione della Consulta rischia tuttavia, per le sue affermazioni ma altresì per i suoi silenzi o le volute ambiguità, di delineare un paradigma della legalità penale falsato, inconferente con il dover essere della legalità in un ordinamento costituzionale che vede nella partecipazione al processo di integrazione europea e alle relative dinamiche una componente (anch'essa) essenziale dell'identità costituzionale.

2. *I (mis)fatti della sentenza Taricco*

La sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia nel caso *Taricco* ha senza dubbio fornito alla Corte costituzionale un *assist* d'eccezione⁶. An-

⁶I limiti del presente contributo non consentono un'esauritiva considerazione degli innumerevoli scritti pubblicati in poco più di un anno sulla sentenza in esame. Nelle pagine che seguono ci si limiterà a citare i contributi fatti oggetto di specifico riferimento nel testo.

che a fronte di possibili letture ‘concilianti’⁷, cui ho chiaramente manifestato la mia vicinanza⁸, l’evenienza che la stessa dischiude di interpretazioni del relativo *dictum* potenzialmente scardinanti l’assetto costituzionale del nostro ordinamento, ne denuncia una certa oggettiva inadeguatezza, facendo al contempo emergere la questione della conseguita maturazione nel giudice europeo dell’attitudine a maneggiare la materia penale che, al di là degli esiti concretamente (e financo legittimamente) perseguiti, impone particolare rigore nella costruzione dell’impianto argomentativo e persino nella formulazione delle decisioni assunte.

Piuttosto spregiudicata ma non sovversiva⁹, la sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia nel caso *Taricco* è purtuttavia sentenza infelice, dall’incedere argomentativo spesso apodittico (emblematico in proposito il discorso sulla natura e gli effetti dell’art. 325 TFUE), e complessivamente banalizzante le molte questioni in gioco; un *leading case* in negativo, che racchiude, in un cocktail esplosivo (e d’altronde pronto ad esplodere, come dimostrano le vicende attuali), alcune delle questioni più problematiche che il processo di integrazione abbia fatto registrare

⁷ In particolare il riferimento è alle posizioni espresse da 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. cont.*, 14 settembre 2015; ID., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *I controlimiti*, cit., 233 ss.; in senso complessivamente favorevole cfr. *ivi* anche L. PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco: dalla «virtuosa indignazione» al rilancio del diritto penale europeo*, 445 ss. Un’articolata presa di posizione è quella di E. LUPO, *La primauté del diritto dell’UE e l’ordinamento penale nazionale. Riflessioni sul caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 29 febbraio 2016.

⁸ R. SICURELLA, *Introduzione*, in *Così lontana, così vicina. La tutela degli interessi finanziari dell’Unione europea dopo la sentenza Taricco*, a cura di R. Sicurella, Milano, 2017 (in corso di pubblicazione). Pur nella non totale adesione agli argomenti addotti dagli autori citati nella nota che precede – e in particolare prendendo le distanze dall’argomento comune a tali autori relativo alla rilevanza nella valutazione della sentenza in questione della indubbia problematicità e criticabilità della disciplina nostrana della prescrizione – ho ritenuto condividere con gli stessi una lettura della sentenza che, senza in alcun modo disconoscere o sottovalutare la delicatezza dei profili sollevati, fosse in grado di riconsegnare alla stessa la sua corretta collocazione nell’ambito più generale della giurisprudenza europea (consentendo al contempo di coglierne la portata complessivamente più ‘modesta’ di quella che le è stata generalmente attribuita anche se certamente non priva di elementi di nota); lettura possibile solo laddove condotta nella consapevolezza degli argomenti e delle dinamiche propri del *reasoning* della Corte di Lussemburgo.

⁹ In tal modo, di contro, è stata più o meno espressamente qualificata la sentenza in esame da molti commentatori; per tutti, cfr. L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell’Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2015; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *I controlimiti*, cit., 63 ss.; e *ivi*, V. MANES, *La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»: le ragioni dei controlimiti*, 203 ss.

negli ultimi decenni. Non solo la questione più appariscente di una *primauté* del diritto dell'Unione (che si riterrebbe perseguita dalla Corte di Giustizia), di cui sarebbe garante un giudice penale che in tale suo ruolo risulterebbe svincolato dagli argini garantistici che connotano in particolare la materia penale. Ma altresì questioni altrettanto cruciali e di ammissimo respiro quali l'avvenuta trasformazione genetica della procedura di rinvio pregiudiziale, di cui si è ormai consolidato (ben prima della sentenza in esame) un uso abusivo e deviante rispetto all'originaria funzione di «assistenza» e «guida» del giudice interno (divenendo quasi un surrogato del procedimento in infrazione), e nell'ambito del quale l'*affaire Taricco* segnerebbe un'ulteriore *escalation* problematica, vedendo il giudice di rinvio di fatto formulare direttamente un giudizio di inadeguatezza¹⁰; o ancora l'attuale conformazione della dimensione di tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione e il relativo atteggiarsi nei confronti della dimensione nazionale di una tale tutela. Questione miliare, quest'ultima, dell'assetto costituzionale europeo, eppure sbrigativamente esaurita dalla Corte di Giustizia con l'asserita non invocabilità dell'art. 49 Carta UE (e la conseguente impossibilità per il giudice interno di chiamare in causa la legalità europea per scongiurare eventuali effetti deteriori per l'imputato della non applicazione della normativa italiana in materia di atti interruttivi della prescrizione), accompagnata da un generico e (troppo) poco pregnante richiamo (di cui non si rinviene peraltro traccia nel *decisum*) all'obbligo, anch'esso scaturente dall'ordinamento europeo, di una previa verifica della compatibilità con i diritti fondamentali dell'individuo delle conseguenze sul procedimento *a quo* della dis-applicazione della normativa interna risultata lesiva dell'obbligo di adeguatezza ed efficacia (verifica il cui esito positivo si pone chiaramente tuttavia quale necessaria condizione legittimante, nell'ottica dell'ordinamento europeo, la dis-applicazione dallo stesso imposta al giudice). Situazione questa che, conducendo, per lo meno *prima facie*, ad un inquadramento della vicenda dinnanzi al giudice *a quo* esclusivamente in termini di (insormontabile) conflittualità tra legalità europea (non inclusiva della prescrizione) e legalità penale quale intesa nell'ordinamento interno (che, secondo orientamento costituzionale ormai consolidato, estende le istanze garantistiche sottese alla legalità ad ogni profilo della punibilità), pone in termini fortemente problematici la questione oggi cruciale nel dibattito relativo alle prospettive di ulteriore avanzamento (o viceversa di un arresto) del processo di integrazione europea concernente la relazione

¹⁰ Come segnalato da C. SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in *I controlimiti*, cit., 504.

tra dimensione europea e dimensione nazionale della tutela dei diritti fondamentali (in caso di non coincidenza del relativo perimetro applicativo, e in particolare nel caso più critico di una minore espansione del principio a livello europeo)¹¹.

La contestualizzazione politica della sentenza, che interviene in un momento tipico del negoziato sulla proposta di direttiva in materia di protezione degli interessi finanziari¹², giunto ad una *impasse* per l'insuperabile opposizione del Parlamento europeo ad un accordo sul testo emendato dal Consiglio in cui le frodi all'IVA (all'origine, com'è noto, dell'*affaire Taricco*) risultavano espressamente estromesse dalla generale definizione di «frode agli interessi finanziari», fornisce senza dubbio una chiave di lettura di quella che può apparire una (in verità) inusitata superficialità della sentenza della Corte di Giustizia. In particolare, il chiaro intento di superare la riottosità degli Stati indicando la possibilità del conseguimento dell'obiettivo ultimo dell'efficace tutela delle finanze comunitarie (rispetto in particolare alle frodi in materia di IVA) attraverso l'ordinario operare delle dinamiche di integrazione facenti leva tra l'altro sui penetranti obblighi incombenti sul giudice interno – così da mettere in luce l'interesse per gli stessi Stati ad includere una tale forma di frode nel testo in discussione al fine di poterne al contempo fissare le condizioni di afferenza alla competenza delle autorità europee –, è probabilmente all'origine della criticabile assertività dei passaggi ricostruttivi il quadro normativo dell'Unione (riflesso di una precisa esigenza della Corte di individuare una base legale forte, una norma di diritto primario, cui riconoscere effetti diretti, e soprattutto cui ricondurre gli obblighi di penalizzazione relativamente al contrasto delle suddette frodi, fin lì

¹¹ Pur nei termini (circoscritti) propri della giurisprudenza in materia di efficacia del diritto dell'Unione (nell'ambito della quale si colloca la sentenza pronunciata nel caso *Taricco*), in cui l'argomento della tutela dei diritti fondamentali interviene quale eventuale limite all'ordinaria operatività dei principi fondanti il funzionamento dell'ordinamento eurounitario, primo fra tutti il principio del primato, una piena consapevolezza della particolare sensibilità delle questioni sollevate nell'ipotesi di specie dall'affermazione dell'obbligo di non applicazione della normativa interna avrebbe dovuto condurre la Corte di Giustizia ad un maggiore approfondimento di tale profilo, nonché, auspicabilmente, ad un chiarimento circa i diritti possibilmente chiamati in causa a fronte dell'espressa esclusione della riconducibilità della situazione in esame al diritto sancito all'art. 49 Carta UE (per lo meno *sub specie* di divieto di retroattività); per più ampie considerazioni, sia consentito il rinvio a R. SICURELLA, *Introduzione*, cit., in cui ho peraltro avanzato l'ipotesi secondo cui i diritti fondamentali rispetto ai quali la Corte di Giustizia impone al giudice la verifica di compatibilità dell'obbligo di non applicazione non sarebbero quelli qualificati come tali nell'ordinamento nazionale (come prospettato nella sua ricostruzione dalla nostra Consulta) bensì i diritti fondamentali dell'ordinamento europeo; sul punto vedi anche *infra*, § 6.

¹² *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*, COM (2012) 363.

espressamente sanciti solo in un atto di terzo pilastro, l'art. 2 della Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari¹³), come anche dei toni perentori con cui la Corte accompagna l'obbligo per il giudice di non applicazione della normativa interna incompatibile, e viceversa la scarsa incisività con cui la stessa afferma l'obbligo che per il medesimo giudice scaturisce dall'ordinamento europeo circa la verifica del rispetto dei diritti fondamentali dell'imputato.

Lungi dal fornire una giustificazione, la suddetta politicità della sentenza va tuttavia ad accentuare, se possibile, la criticabilità della stessa quanto all'adeguata fondamentazione della soluzione dettata. A dover essere denunciato, più precisamente, è che una tale politicità – che può ritenersi una costante delle pronunce oggi di tutte le Corti supreme, e in particolar modo della Corte di Lussemburgo cui si deve la formulazione di principi fondanti il sistema integrato di ordinamenti come quello di primazia del diritto europeo, – e in particolare il precipuo intento della Corte di incidere sul negoziato in corso¹⁴, abbia chiaramente prevalso sulla necessaria cura nella ricostruzione di un discorso giustificativo solido e puntuale, e altresì frutto di un'attenta considerazione (e a monte di una piena presa di coscienza) dell'estrema sensibilità delle questioni in gioco per l'ordinamento interessato *in primis* ma più in generale per la tenuta complessiva delle relazioni interordinamentali.

3. *L'europeizzazione dei controlimiti: c'è ma non si vede?*

A poco più di trent'anni dalla sentenza *Granital*¹⁵, e soprattutto dopo la significativa tappa del processo di integrazione europea segnata

¹³ *Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee*, in GU C 316 del 27.11.1995, 48 ss.

¹⁴ Analogamente a quanto già avvenuto in un recente passato con le sentenze pronunciate dalla Corte di Giustizia nel caso *Pupino* (Corte di giustizia, sent. 16 giugno 2005, causa C-105/03) e nel caso *Commissione c. Consiglio* (Corte di giustizia, sent. 13 settembre 2005, causa C-176/2003, c.d. sentenza sulla tutela penale dell'ambiente) – con le quali la Corte ha di fatto sbloccato l'*impasse* del processo di rinnovamento istituzionale seguito all'abbandono del testo del Trattato costituzionale all'esito negativo dei *referenda* francese e olandese, consentendo in tempi brevissimi l'adozione di un nuovo trattato, il Trattato di Lisbona, che riprende quasi pedissequamente i contenuti del precedente (*amplius*, R. SICURELLA, *Lo spazio penale europeo dopo Lisbona: le nuove competenze dell'Unione europea alla prova dei principi fondamentali dello stato di diritto*, in *L'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di N. Parisi, V. Petralia, Torino, 2010, 105 ss.) –, la sentenza *Taricco* appare avere sortito l'effetto perseguito dalla Corte. Il negoziato, interrotto nel luglio 2015 con l'espresso intento di attendere la pronuncia della Corte di Lussemburgo, è stato riavviato all'indomani della pubblicazione della sentenza ed è ormai giunto alle sue battute finali.

¹⁵ Corte cost. 170/1984.

dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le molte criticità emerse dalla pronuncia della Corte di Lussemburgo nel caso *Taricco* forniscono l'occasione al nostro giudice costituzionale per richiamare (non senza qualche marcatura revisionista) le fondamenta concettuali e di principio della partecipazione italiana al processo di integrazione, prospettando altresì i termini di una composizione possibile del fondamento costituzionale dell'ordinamento dell'Unione e il rispetto dell'identità nazionale (*rectius* costituzionale) ritenuta in grado di scongiurare future situazioni di conflitto.

Il discorso della Consulta è tuttavia rivelatore di una doppiezza di fondo, talvolta disorientante (in cui categoriche affermazioni di principio si risolvono spesso in più morbidi esiti applicativi), che percorre (in misura diversa) tutta l'ordinanza (salvo poi svanire nell'impennata rigorista dei quesiti finali).

Netta è in effetti la posizione della Consulta circa l'inquadramento costituzionale del processo di integrazione europea. Nel solco di una concezione essenzialmente dualista (e in quanto tale in irrisolta tensione con la contrapposta concezione monista della Corte di Giustizia), la legittimazione del processo di integrazione europea, ricorda (*rectius* sancisce) la Corte, poggia nell'ordinamento costituzionale italiano, sul suo essere fisiologicamente condizionato e connaturato dal rispetto dei «principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona» che pertanto, è logico concludere, appartengono al DNA del processo di integrazione, piuttosto che operare tecnicamente quale argine alla penetrazione del diritto europeo nel nostro ordinamento (idea cui il termine «controlimite» parrebbe rinviare)¹⁶.

Trattasi peraltro di ricostruzione che la Corte prospetta – ed è questo uno dei passaggi più interessanti, ma anche insidiosi, dell'ordinanza – non esclusivamente quale declinazione nostrana del processo di integrazione europea (funzionale all'accettazione dello stesso nel nostro ordinamento costituzionale) bensì quale autentico *modus essendi* di un tale processo che troverebbe peraltro riconoscimento nel trattato europeo laddove, all'art. 4.2 TUE, espressamente si richiama il «rispetto» dell'«identità nazionale» degli Stati «insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale». Formula, questa, tutt'altro che inequivoca

¹⁶ Tale termine, d'altronde, non è mai utilizzato dalla Corte nella presente ordinanza (né in verità nelle sentenze storiche che hanno definito l'inquadramento costituzionale della partecipazione italiana al processo di integrazione europea Corte cost. 30/1971; 183/1973; 170/1984). Tale termine, com'è noto, appare esclusivamente nella recente sentenza Corte cost. 138/2014 che interviene, tuttavia, in settore assolutamente diverso.

quanto al suo precipuo oggetto e pertanto alla sua estensione¹⁷, di cui la Corte costituzionale fornisce un'interpretazione teleologicamente orientata al principio di leale cooperazione tra Stati membri ed Unione sancito all'art. 4.3 TUE che, in ragione del rispetto che esso reca con sé quanto al «nucleo di valori su cui si regge lo Stato membro», vedrebbe la formula summenzionata volta ad indicare l'introduzione nella struttura costituzionale dell'Unione quale «ordinamento caratterizzato dal pluralismo» di un «tasso di diversità minimo ma necessario per preservare la identità nazionale» che i suddetti valori esprimerebbero. Lungi dal rappresentare una categoria di esclusivo rilievo interno, la categoria dei «principi supremi dell'ordine costituzionale» di ciascuno Stato membro, acquisirebbe pertanto, per via del richiamo alle identità nazionali iscritto nell'art. 4.2 TUE, altresì una indubbia (seppur indiretta) valenza euro-unitaria.

Il senso del discorso della Corte è chiaro: una tale ricostruzione eliminerebbe *ab origine* ogni rischio di conflitto tra regole europee (discendenti dal primato del diritto dell'Unione) e principi fondamentali dell'identità costituzionale degli Stati membri, laddove l'art. 4.2 TUE, richiedendo il rispetto delle «identità nazionali», implicherebbe che la vincolatività di qualunque regola europea in un certo ordinamento nazionale sarebbe sempre condizionata all'essere la stessa compatibile con la sua identità costituzionale.

La conclusione – inespressa ma logicamente consequenziale – è che una interpretazione del diritto dell'Unione (quale quella data dalla Corte di Giustizia nel caso *Taricco*) che giunga ad intaccare un principio supremo quale, con riguardo all'ordinamento italiano, quello di legalità (comprensivo di tutti i tradizionali sottoprincipi) sarebbe, prima ancora che in contrasto con l'ordinamento costituzionale interno, in contrasto con l'ordinamento costituzionale dell'Unione. Tuttavia, secondo la Consulta, lungi dal rappresentare esclusivamente un parametro di legalità degli atti dell'Unione (oltre che canone interpretativo del diritto europeo primario e secondario), rilevante ai fini del relativo controllo da parte della Corte di Giustizia, l'art. 4.2 TUE escluderebbe in radice l'applicabilità nell'ordinamento di uno Stato membro di un atto 'irrispettoso' della relativa identità nazionale. In sintesi, legittimità costituzionale europea e sostenibilità costituzionale interna coinciderebbero. Nella solu-

¹⁷ Nonostante la centralità della disposizione in esame, questa non ha tuttavia fatto l'oggetto di particolari approfondimenti in dottrina (vd. F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres*, L.G.D.J., 2013. La Corte di Giustizia, d'altronde, non è finora giunta a sancire l'invalidità di una norma europea in ragione di una violazione dell'art. 4.2 TUE.

zione dettata nel caso *Taricco* la Corte di Giustizia non avrebbe correttamente valutato l'impatto della regola posta con l'identità costituzionale della Repubblica italiana (ora chiarito dalla Consulta); in ragione del quale sarebbe logico dedurre la non vincolatività per il giudice italiano della suddetta regola.

Il discorso della Consulta, che nelle prime battute muove in modo piuttosto lineare nel senso di una specularità dell'art. 11 Cost. e dell'art. 4.2 TUE, quali disposizioni indicanti, nel sistema integrato di ordinamenti, la reciproca apertura dell'ordinamento interno (italiano) e dell'Unione, convergendo peraltro entrambe sulla preservazione dell'«identità nazionale» quale fattore costitutivo e valoriale del sistema nel suo complesso¹⁸, rivela tuttavia, nel suo sviluppo, una essenziale ambiguità di fondo, oltre a registrare un'evidente deviazione concettuale. Ambigua è innanzitutto la portata riconosciuta alla nozione di «identità nazionale» che la Consulta parrebbe ritenere nell'assoluta ed esclusiva disponibilità delle autorità nazionali, dinanzi alla quale l'ordinamento dell'Unione, ai sensi dell'art. 4.2 TUE, sarebbe tenuto sempre e comunque a ritrarsi; lettura evidentemente non sostenibile per l'ordinamento eurolunitario che, laddove incontrasse lo sbarramento di qualunque principio costituzionale 'incompatibile', si troverebbe di fatto nell'impossibilità di realizzare i propri obiettivi costituzionali (così rinnegando la sua stessa *ratio essendi*). La deviazione concettuale si registra invece laddove la Corte, dopo aver ricondotto alla necessità di mantenere il «tasso di diversità minimo necessario per preservare le identità nazionali» (imposta dal trattato) il rispetto del «fondamento costituzionale» da cui hanno tratto «origine» i trattati «per volontà degli Stati», ricollega a tali argomenti (che ne rappresenterebbero la *ratio giustificativa*) la categoria delle «tradizioni costituzionali comuni» elevate dalla Corte di Giustizia (prima ancora dell'entrata in vigore dell'art. 6 TUE) a parte integrante il diritto europeo. Se il passaggio dal piano dell'identità costituzionale degli Stati (quando anche introiettata nell'impalcatura costituzionale europea) a quello del fondamento costituzionale dei trattati che dalla prima trarrebbe «origine» può facilmente leggersi in un'ottica (non condivisibile) di fondamentazione del progetto europeo in chiave nazionalistica, l'ancoraggio finale di tale ragionamento alle «tradizioni costituzionali comuni» realizza una problematica confusione di piani tra la questione del «fondamento

¹⁸ Una lettura, questa, condivisibile e convincente, che parrebbe (se non ho frainteso il suo pensiero) muoversi fin qui nel solco della tesi sostenuta da A. RUGGERI, *A difesa della idoneità delle norme eurolunitarie a derogare a norme costituzionali sostanziali e della «europeizzazione dei controlimiti»*, in *I controlimiti*, cit., 486.

costituzionale [...] origine dei trattati» e la «materia costituzionale» che la suddetta categoria senza dubbio rappresenta (costituendo parametro di identificazione dei diritti fondamentali dell'ordinamento eurounitario). Confusione (criticabile) di piani, questa, plausibilmente tesa a ricondurre a tale categoria eurounitaria una più ecumenica questione di compatibilità della «regola *Taricco*» non solo rispetto alla prevedibilità (categoria europea su cui vira l'iniziale valutazione della Consulta in termini di riserva di legge) ma anche rispetto al principio della separazione dei poteri che la stessa Consulta tiene a definire «tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law*» (punto 9), e altresì del sistema europeo (punto 5 *in fine*)¹⁹.

Last ma tutt'altro che *least* l'esito del ragionamento della Corte con riguardo alla questione cruciale del controllo del requisito costituzionale europeo del rispetto dell'identità costituzionale degli Stati²⁰, su cui l'ordinanza parrebbe registrare un (più che condivisibile) cedimento del sovrano strisciante che connota l'intero testo. Lungi dal concludere nel senso di una naturale pertinenza di tale controllo alle autorità nazionali preposte in ciascun ordinamento al controllo di costituzionalità²¹ – soluzione che, in perfetta continuità con il ragionamento fin lì condotto, avrebbe potuto trovare un argomento giuridico forte nella considerazione che il rispetto dell'identità nazionale, nella specifica declinazione del rispetto della «struttura fondamentale politica e costituzionale», include il punto di equilibrio istituzionale interno a ciascun sistema costituzionale concernente il controllo di costituzionalità –, la Consulta conferma di contro una tale competenza in capo alla Corte di Giustizia²²,

¹⁹ Tale problematico passaggio attesterebbe la volontà della Consulta di emanciparsi da un discorso esclusivamente identitario 'interno', quale quello condotto dal *Bundesverfassungsgericht* nel caso *OMT* (BVerfG, sent. 7 febbraio 2014), anche nell'ottica di facilitare l'accettazione della propria posizione da parte della Corte di Giustizia; sul punto, O. POLLICINO, M. BASSINI, *When cooperation means request for clarification, or better for «revisitation»*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2017.

²⁰ Per un'efficace presentazione della questione e rappresentazione del panorama delle opzioni dottrinali, cfr. A. BERNARDI, *Presentazione*, cit., VII ss.

²¹ Proprio ad una tale conclusione giungono di contro, con argomentazioni variamente articolate, V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, da scacco a «Taricco». Note minime all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*, *ivi*, 30 gennaio 2017.

²² Preme sottolineare (come puntualmente fatto da A. RUGGERI, *A difesa della idoneità*, cit., 487-488) che ciò di cui si discute è il controllo circa il rispetto da parte della normativa europea del requisito costituzionale posto dal trattato all'art. 4.2 TUE e relativo al rispetto della «identità nazionale» degli Stati; controllo che in nulla tocca la competenza delle autorità nazionali (cui di contro si aggiunge) preposte in ciascun ordinamento al controllo del rispetto

pur introducendo una competenza sussidiaria delle autorità nazionali, che risulta tuttavia fondata su considerazioni di mera opportunità e, elemento ancora più rilevante, la cui attivazione dipenderebbe da un'iniziativa in tal senso della stessa Corte di Giustizia. Non potendo quest'ultima essere «ulteriormente gravata dell'onere di valutare nel dettaglio se [il diritto dell'Unione] sia compatibile con l'identità costituzionale di ciascuno Stato membro», secondo la Consulta è «ragionevole attendersi che nei casi in cui una tale valutazione sia *di non immediata evidenza il giudice europeo* [...] *rimett[er]e alle autorità nazionali* la verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento». Proprio una tale ipotesi si sarebbe prodotta, secondo la Corte costituzionale, nella sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia nel caso *Taricco*, laddove, valorizzando il richiamo della Corte di Lussemburgo al giudice interno di «verificare che i diritti fondamentali degli imputati siano rispettati», la Consulta indica in tale passaggio la scelta espressa del giudice europeo di demandare agli organi nazionali competenti il controllo di compatibilità della disposta dis-applicazione; lettura di cui la Consulta chiede conferma alla Corte di Giustizia, avendo cura di aggiungere che, laddove dalla stessa condivisa, ciò escluderebbe ogni ragione di contrasto (e il conseguente rigetto della questione di legittimità). Una significativa breccia, quella aperta dalla Consulta nel muro di sbarramento del rispetto delle identità costituzionali, il cui controllo demandato *in primis* alla Corte di Lussemburgo, fornirà plausibilmente alla stessa l'occasione di plasmare una tale nozione in chiave europea, attribuendole una portata logicamente circoscritta al nucleo duro dei principi costituzionali che connotano le scelte di sistema (di struttura e valoriali) di un ordinamento²³, in un'ottica di bilanciamento con il primato del diritto europeo (in termini in qualche misura analoghi a quanto avvenuto negli anni Settanta e Ottanta per es. con i parametri deputati a delineare la nozione di ordine pubblico quale possibile limite alle libertà di circolazione definite dal trattato).

dei principi fondamentali ritenuti intangibili (in sintesi dei relativi controlimiti) e pertanto, in ultima analisi, alla tutela della identità costituzionale dell'ordinamento in cui operano. Non ci si scontrerebbe quindi con il «paradosso» di una esternalizzazione della salvaguardia della identità nazionale paventata da V. MANES, *op. ult. cit.*, 9; C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Rivista AIC*, 3/2016, 18 luglio 2016.

²³ Tale approccio risulterebbe in verità il più congruente anche rispetto all'attuale situazione interna dei sistemi costituzionali nazionali e al progressivo indebolimento della categoria dei controlimiti conseguente allo speculare processo di rafforzamento garantistico dell'ordinamento dell'Unione; così R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e «controlimiti» costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2016.

4. Quoque tu? *Legalità penale e ruolo del giudice nazionale*

Chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della «regola *Taricco*» (*rectius* della legge italiana di ratifica del Trattato di Lisbona nella parte relativa all'art. 325 TFUE su cui poggia una tale regola nell'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia) con un ampio ventaglio di parametri costituzionali – artt. 3, 11, 24, 25 secondo comma, 27, terzo comma e 101, secondo comma Cost., quali individuati in particolare nell'ordinanza di rimessione della III sezione della Corte di Cassazione²⁴ –, è in particolare sul possibile conflitto con il principio di legalità che la Corte costituzionale dichiara di voler incentrare l'ordinanza. Una scelta, questa, non meramente espressiva di una volontà di perimetrazione dell'ambito delle questioni da porre alla Corte di Giustizia, ma funzionale agli specifici obiettivi perseguiti dalla Consulta con l'ordinanza di rinvio.

Se, di primo acchito, una tale scelta parrebbe riflettere quasi una marginalizzazione dei parametri costituzionali diversi dall'art. 25 Cost., il discorso sviluppato dalla Corte costituzionale mostra invero di voler andare ben oltre, con un approccio ad ampio raggio delle istanze garantistiche sottese alla legalità penale che introietta in particolare, oltre all'art. 11 Cost., soprattutto il parametro dell'art. 101 Cost. Più precisamente, la stessa definizione dei contenuti della legalità penale data *in incipit* dell'ordinanza, e specialmente l'espressa qualificazione come «esclusiva» della competenza del legislatore quanto alle «scelte relative al regime della punibilità», da effettuarsi attraverso «norme sufficientemente determinate e applicabili solo a fatti commessi quando esse erano già in vigore», lascia emergere come un tale principio sia dalla Corte considerato prima ancora che nella sua dimensione soggettiva, facente leva sui profili della tassatività/prevedibilità e dell'irretroattività, nella sua dimensione oggettiva più direttamente espressione dell'anima storico-politica del principio quale declinazione giuridico-penalistica del principio della divisione dei poteri²⁵.

Il discorso sulla determinatezza della norma, quale limite alla discrezionalità giudiziaria, diventa dunque occasione per ribadire il limitrofo principio della soggezione del giudice alla legge che la Corte espressamente indica come principio ispiratore non solo dell'ordina-

²⁴ Cass. pen., sez. III, ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346.

²⁵ Trattasi peraltro di principio che la Consulta indica come cardine del sistema italiano nel suo complesso, affermandone la rilevanza anche nella materia processuale; sul punto, cfr. A. BERNARDI, *La Corte costituzionale nel caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, in *Quaderni cost.*, 2017, 109; F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla «Taricco»: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. proc.*, 2017.

mento italiano ma anche europeo²⁶, giungendo financo a prospettare che esso (e a monte il principio di separazione dei poteri) rientri tra i contenuti dell'art. 49 Carta UE (in ragione del «largo consenso diffuso tra gli Stati membri», che ne farebbe espressione di un *trend* prevalente e come tale rispondente al canone della *better law* identificativo della categoria dei diritti fondamentali), facendo così emergere un possibile profilo di tensione che, in ragione della sua essenziale indeterminatezza, la «regola *Taricco*» presenterebbe con la stessa Carta UE; profilo sul quale infatti la Consulta chiede alla Corte europea di pronunciarsi²⁷.

Prima ancora che al giudice di Lussemburgo – che, orientato di fatto ad una dimensione sostanzialistica, si mostra non particolarmente sensibile al primato della legalità formale –, la Consulta lancia un monito al giudice interno rispetto ai sempre più concreti rischi di deriva creatrice della giurisprudenza. I casi sempre più numerosi di non applicazione della disciplina interna ritenuta dal giudice, con argomenti non sempre pienamente convincenti o compiutamente sviluppati, incompatibile con il diritto europeo; le forme più o meno spinte di interpretazione conforme; il vistoso incremento registratosi nel panorama giudiziario italiano di rinvii pregiudiziali *in malam partem*, recanti un impiego in varie forme abusivo di tale strumento (ipotesi che trova riscontro, secondo giudizio pressoché unanime, con riguardo a quanto avvenuto nel caso *Taricco*) hanno verosimilmente ispirato una tale scelta della Consulta che pertanto coglie l'occasione per affrontare la spinosa ma attualissima questione del rapporto tra legge e giudice²⁸. Al crocevia di complesse dinamiche che hanno significativamente ri-definito il rapporto tra legge formale e interpretazione (con problematiche ripercussioni in sistemi quali il nostro, tradizionalmente improntati ad una concezione forte di riserva di legge e alla centralità della legge-fonte)²⁹ – e tra queste, in modo particolare, proprio la dinamica originata dal processo di integrazione europea, che lo vede, in qualità di giudice ordinario europeo, veicolo priori-

²⁶ Punto 5 *in fine*.

²⁷ Punto 9.

²⁸ Per un'efficace sintesi, cfr. A. BERNARDI, *Presentazione*, cit., LXXVII ss.

²⁹ Sul punto, cfr. F. PALAZZO *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell'attuale momento storico*, in *Ars interpretandi*, 2015, 78. Si vedano altresì i contributi raccolti nel numero monografico di *Questione giustizia* n. 4/2016, tra i quali in particolare il contributo di L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, 13 ss. Merita di esser rilevato come la posizione critica dell'autore si accompagni tuttavia da una peculiare perimetrazione della questione che poggia su una nozione di «legge» in alcun modo limitata alla legge dello Stato ma di contro sinonimo di «norma generale ed astratta che assicuri prevedibilità dei presupposti ed effetti» così da assicurare il paradigma garantistico tramandato dalla tradizione illuministica e rappresentato dalla predeterminazione della decisione giudiziale.

tario del diritto europeo nel contesto ordinamentale interno, e in tale suo ruolo gravato da precisi obblighi (interpretazione conforme, dis-applicazione) in vista dell'efficace attuazione del diritto dell'Unione –, il giudice comune (parrebbe voler sottolineare la Corte) si pone quale elemento al tempo stesso di saldatura (e tenuta) del sistema integrato di ordinamenti ma anche di possibile rottura (degli equilibri) dell'ordinamento interno in cui esso opera, laddove assolvesse a tale suo ruolo esorbitando i limiti fisiologici della funzione allo stesso attribuita. Un rischio di deriva, questo, che non troverebbe più alcun argine in ragione della sostanziale estromissione della Corte costituzionale resa possibile dal controllo diffuso di costituzionalità sotteso al concreto esercizio delle prerogative del giudice comune quali scaturenti dall'ordinamento europeo. In scoperta denuncia a tale *status quo*, il richiamo ricorrente nell'ordinanza alla esclusività del controllo di costituzionalità da parte del giudice delle leggi – *sub specie* di controllo del rispetto dei controlimiti – esprime la decisa rivendicazione della Corte costituzionale del proprio ruolo sommitale di garanzia nel controllo ultimo della compatibilità degli esiti del processo di integrazione europea con i principi fondamentali del nostro sistema (controllo la cui attivazione continua pur sempre a riposare sulla sensibilità degli stessi giudici cui spetta l'individuazione dei concreti profili di incostituzionalità su cui chiedere l'intervento della Consulta). Solo indirettamente un monito parrebbe indirizzato anche alla Corte di Giustizia laddove la stessa, nel perseguimento del generale obiettivo di efficacia del diritto europeo, è ritenuta approfittarsi dell'interlocuzione privilegiata con il giudice nazionale, assecondando iniziative più o meno ardimentose (e strumentali) dei giudici interni.

Che il *focus* dell'ordinanza sia anche (se non soprattutto) il ruolo del giudice, al tempo stesso declinazione degli equilibri costituzionali espressione dell'identità costituzionale italiana, e veicolo delle dinamiche del processo di integrazione europea, parrebbe d'altronde trovare conferma non solo nelle affermazioni relative alla riconosciuta autonomia ed efficacia vincolante del diritto europeo (e dell'interpretazione che di questo dà la Corte di Giustizia), ma altresì nella selezione dei peculiari profili della legalità penale rispetto ai quali la Consulta denuncia i possibili elementi di tensione con la soluzione dettata nella sentenza *Taricco*.

Quanto al primo aspetto, dichiarando di non mettere in alcun modo in discussione l'effetto diretto riconosciuto dalla Corte di Lussemburgo

³⁰ Tale ricostruzione consente alla Corte di ricondurre la vicenda *Taricco* nel solco della giurisprudenza europea fin qui consolidata che vede preclusi eventuali effetti espansivi dell'ambito del penalmente rilevante ad opera di una norma europea (in ragione del principio di legalità, e a monte, dell'assenza di una diretta competenza penale dell'Unione).

all'art. 325 TFUE, e ribadendo altresì la vincolatività degli obblighi che da una tale interpretazione discendono per il legislatore italiano (di cui non si esclude una eventuale responsabilità laddove, anche in ragione della contestata disciplina prescrizionale, la tutela delle finanze europee risultasse inadeguata), la Consulta circoscrive gli effetti del perseguito sbarramento all'ingresso nel nostro sistema della «regola *Taricco*» esclusivamente all'obbligo di diretta disapplicazione della normativa interna incompatibile ad opera del giudice ordinario (con ciò tuttavia scindendo effetto diretto e diretta applicabilità considerati profili inscindibili nell'ottica dell'ordinamento euro unitario³⁰), laddove una tale disapplicazione produca un insanabile contrasto con le garanzie della legalità penale. Tra queste – e qui entra in gioco il secondo profilo – ad essere illuminata dal discorso della Consulta non è la questione della possibile retroattività *in malam partem* (questione pressoché estromessa dall'ordinanza) ma la (eventuale) carenza di tassatività e determinatezza della regola europea (da cui discenderebbe l'obbligo di non applicazione), regola europea di cui la Consulta non limita né tanto meno esclude, in linea generale, l'idoneità ad esprimere un preciso obbligo di non applicazione per il giudice interno (anche laddove promanante non da una norma scritta ma da fonte giurisprudenziale), giungendo ad affermare che «la legge nazionale *possa e debba* essere disapplicata se ciò è prescritto in casi specifici dalla normativa europea»³¹.

5. *Rilevanza meramente interna o rilevanza europea della prescrizione? Lo snodo dell'art. 53 Carta UE*

All'origine della tenzone, la disciplina degli atti interruttivi della prescrizione rimane in verità assolutamente ai margini dell'ordinanza. Gli artt. 160 ultimo comma, e 161 secondo comma c.p., richiamati nell'esposizione iniziale delle questioni pendenti dinnanzi ai giudici *a quibus*, non vengono fatti oggetto di alcuna specifica indagine da parte della Consulta. La ragione appare chiara: riaffermata la natura sostanziale dell'istituto e la conseguente afferenza dello stesso, senza eccezioni o distinzioni, alla copertura garantistica della legalità penale – questione che il nostro giudice costituzionale liquida peraltro sbrigativamente rinviando alla propria consolidata giurisprudenza (e da ultimo alla sentenza 143/2014) –, la Consulta può agevolmente svincolarsi dalla scomoda posizione di un discorso identitario (proprio di ogni ragionamento sulla possibilità di at-

³¹ Punto 5, *in fine*.

tivazione dei controlimiti) ancorato alla più che controversa (all'estero e in patria) disciplina prescizionale. Ricondotta unitariamente sotto l'ombrello garantistico della legalità costituzionale, è su quest'ultima, quale monoblocco intangibile di diritti, che la Consulta impernia le proprie stringenti considerazioni circa le possibili tensioni con la soluzione dettata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Taricco*, concludendo, com'è noto, nel senso della prevalenza della più ampia dimensione garantistica della legalità costituzionale rispetto a quella della legalità europea quale fissata all'art. 49 Carta UE. Scelta, questa, certamente astuta che consente al giudice costituzionale di sottrarsi a ragionamenti complessi e ad articolate prese di posizione sulle sollecitazioni da più parti provenienti circa una possibile scomponibilità della relativa disciplina ed una conseguente flessibilizzazione delle istanze garantistiche della legalità a questa riferibili³². Scelta, tuttavia, il cui esito poggia su due presupposti tanto indefettibili quanto scarsamente illuminati e/o non convincentemente argomentati.

Presupposto implicito dell'asserita prevalenza della legalità penale interna sulla legalità europea, in alcun modo giustificato dalla Consulta, è innanzitutto la considerazione complessiva e indistinta dei più ampi contenuti della legalità costituzionale come riconducibili in blocco alla categoria dei «principi supremi dell'ordinamento e diritti inalienabili della persona», e come tali inviolabili, senza margine alcuno di bilanciabilità (cedevolezza) che solo potrebbe discendere, con riguardo a specifiche articolazioni ed oggetti, dalla considerazione della stessa come principio³³. Tale assunto mostra invero di rifiutare ogni possibile differenza tra legalità *quale principio generale* del diritto penale, e legalità *quale diritto fondamentale*, escludendo pertanto ogni possibile legittima sfasatura tra l'ambito applicativo del *nullum crimen* europeo, cui rimarrebbe estranea la disciplina prescizionale (o per lo meno quel profilo della stessa, chiamato in causa nell'*affaire Taricco*, e relativo alla durata complessiva in caso di atti interruttivi), e l'ambito della legalità penale comprensiva di contro di una tale disciplina (ma non necessariamente *in toto* espressione dell'identità costituzionale dell'ordinamento italiano). Alla luce del discorso della Consulta rimane quindi preclusa ogni possibilità di differente articolazione e concreta attuazione delle garanzie costituzionali della legalità volta a riflettere una oggettiva differenza qualitativa tra nu-

³² Per una tale posizione, cfr. P. FARAGUNA, P. PERINI, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza «Taricco» alla prova dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2016.

³³ Nel senso della bilanciabilità di profili della legalità non rientranti nel relativo nocciolo duro, cfr. L. PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco*, cit., 415.

cleo duro del precetto – cioè la predeterminazione di ciò che costituisce reato e la risposta sanzionatoria per questo prevista – ed altre componenti della punibilità. Posizione intransigente, questa, che assumendo come ineluttabile la competizione – e la conseguente esclusione di ogni possibile composizione – tra legalità penale costituzionale e legalità europea erge un bastione insormontabile a tutela di uno *status quo* costituzionale preclusivo di qualunque margine di flessibilizzazione e pertanto della possibilità di individuazione di un punto di incontro con la posizione del giudice europeo.

Al summenzionato presupposto implicito si aggiunge poi, quale presupposto di contro esplicito, e altresì passaggio cruciale del ragionamento della Consulta, la considerazione della prescrizione quale questione «non riguardante direttamente le competenze dell'Unione» (e per tale ragione, sostiene la Consulta, non necessitante alcun intervento di armonizzazione), e la conseguente natura «esterna» al diritto eurounitario della qualificazione della stessa come istituto afferente al diritto penale sostanziale. Chiave di volta del *distinguishing* operato dalla Consulta rispetto al caso oggetto della sentenza pronunciata dalla Corte di Lussemburgo nel caso *Melloni*³⁴ – in cui la stessa ha escluso, com'è noto, che la differente ampiezza di tutela riconosciuta (dall'ordinamento dell'Unione e dall'ordinamento costituzionale spagnolo) in ambiti afferenti alla disciplina comune del mandato d'arresto europeo, rientrasse nell'ambito di operatività dell'art. 53 Carta UE, recante un possibile cedimento del primato del diritto europeo in ossequio alla più intensa tutela di un diritto fondamentale nell'ordinamento costituzionale di uno Stato membro – il (presunto) carattere «esterno» al diritto dell'Unione e la naturale riconducibilità all'esclusiva competenza di ciascuno Stato, collocherebbe di contro la prescrizione nell'ambito di operatività del principio della miglior tutela sancito all'art. 53 Carta UE, consentendo alla legalità costituzionale di prevalere sulla esclusione della stessa dall'ambito dell'art. 49 Carta UE.

L'asserito carattere «esterno» al diritto dell'Unione della qualificazione come sostanziale o processuale della prescrizione, che la Consulta puntella alla differenza ritenuta sussistere con la situazione oggetto dell'*affaire Melloni*, è tuttavia argomento assolutamente debole. Se nella decisione della Corte di Lussemburgo nel caso *Melloni* (al di là dell'apparente esclusività del riferimento al principio del primato), l'esclusione della flessibilità 'verso l'alto' della tutela, sancita all'art. 53 Carta UE, trova in effetti la sua giustificazione nell'esistenza di un'articolata disci-

³⁴ Corte di giustizia, sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11.

plina comune (quella relativa al mandato d'arresto europeo), recante disposizioni specifiche relative alla tutela dei diritti (pienamente conformi alla Carta e su cui tutti gli Stati hanno espresso il loro consenso)³⁵, l'assenza di un tale requisito nel caso della prescrizione, istituto non fatto oggetto (finora) di alcuna armonizzazione³⁶, non può in alcun modo portare a concludere nel senso di una estraneità della disciplina interna di tale materia rispetto all'ordinamento europeo. L'esistenza di una disciplina comune risulta invero necessaria nel caso *Melloni* avendo questo ad oggetto il settore normativo della cooperazione giudiziaria tra Stati. Così di contro non sarebbe nel caso *Taricco* dove la causa del contendere, la tutela degli interessi finanziari, costituisce il cuore delle competenze proprie dell'ordinamento dell'Unione³⁷, in relazione al quale la concezione funzionalista sottesa alle dinamiche del diritto europeo conduce di contro a considerare *rilevante* ogni questione che possa comunque avere l'effetto di incidere negativamente sull'efficacia del diritto eurounitario. Pur cogliendo nel segno, pertanto, l'affermazione della Consulta relativamente alla non sussistenza di una competenza *diretta* dell'Unione nella materia in esame (come peraltro si ritiene in genere relativamente agli istituti di parte generale, con riguardo ai quali, tuttavia, interventi di armonizzazione devono ritenersi comunque legittimi laddove essi non costituiscano l'oggetto esclusivo dell'intervento normativo europeo ma si inseriscano nell'ambito di un testo che abbia ad oggetto uno dei settori elencati all'art. 83 TFUE) – e quanto ne consegue circa il fatto che l'istituto della prescrizione «non riguarda *direttamente* la competenza UE» –, ciò non comporta tuttavia l'automatica *indifferenza* per l'ordinamento dell'Unione della disciplina interna della prescrizione (e il possibile interesse ad una armonizzazione della stessa onde assicurare la necessaria

³⁵ A quanto detto nel testo deve altresì aggiungersi la considerazione della particolare 'natura' del MAE, strumento emblematico del mutuo riconoscimento che vede proprio la sua ragion d'essere nell'accettazione da parte degli Stati di differenze di disciplina anche relative ad aspetti cruciali purché rispettose di un nucleo garantistico comune, rappresentato dalla Carta nonché dagli *standards* garantistici fissati dalla specifica disciplina; cosicché ritenere incondizionatamente operante anche in questo caso il principio di tutela più avanzata minerebbe alle radici la *ratio* del mutuo riconoscimento. Sul punto, sia consentito il rinvio a R. SICURELLA, *Du mal peut-il venir le bien? Les droits fondamentaux «nouvelle» voie pour l'identité européenne dans l'ère de la crise*, in *Humanisme et Justice*, Melanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage, Parigi, 2016, 989-990.

³⁶ Una prima iniziativa di armonizzazione della disciplina prescrizionale si rinviene tuttavia proprio nel testo della proposta di direttiva sulla protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione (art. 12), su cui, come accennato, è stato già raggiunto l'accordo politico.

³⁷ Su tale argomento, cfr. anche M. CAIANIELLO, *L'ordinanza di rinvio della Corte costituzionale nel caso Taricco: dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in questo *Volume*, § 7; nonché *ivi*, R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale*, cit., § 4.

omogeneità della risposta repressiva alle più significative offese agli interessi finanziari dell'Unione). Pur rimanendo il nostro ordinamento libero di qualificare l'istituto della prescrizione come istituto di diritto sostanziale, la rilevanza (anche) europea della stessa potrebbe comportare un parziale sbarramento al prodursi delle conseguenze proprie di una tale qualificazione (allorquando queste si trovino a confrontarsi con contrapposte esigenze di tutela proprie dell'ordinamento eurounitario).

6. *Qualche spunto di riflessione in attesa di Taricco II: guardando all'Europa...*

La sensibilità delle questioni sollevate dall'ordinanza in esame, sul piano strettamente giuridico e altresì su quello *lato sensu* politico, nonché la complessità e mutevolezza degli scenari, mi inducono ad evitare di formulare qualunque pronostico circa le risposte che la Corte di Giustizia si risolverà a fornire ai quesiti posti³⁸. L'attuale momento di debolezza della costruzione europea, e altresì la consapevolezza della diffusa insofferenza delle giurisdizioni costituzionali alla sua più recente giurisprudenza, e il più o meno marcato nazionalismo che ispira le prese di posizioni di queste ultime con riguardo al processo di integrazione europea, condurrà probabilmente la Corte europea ad evitare toni ultimativi.

Acquisito l'effetto diretto dell'art. 325 TFUE (obiettivo prioritario della Corte di Lussemburgo nella sentenza *Taricco*, non contestato dalla Consulta), e la relativa vincolatività *pro futuro*, è immaginabile che la Corte di Giustizia proverà in parte a neutralizzare i quesiti posti, ricentrandolo alcune delle questioni sollevate³⁹; o riformulando – senza tuttavia denunciare espressamente alcuna correzione – alcuni dei passaggi più controversi della propria precedente decisione⁴⁰; o infine ribadendo

³⁸ Per un'efficace panoramica delle possibili soluzioni, cfr. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco»*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017.

³⁹ Tale scelta parrebbe imporsi con riguardo al terzo quesito, il più penetrante ed ultimativo.

⁴⁰ È quanto potrebbe configurarsi, in particolare, con riguardo al primo quesito, laddove alla contestata indeterminazione della «regola *Taricco*», la Corte di Lussemburgo potrebbe implicitamente rispondere ribadendo la propria posizione quale espressa nella precedente sentenza, ma di fatto integrata da un apporto chiarificatore, quale innanzitutto un esplicito richiamo alla nozione di «frode grave» contenuta all'art. 2 della Convenzione Pif (già vincolante per gli Stati membri, e più volte menzionata nella prima parte della sentenza, sebbene certamente non esaustiva, in termini assoluti, delle esigenze di determinatezza della norma penale), e la ri-lettura della discussa espressione impiegata per indicare l'ambito della valutazione richiesta al giudice circa l'adeguatezza della normativa interna contestata «in un numero considerevole di casi» tale da risolvere l'indeterminatezza della regola che il giudice

l'ampia discrezionalità riconosciuta dall'ordinamento europeo, in ragione del principio di autonomia procedurale⁴¹, agli ordinamenti nazionali. Alla luce di un tale principio, a fronte degli obblighi sanciti dal diritto dell'Unione (inclusivo delle sentenze della Corte di Lussemburgo), spetta alle autorità nazionali, ciascuna nei propri ambiti di competenza, l'individuazione delle forme atte a consentire il soddisfacimento degli interessi promananti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (la cui concreta idoneità potrà essere vagliata dal giudice europeo)⁴²; con ciò più chiaramente illuminando quanto già iscritto nella sentenza *Taricco* che, lungi dal sancire un obbligo di automatica non applicazione della normativa interna controversa, demanda allo stesso non solo la valutazione dell'incompatibilità di tale normativa in termini di effettività e di equivalenza della tutela assicurata, ma altresì la complessiva valutazione circa la compatibilità della soluzione che da una tale non applicazione discenderebbe (laddove la normativa in questione sia stata riconosciuta come effettivamente inottemperante all'obbligo di adeguatezza/equivalenza della tutela) con l'obbligo di tutela dei diritti fondamentali dell'imputato, scaturente anch'esso dall'ordinamento europeo⁴³.

interno è chiamato ad applicare. La soluzione di riferire tale espressione alla specifica vicenda processuale dinnanzi al sigolo giudice – soluzione che parrebbe essere stata seguita dalla Corte di Cassazione (Cass. pen. III, 17 marzo 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210/16) e prospettata anche da parte della dottrina, v. L. PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco*, cit., 438, nt. 51) – si confermerebbe comunque insoddisfacente per D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 232-233, per il fatto di mantenere in capo al giudice un giudizio di tipo valutativo, e più precisamente una valutazione di adeguatezza della normativa penale (seppur con spettro più limitato), risultando pertanto inidonea a superare completamente le denunciate tensioni rispetto al principio di separazione dei poteri.

⁴¹ Principio di origine giurisprudenziale enucleato dalla Corte di Lussemburgo a partire da alcune storiche sentenze, tra le quali, Corte di giust. 16 dicembre 1976, *Rewe*, causa C-33/76, *Racc.*, 1989 ss. (punto 5); Corte di giust. 16 dicembre 1976, *Comet*, C-45/76, *Racc.*, I-2043 ss. (in particolare punti 12, 13, 15).

⁴² Sul punto, si vedano le considerazioni svolte da G. VITALE, *La sentenza Taricco della Corte di giustizia tra effetti diretti delle norme del Trattato ed autonomia procedurale degli Stati membri*, in R. SICURELLA (a cura di), *Così lontana, così vicina*, cit.

⁴³ L'ipotesi di un *revirement* della Corte di Lussemburgo sul punto della non riconducibilità della prescrizione all'art. 49 Carta UE, pur certamente non preclusa, appare tuttavia poco plausibile. In effetti, potrebbe in teoria prospettarsi, analogamente a quanto avvenuto, con riguardo alla retroattività favorevole, nella sentenza pronunciata nel caso *Berlusconi* (Corte di giustizia (Grande sezione), sent. 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02) il superamento da parte della Corte di giustizia della posizione fin qui assunta, e piattamente plasmata sulla giurisprudenza della Corte EDU (ed anzi su una lettura riduttiva di tale giurisprudenza), e l'introduzione di una valutazione dell'istituto della prescrizione alla luce dei «criteri *Engels*», con ciò aprendo alla possibilità che alcuni profili della stessa possano infine risultare riconducibili alle nozioni di «reato» o «pena» e pertanto coperti dall'ombrello garanti-

Qualunque sarà la posizione che la Corte di Lussemburgo riterrà di assumere rispetto all'ordinanza della Consulta, la centralità delle questioni sollevate chiama il giudice europeo ad una seria considerazione della posta in gioco allo stadio in cui è oggi giunto il processo di integrazione europea, laddove in particolare questo interessi la materia penale. In particolare, la tematica della tutela dei diritti fondamentali su cui ha finito per essere focalizzata la vicenda *Taricco*, da molti letta in chiave antagonista secondo uno schema «efficacia (del diritto eurounitario) v. garanzie (dell'individuo)» – e nella quale la pronuncia della Corte avrebbe sancito la indiscussa prevalenza della dinamica prevaricatrice del primato del diritto europeo –, dovrebbe essere oggetto di un intervento chiarificatore in grado di ricondurre la presente vicenda (e più in generale ogni vicenda espressione delle dinamiche sottese all'efficacia e al primato del diritto dell'Unione) ad un assetto dell'ordinamento europeo espressione di un compiuto equilibrio tra efficacia e garanzie. Un tale irrinunciabile passaggio, tuttavia, lungi dall'imporre un 'ritorno al passato' – e il recupero della (in verità scarsamente tranquillizzante) paratia dell'impossibilità per norme europee, indipendentemente da una legge interna di attuazione, di istituire o aggravare la responsabilità penale del singolo (anche in ragione della non applicazione di una normativa interna incompatibile e l'espansione di altra disciplina interna con effetti deteriori per l'imputato)⁴⁴,– esige di contro un deciso scatto in avanti. Questo potrebbe essere garantito nel presente caso dalla Corte di Giustizia a par-

stico dell'art. 49 Carta UE. Tuttavia, oltre a dover considerare la possibilità che proprio i profili della disciplina prescrizione oggetto dell'*affaire Taricco* non vengano comunque considerati coperti, non vi è chi non veda la peculiarità della situazione attuale in cui la Corte di Lussemburgo, diversamente da quanto avvenuto nel caso *Berlusconi*, dovrebbe tornare sui passi di una propria espressa posizione. Viceversa, plausibile appare una precisazione da parte della Corte di Giustizia relativamente a profili dell'art. 49 Carta UE ulteriori rispetto all'irretroattività, e *in primis* relativamente alla determinatezza della norma (che potrebbe concorrere a ridimensionare la tensione provocata nel nostro ordinamento dalla «regola *Taricco*» escludendo l'obbligo di disapplicazione in presenza di norme non sufficientemente determinate).

⁴⁴ È l'assenza di una tale paratia, e la chiara affermazione dell'obbligo per il giudice di non applicazione della normativa interna che lo stesso dovesse riscontrare essere incompatibile, la differenza cruciale con quel filone giurisprudenziale (Corte di giustizia, sent. 25 giugno 1997, *Tombesi*, cause riunite C-304/94, C-330/94, C-342/94, C-224/95; Corte di giustizia, sent. 11 novembre 2004, *Niselli*, causa C-457/02; Corte di giustizia (Grande sezione), sent. 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi*) nel quale erano in verità visibili segni di un potenziale effetto *in malam partem* dell'impatto del diritto penale europeo negli ordinamenti interni. Fondata sull'originaria incompetenza dell'ente sovranazionale in materia penale, la suddetta paratia risulterebbe peraltro fortemente indebolita dall'intervenuto riconoscimento di una (seppur parziale) competenza dell'Unione in materia penale in grado di spiegare una sorta di indiretta legittimazione di tali forme (particolarmente intrusive) di incidenza del diritto europeo.

tire da una (auspicabile) esplicitazione ‘in chiave europea’ dell’espreso richiamo dalla stessa rivolto al giudice quanto alla verifica dell’effettivo rispetto dei «diritti fondamentali dell’imputato»⁴⁵ – inequivocabilmente posto dalla Corte quale condizione alla vincolatività per il giudice dell’obbligo di non applicazione della normativa interna risultata inadeguata –, nel senso di ritenere così richiamati non i *diritti fondamentali del nostro ordinamento costituzionale* (come ora prospettato dalla Consulta) ma i *diritti fondamentali dell’ordinamento dell’Unione*.

Riflettendo un mutato atteggiamento della Corte europea già riscontrabile nella decisione dalla stessa assunta nel caso *Melloni* – e in particolare la maturata consapevolezza della Corte di Lussemburgo circa l’venuto consolidamento di una adeguata dimensione di tutela di tali diritti nell’ambito dell’ordinamento eurounitario, con conseguente progressivo superamento della tradizionale dipendenza rispetto agli ordinamenti nazionali che ha connotato le origini di una tale dimensione dell’ordinamento europeo⁴⁶ –, la prevalenza del diritto eurounitario risulterebbe poggiare nella sentenza *Taricco* sulla effettiva sussistenza di un quadro garantistico a livello dell’ordinamento europeo in cui le specifiche posizioni degli imputati nei giudizi pendenti dinnanzi ai giudici *a quibus* troverebbero adeguata copertura. Più precisamente, nel caso in esame, la summenzionata lettura vedrebbe il (possibile) recupero di istanze potenzialmente affievolite dal mancato riconoscimento dell’applicabilità dell’art. 49 Carta UE attraverso la considerazione di altri diritti in questa sanciti quali quelli afferenti al giusto processo e alla equa trattazione della causa, attraverso i quali il singolo potrebbe vedere tutelato l’affidamento nel fatto che lo Stato non modifichi le regole che presiedono in generale alle condizioni di rilevanza e di trattamento della tale punibilità. In ragione di una tale ricostruzione, la sfasatura tra legalità europea, non inclusiva della prescrizione, e legalità penale interna, ritenuta di contro abbracciarla (pur non escludendo la possibilità che laddove quest’ultima sia ‘eccedente’ possa, a certe precise condizioni, risultare cedevole e bilanciabile), potrebbe tuttavia nel caso concreto escludere la problematica retroattività sfavorevole degli effetti della pronuncia⁴⁷.

⁴⁵ Trattasi peraltro di richiamo tutt’altro che di maniera, che la Corte ha cura di concretizzare facendo espreso riferimento alla delicatezza delle conseguenze di una eventuale non applicazione della disciplina nostrana in materia di prescrizione che potrebbe vedere condannati soggetti che con ogni probabilità non lo sarebbero stati in caso di applicazione delle norme risultate incompatibili con il diritto europeo.

⁴⁶ Per più ampie considerazioni, sia consentito rinviare a R. SICURELLA, *Introduzione*, cit.

⁴⁷ In particolare, attraverso un tale percorso si potrebbe plausibilmente giungere ad escludere l’applicazione della «regola *Taricco*» agli imputati per fatti pregressi rispetto alla

Nella prospettiva qui delineata, lungi dal sancire la definitiva rottura dell'argine garantistico in passato assicurato dall'esclusione nel caso concreto dell'effettiva disapplicazione, aprendo così le porte ad un'incondizionata affermazione dell'imperativo dell'effettività del diritto eurounitario (e della adeguatezza della tutela degli interessi di cui questo è portatore), la posizione della Corte di Lussemburgo nel caso *Taricco* giungerebbe infine a segnare la scelta in favore di una ri-costruzione di tale argine su fondamenta non più nazionali ma propriamente europee. Al ri-centramento sui diritti (*rectius* sul necessario equilibrio con la dimensione dei diritti) della generale tematica dell'efficacia del diritto dell'Unione, si accompagnerebbe altresì l'impulso ad un pieno sviluppo (ad oggi mancato) delle potenzialità applicative della Carta e il rafforzamento delle garanzie in essa iscritte, con l'auspicabile esito di un complessivo miglioramento garantistico dell'intero sistema integrato di ordinamenti sulla base di standard comuni di tutela⁴⁸.

7. ...e a casa nostra

La centralità e delicatezza delle molte questioni in gioco, fin qui esaminate dalla specifica angolatura dei rapporti tra ordinamento costituzionale e ordinamento europeo, sollecitano in verità una rinnovata riflessione anche su quella che potrebbe definirsi la rilevanza interna delle stesse. In particolare, non credo ci si possa sottrarre ad un'attenta considerazione della fisionomia della legalità penale che dalle affermazioni della Consulta emerge quale attualizzazione a tutto tondo del relativo paradigma (in tutte le sue possibili declinazioni e manifestazioni), con ciò che ne consegue sul piano interno circa l'assetto del sistema delle fonti.

In verità, a fronte delle molte e significative evoluzioni dell'assetto istituzionale e costituzionale europeo, in particolare a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, risulta alquanto stonata la 'fissità' del paradigma della legalità quale posto *in incipit* dell'ordinanza, facente espresso riferimento ad una «esclusività» delle competenze del legislatore (interno), rispetto al ri-definito orizzonte ordinamentale e alle conseguenze di questo sul sistema delle fonti. Un impatto, questo, che la Consulta peraltro non parrebbe rifiutare in sé laddove, come prima segna-

pubblicazione della sentenza della Corte nel caso *Taricco*, con conseguente limitazione *pro futuro* della soluzione dalla stessa sancita (in linea pertanto con quanto auspicato, da A. RUGGERI, *La Consulta espone ma non oppone i controlimiti*, cit., 87.

⁴⁸In questo senso interpreto la sollecitazione di F. VIGANÒ, *Le parole*, cit., 1, a difendere i diritti «in Europa e con l'Europa; non contro l'Europa».

lato, la stessa non muove alcuna obiezione all'obbligo che potrebbe venire al giudice interno di non applicare una normativa interna incompatibile rispetto ad una regola fissata dalla Corte di Lussemburgo purché comunque rispettosa dei canoni della tassatività (e limitatamente ai fatti commessi successivamente alla decisione da cui una tale regola promani, dovendo, pur nel silenzio della Consulta sul punto, escludere la possibilità di una retroattività sfavorevole); con ciò di fatto riconoscendo (almeno *prima facie*) la legittimità di un'integrazione giurisprudenziale della norma scritta e il conseguente cedimento sul corollario della riserva di legge, sotto il duplice profilo della *lex scripta* e della relativa origine esclusivamente interna della stessa⁴⁹.

Sul punto l'ordinanza presenta in effetti una criticabile ambiguità. Certamente non sfugge il chiaro intento della Consulta a 'legare a doppio filo' legalità costituzionale e legalità europea, in un discorso dove il *focus* sulla determinatezza della norma consente alla stessa di incardinare la propria analisi sui concetti della prevedibilità, da un lato, e della tutela del singolo dall'arbitrio del giudice, dall'altro, entrambi riconducibili in astratto anche alla legalità europea, ed espressione delle tradizioni costituzionali comuni; risultando pertanto logico e consequenziale per la stessa Consulta rilanciare la palla nel campo della Corte di Giustizia chiedendo a questa una verifica della «regola *Taricco*» relativamente al rispetto dell'art. 49 Carta UE sotto il profilo della carente determinatezza della norma europea (l'art. 325 TFUE nei contenuti a questo attribuiti nella sentenza *Taricco*).

Il ricorso da parte della Consulta a tali categorie concettuali non si accompagna tuttavia ad una chiara rilettura in chiave europea del paradigma della legalità, ri-lettura che faccia scopertamente i conti, in particolare, con la riserva di legge – menzionata solo *en passant* per poi dissolversi nelle pieghe di un discorso che, con (apparente) indifferente alternanza dei riferimenti alla «disposizione scritta» e alla «norma», risulta da ultimo virare dalla dimensione della legalità 'legale' alle questioni della prevedibilità e dei confini del potere del giudice – ed i limiti che questa impone alla giurisdizione (e alla possibilità di un suo concorso nella definizione del precetto), rimanendo pertanto irrisolta la questione cruciale circa la legittimità di una (qualche) integrazione del precetto ad opera della giurisprudenza⁵⁰.

⁴⁹ Avanza il dubbio che le tensioni con la riserva di legge possano essere denunciate dalla Consulta successivamente ad una risposta della Corte di Lussemburgo 'tassativizzante' *ex post* la «regola *Taricco*», F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, 9.

⁵⁰ L'ambiguità di fondo denunciata nel testo alimenta così posizioni assolutamente diverse circa gli scenari possibili in caso di una precisazione *ex post* della «regola *Taricco*» da

Al di là del comprensibile irrigidimento provocato dalla spregiudicatezza mostrata dalla Corte di Giustizia e il severo monito a rispettare le identità costituzionali, l'ordinanza parrebbe riflettere la scelta della Consulta di sottrarsi alla (in verità necessaria) ri-lettura del testo costituzionale alla luce delle basilari acquisizioni del processo di integrazione europea e più specialmente della partecipazione dello stesso – quale sviluppo dell'art. 11 Cost. – alla definizione della identità costituzionale della Repubblica italiana. Una ri-lettura, ancora, che chiama in causa non solo il complesso normativo dell'ordinamento europeo ma altresì le specifiche dinamiche anche istituzionali su cui questo riposa⁵¹, ed *in primis* l'interlocuzione diretta tra la Corte di Lussemburgo ed i giudici interni nel loro ruolo di giudici ordinari europei cui è demandata l'applicazione quotidiana del diritto europeo e per tale loro ruolo investiti di prerogative e poteri, anche trascinanti la mera attività interpretativa e inclusivi di giudizi valutativi fisiologicamente dis-funzionali rispetto al mantenimento dello *status quo* dell'ordinamento interno in cui operano⁵².

Non si tratta di registrare passivamente e acriticamente gli esiti delle molteplici dinamiche in atto (non esclusivamente individuabili nel processo di integrazione europea, sebbene quest'ultima ne rappresenti una manifestazione particolarmente significativa), all'origine di una lenta ma inesorabile trasformazione del nostro ordinamento strutturalmente concepito quale ordinamento a base legale⁵³, ma valutare se le sempre più ri-

parte della Corte di Giustizia; esito non risolutivo delle criticità rilevate secondo M. BIGNAMI, *Note minime*, cit., § 3, in quanto in grado di superare esclusivamente l'indeterminatezza rispetto al giudice ma non l'indeterminatezza rispetto al cittadino, quest'ultima non soddisfatta da un intervento giurisprudenziale (quand'anche della Corte di Giustizia, alle cui sentenze l'ordinamento dell'Unione attribuisce efficacia vincolante) integrativo della (vaghezza della) norma, e necessitante di contro una disposizione *scritta* sufficientemente determinata (e pertanto prevedibile e idonea ad contenere discrezionalità del giudice); di diverso avviso F. VIGANO, *op. ult. cit.*, 11.

⁵¹ *Ex multis*, cfr. R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione*, cit.

⁵² Come rilevato anche da F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica*, cit., 78, che infatti dubita al riguardo possa parlarsi di creazionismo giudiziario in senso proprio.

⁵³ Molte le riflessioni condotte sul punto negli ultimi anni; a titolo meramente esemplificativo, e con varietà di accenti, cfr. O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 164 ss.; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 49 ss., 63 ss.; F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica*, cit., 77 ss.; D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont.*, 13 luglio 2015; M. VOGLIOTTI, *Il risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea*, in *Rivista filosofia del diritto*, 2015, 96; ID., *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2015, I, 131 ss.

correnti deviazioni rispetto ad un tale originario paradigma riscontrabili nell'attuale fisionomia del principio di legalità siano oggi inquadrabili quali *alterazioni patologiche* – con riguardo alle quali sia pertanto possibile ed anzi doveroso l'impegno nel senso di una loro riconduzione allo stesso (e in tale direzione dovrebbe leggersi la posizione cristallizzata dalla Corte costituzionale nell'ordinanza 24/2017, quale monito alto ed autorevole non circoscritto alla sola questione dell'impatto delle fonti sovranazionali nel nostro ordinamento) –, o viceversa queste si configurino quali *variazioni fisiologiche* (o volte a divenire tali, anche se non ancora del tutto stabilizzate) del paradigma classico della legalità penale nel nostro ordinamento⁵⁴, fondato su una concezione formale imperniata oltre (e prima) che sulla qualità della norma anche sulla qualità della fonte⁵⁵.

In particolare, con riguardo al confronto della legalità penale con il processo di integrazione europea, ritengo una tale riflessione si imponga non solo in termini di mera sostenibilità del paradigma classico ma altresì in termini di compiuta rispondenza dello stesso all'attuale quadro costituzionale, quale risultante dalla sistematica interrelazione che l'art. 11 Cost. implica con tutti i principi costituzionali. Ben oltre un'esclusiva funzione di legittimazione della partecipazione italiana al processo di integrazione europea, l'art. 11 Cost. iscrive nel nostro ordinamento costituzionale un principio di strutturale apertura dello stesso all'ordinamento sovranazionale, che pertanto concorre anch'esso alla definizione dell'identità costituzionale della Repubblica italiana, comportando logicamente una possibile ri-configurazione delle scelte alla base di altri precetti costituzionali, e nel caso di specie un ri-dimensionamento dei contenuti e di alcuni tratti caratteristici della legalità penale che in ragione della dinamica impressa dall'art. 11 Cost. non può se non essere la legalità di uno spazio non esclusivamente statale. Uno spazio, questo, in cui, a fronte delle scelte di sistema poste alla base dell'impianto istituzionale dell'Unione (ma in certa misura ciò vale anche per il sistema della Con-

⁵⁴ Il carattere fisiologico dei processi in atto è riconosciuto anche da F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla Taricco*, cit., il quale tuttavia sollecita una doverosa cautela nell'impiego di quegli strumenti (*in primis* la dis-applicazione) in grado di incidere pesantemente sul rapporto giudice-legge. Sul punto si vedano altresì le interessanti considerazioni di M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *Dir. pen. cont.*, 2 novembre 2016.

⁵⁵ Trattasi in verità di riflessione da tempo condotta in particolare da alcuni autori impegnati altresì ad immaginare percorsi e soluzioni tesi a mantenere alla (nuova) legalità una certa componente di 'forma' della fonte da poter tradurre in precisi requisiti degli arresti giurisprudenziali dove 'invasivi' del terreno riservato alla legge formale; in particolare si vedano i lavori di O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006; ID. *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale*, cit., 181.

venzione europea dei diritti dell'uomo), il giudice è chiamato a giocare un ruolo cruciale di snodo, quale fondamentale elemento di raccordo tra sistemi interagenti, su cui il corretto funzionamento di un tale spazio riposa.

In quest'ottica, anche le problematiche operazioni ermeneutiche sottese alla dis-applicazione e all'interpretazione conforme, connotate da tassi di discrezionalità elevatissimi e di fatto irriducibili per il modo stesso in cui queste sono deputate ad attuarsi, sono «conformi a Costituzione» in quanto oggetto di un obbligo di matrice europea la cui vincolatività per il giudice interno si incardina nell'art. 11 Cost. Ad essere oggi iscritta nel nostro ordinamento costituzionale è pertanto una diversa dimensione della legalità, emancipata dall'esclusivo ancoraggio al dato formale della fonte/precetto nazionale, e che riflette i caratteri di una produzione multilivello della norma penale in cui questa è chiamata comunque a mantenere, in forme diverse, l'imprescindibile portata garantistica, preservando il carattere irrinunciabile per il nostro ordinamento costituzionale dalla centralità della persona.

Un'indubbia erosione del ruolo del legislatore, quella che scaturisce dall'attuale configurazione del sistema delle fonti riletto con la lente riformante del principio di apertura sancito all'art. 11 Cost. che si tradurrebbe secondo i più in una crisi della legalità, ma che parrebbe piuttosto configurarsi quale crisi di un *modus essendi* della legalità – che non implica (e che non deve in alcun modo implicare) una crisi della relativa *ratio essendi* della legalità ed i precipitati garantistici che questa sottende. È una crisi delle forme della legalità, quali fino ad oggi per lo più conosciute ed attuate⁵⁶, ma rispetto alle quali la nostra stessa identità costituzionale, comprensiva del parametro mobile dell'art. 11 Cost. (recante l'ingresso di dinamiche in grado di incidere sugli equilibri sottesi al paradigma classico della legalità) impone la ricerca di *modi diversi* di declinazione della stessa in grado di preservarne la portata garantistica⁵⁷.

A fronte del modello fin qui tratteggiato, doveroso è tuttavia riconoscere – e denunciare – pratiche applicative spesso abusive e pertanto distorsive del *dover essere* della legalità penale che da questo discende. Come recentemente ribadito da Francesco Palazzo, l'intervento contenitivo di tali derive degenerative non può tuttavia se non essere di stampo

⁵⁶ Interessanti spunti in tal senso possono leggersi in L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., 23.

⁵⁷ Come molto efficacemente sintetizzato da M. CAIANIELLO, *L'ordinanza di rinvio*, cit., §, la preservazione dell'identità costituzionale dell'ordinamento italiano riposa sulla capacità di individuare percorsi di 'convivenza' con un sistema giuridico europeo improntato sulla tradizione di *common law*.

essenzialmente culturale, e rimesso «al formarsi di sensibilità e convinzioni consapevoli della posta in gioco e ad essa adeguate»⁵⁸; acquisizioni, queste, da ritenersi proprie e ineliminabili della stessa professionalità del giudice, e in quanto tali insite nella figura del giudice interno quale giudice europeo giammai considerato, nell'ottica dell'ordinamento eurounitario, quale cavallo di Troia, ma snodo funzionale del sistema integrato di ordinamenti, il cui funzionamento, sebbene possa non escludere fisiologiche forzature degli equilibri interni agli Stati, non può comunque poggiare su imponderate rotture degli stessi.

L'auspicio che può formularsi a conclusione di queste brevi riflessioni è che entrambe le Corti, nelle iniziative che saranno chiamate ad assumere in questa vicenda, mostrino non solo lungimiranza ma anche piena consapevolezza del ruolo che ciascuna di esse, nei rispettivi ambiti, è chiamata a svolgere nel processo di integrazione in atto. Che l'iniziale noncuranza dell'una, e l'orgoglioso irrigidimento dell'altra, possano infine tornare ad assestarsi nello spazio del dialogo e del confronto che, seppur aspro, sia comunque costruttivo e in grado infine di assicurare un epilogo onorevole ad una pagina certamente non felice.

⁵⁸ F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica*, cit., 88.

CARLO SOTIS

“TRA ANTIGONE E CREONTE IO STO CON PORZIA”
RIFLESSIONI SU CORTE COSTITUZIONALE 24 DEL 2017
(CASO *TARICCO*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I margini costituzionali sui diritti fondamentali come motore dell’unificazione europea e la portata generale della sentenza *Omega* della Corte di giustizia. – 3. La “rottura delle molecole” tra prevalenza, effetto diretto e immediata applicabilità. – 3.1. Quale è la ragionevole prevedibilità della prescrizione? – 4. Il «ripudio» del giudice penale di scopo.

1. *Premessa*

Tullio Ascarelli in un suo gioiello sui modi di intendere e di fare giustizia suggerisce «prima che ai dotti a ricorrere ai saggi, e ancor prima che agli studiosi ai poeti»¹. Ci racconta quindi di Antigone e di Creonte e dell’eterno conflitto tra le ragioni della *polis* e quelle della coscienza. Entrambe poggiano su solidi argomenti, ma ponendosi su piani diversi, non riescono a confrontarsi. Mano a mano che la tragedia si compie allo spettatore si contorcono le budella perché avverte ciò che non riescono a capire i due protagonisti. Comprende che «Creonte non è il tiranno, come sembra ad Antigone; Antigone non è anarchica come sembra a Creonte»². Sappiamo bene la tragedia come va a finire. Antigone viene rinchiusa viva. Creonte alla fine, dopo che l’indovino Tiresia gli ha vaticinato della vendetta divina, cede. Ma è troppo tardi. Antigone è già morta; Emone, il figlio di Creonte innamorato di Antigone, si è già ucciso.

Con chi stiamo? Con Antigone o con Creonte? *L’Antigone* è il racconto «perfetto»³ sulla giustizia anche perché, da migliaia di anni, prima

¹ T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, Torino, 1960, 107. Lo scritto, che trova anche altre collocazioni, costituisce il testo della conferenza tenuta all’istituto culturale italo-cileno di Santiago nel 1955 ed è stato per la prima volta pubblicato su la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1955, 756 ss.

² T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, cit., 109.

³ Così la definisce T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, cit., 107. L’*Antigone* di Sofocle costituisce il grande racconto sulla giustizia. Troppo vasta, ricca e di qualità la letteratura per

insinua questa domanda, ma poi fa capire che non è questa la domanda. Ciò che occorre chiedersi è perché sia Antigone, sia Creonte restano arroccati sulle proprie posizioni. Entrambi hanno buoni argomenti, ma l'eroismo, il coraggio e la difesa ad oltranza delle rispettive coerenze è la causa della tragedia. La domanda che ci pone *l'Antigone* allora è come riuscire a risolvere quel conflitto. Come trovare una "mossa del cavallo"⁴ con cui evitare uno scontro frontale in cui ne escano sacrificate o tutte le ragioni di Antigone o tutte quelle di Creonte.

Ed è qui che lo scritto di Ascarelli si fa capolavoro, facendo entrare in scena un altro grande racconto sulla giustizia: *Il mercante di Venezia* e la figura di Porzia. Come forse si ricorda, il mercante di Venezia (Shylock) aveva prestato una somma di denaro ad Antonio. Se tuttavia il debito non fosse stato restituito gli avrebbe tagliato una libbra di carne dal corpo. Antonio non rimborsa la somma e Shylock va a processo. Porzia entra in scena nel momento di massima tensione, con Antonio senza scampo, condannato a farsi tagliare la libbra di carne da Shylock. Porzia, travestita da avvocato patavino «afferma la validità del patto, ma poi osserva che questo non permette di fare versare nemmeno una goccia di sangue»⁵. Porzia, definita da Ascarelli, (in contrapposizione ad Antigone) «abile più che eroica, saggia ed esperta, anziché fanaticamente coraggiosa»⁶ trova la via di uscita. E la trova in un classico cavillo da legulei.

Io credo che Sofocle, Shakespeare e Ascarelli avrebbero apprezzato l'ordinanza 24 del 2017 della Corte costituzionale. Una soluzione inclusiva e dialogica⁷ che indica una possibile via di uscita per salvare la capra (la prevalenza del diritto Ue e le competenze della Corte di giustizia) e i

proporre qui una sintesi. Sull'Antigone il rinvio assolutamente essenziale quindi è alla lettura della tragedia.

⁴ Per riprendere la splendida metafora con cui *Vittorio Foa* spiega la distinzioni tra metodi (e quindi soluzioni) inclusive e esclusive «La Torre, che procede in linea retta, come confronto e scontro su un terreno imposto a cui non si può sfuggire, e il Cavallo, che salta lateralmente, come ricerca di terreni e livelli diversi. La mossa del cavallo è molto più facile sulla scacchiera che nell'azione pratica. Ma si può tentare» V. FOA, *Il cavallo e la torre*, Torino, 1991, 3. Sono legato sin dai tempi dell'università a questo libro, mi permetto così di ricordare che ho mutuato quella metafora per etichettare gli strumenti dialogici elaborati dal pluralismo giuridico in C. SOTIS, *La "mossa del cavallo". La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 464 ss., (riflessione poi ripresa e sviluppata in ID., *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012).

⁵ Così T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, cit., 111.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Sottolineare il carattere dialogico di questa sentenza non vuol dire credere alla mitologia del dialogo tra corti. Su cui v. le condivisibili riflessioni di G. RICCARDI, "Patti chiari, amicizia lunga". *La Corte costituzionale tenta il 'dialogo' nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2017 1 ss.

cavoli (i principi fondamentali). Come Porzia inoltre, la Consulta trova in un cavillo il suo *deus ex machina* che le permette di rinviare pregiudizialmente alla Corte di giustizia. Una formula di stile⁸ con cui la Corte di giustizia nella sentenza *Taricco*, avendo a mente un altro problema, cioè quello dei fatti su cui fosse già maturata la prescrizione, scrive che il giudice nel disapplicare la disciplina italiana sull'interruzione della prescrizione «dovrà assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati⁹». E la Corte costituzionale fa leva su questo cavillo per tessere la sua trama. La trama di un racconto che merita l'applauso.

Ora, come succede con ogni buon racconto, la 24 del 2017 fa venire una gran voglia di sapere come prosegue la storia¹⁰ (a partire dal prossimo atto, cioè cosa dirà la Corte di giustizia). Come accade però solo con gli ottimi racconti, si apprezza di per sé, anche lasciando in sospeso ciò che succederà.

Io vorrei occuparmi di questo piano di lettura, soffermandomi in particolare su tre specifici profili di questa decisione «abile, saggia e esperta» come Porzia

Il primo è l'idea che il pluralismo sia *fattore costruttivo* e distintivo dell'integrazione europea. In particolare segnalando l'importanza del richiamo alla sentenza *Omega* della Corte di giustizia¹¹.

Il secondo è la *rottura delle molecole* che fa questa ordinanza tra *primauté*, effetto diretto e immediata applicabilità delle norme dell'Unione europea. E da qui riflettere sulla connessa questione della garanzia di ragionevole prevedibilità della disciplina della prescrizione.

⁸ Lezione nella lezione: cavilli e clausole di stile emesse per garbo e per formale rispetto di competenze non solo mai solo tali.

⁹ Così il passaggio in cui viene sviluppato il cavillo su cui poggia il rinvio pregiudiziale nel par. 7 della 24 del 2017 Corte cost: «Infatti, il paragrafo 53 della sentenza afferma che, «se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati». Il paragrafo 55 seguente aggiunge che la disapplicazione va disposta «con riserva di verifica da parte del giudice nazionale» in ordine al rispetto dei diritti degli imputati. 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.»

¹⁰ Il caso *Taricco* è così conosciuto che mi permetto di dare per noti i capitoli precedenti. Per una ricostruzione agile, ma puntuale, degli snodi della vicenda al momento culminati nella ordinanza qui in esame v. C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2017.

¹¹ Corte di giustizia dell'Unione europea sentenza 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega Spielballen und Automatenaufstellungen GmbH* contro *Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*.

Il terzo è il *ripudio del giudice penale come giudice di scopo*, premessa della riflessione che la Corte costituzionale fa sul canone della determinazione.

2. *I margini costituzionali sui diritti fondamentali come motore dell'unificazione europea e la portata generale della sentenza Omega della Corte di giustizia*

L'ordinanza n. 24 del 2017 nella sua brevità contiene alcune passaggi di portata storica. «I rapporti tra Unione e Stati membri sono definiti in forza del principio di leale cooperazione, che implica reciproco rispetto e assistenza. Ciò comporta che le parti siano unite nella diversità. Non vi sarebbe rispetto se le ragioni dell'unità pretendessero di cancellare il nucleo stesso dei valori su cui si regge lo Stato membro. E non vi sarebbe neppure se la difesa della diversità eccedesse quel nucleo giungendo ad ostacolare la costruzione del futuro di pace, fondato su valori comuni»¹². Afferma poi: «La Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, (...). Appare a ciò conseguente che l'Unione rispetti questo livello di protezione dei diritti della persona, sia in ossequio all'art. 53 della Carta di Nizza, (...), sia perché, altrimenti, il processo di integrazione europea avrebbe l'effetto di degradare le conquiste nazionali in tema di libertà fondamentali e *si allontanerebbe dal suo percorso di unificazione nel segno del rispetto dei diritti umani* (art. 2 del TUE).

Al contrario la Corte di giustizia ha riconosciuto che le modalità con le quali ciascuno Stato membro tutela i diritti fondamentali della persona, *anche* quando questo comporta una restrizione alle libertà attribuite dai Trattati, non devono necessariamente essere le stesse. Ogni Stato membro protegge tali diritti in conformità al proprio ordinamento costituzionale (sentenza 14 ottobre 2004, in causa C-36/02, Omega)»¹³.

È pienamente apprezzabile e condivisibile lo spirito che anima la Corte costituzionale. La rivendicazione della propria visione costituzionale di tutela dei diritti fondamentali *non si contrappone* al percorso di unificazione europea¹⁴. Al contrario costituisce l'essenza stessa dell'unifi-

¹² Cort cost. 24 del 2017 par. 6.

¹³ Cort cost. 24 del 2017 par. 8 (corsivo aggiunto).

¹⁴ Mi trovo quindi in accordo con A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. 24 del 2017)* in *Consulta online*, fascicolo 1 n. 2017, 81 ss. quando ritiene «sommamente opportuno» (ivi, 82) il ricorso al rinvio pregiudiziale da parte della Consulta.

cazione europea. Da qui i richiami alle norme del diritto dell’Unione europea che affermano questo: richiamare l’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e la sentenza *Omega* (cioè una sentenza della Corte di giustizia). La premessa del discorso è che la chiave del successo e dell’evoluzione dell’integrazione europea è «l’unità nella diversità». Il “pluralismo ordinato”, per evocare la felicissima formula di *Mireille Delmas Marty*¹⁵. La Corte costituzionale è pienamente consapevole del suo ruolo europeista ed è animata da questo spirito dialogico¹⁶.

Non sottoscrivo invece i rilievi dell’illustre autore secondo cui questa ordinanza non sarebbe espressiva di leale cooperazione, ma costituirebbe invece «un vero e proprio ultimatum» (*ivi*, 81). Credo sia fuorviante dire che l’ordinanza 24 del 2017 costituisca un *ultimatum*. Dialogicità ed inclusività sono il contrario di un *ultimatum*. Inoltre più che l’uso dell’ingeneroso sostantivo, è la diade che questo suggerisce nello scritto dell’illustre autore a non convincermi. Cioè l’idea che esposizione di una peculiare visione costituzionale e leale cooperazione si escludano a vicenda. La leale cooperazione può e deve avvenire anche mediante il conflitto e l’esposizione – dialogica (questo sì) – delle proprie ragioni. In questa prospettiva sottoscrivo in pieno quindi lo scritto di *Francesco Palazzo*, che nel suo commento all’ordinanza intende a mio avviso, sin dal titolo, veicolare questa impostazione cfr. F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla Taricco: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto* in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 285 ss.; in particolare v. la conclusione del lavoro del Maestro fiorentino: «I giudici della Consulta hanno dato prova di fermezza e lungimiranza, senza rifiutare – anzi alimentando – il dialogo (...) L’auspicio è che le tensioni create dalla sentenza *Taricco* e dal suo seguito possano alla fine risolversi in un momento di riassetto e di ulteriore maturazione dell’edificio europeo (*ivi*, 289).

¹⁵ “*Ordonner le multiple*” e “*pluralisme ordonné*” tracciano l’orizzonte etico e metodologico, che accompagna tutta la vita, e molte delle opere della grande studiosa. Già a partire dalla prima monografia in tema (M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l’homme*, Paris, 1986). In particolare è il secondo volume della trilogia dedicata alla “*Forces imaginées du droit*” che è proprio così intitolato, M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Parigi, 2006. La riflessione contenuta in questo libro ha condotto a un’opera collettanea in cui viene offerta una teoria del pluralismo ordinato cfr. M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER (a cura di), *Les chemins de l’harmonisation pénale*. Parigi, 2008 (tradotto in inglese proprio evocando nel titolo il pluralismo ordinato: *Ordering pluralism: a conceptual framework for understanding the transnational legal world*, Oxford, Portland, 2009 e in spagnolo *Los caminos de la armonización penal*, Valencia 2009).

¹⁶ Cfr. G. RICCARDI, “*Patti chiari, amicizia lunga*”. *La Corte costituzionale tenta il ‘dialogo’ nel caso Taricco*, cit., 4, in cui ricorda il differente atteggiamento del *Bundesverfassungsgericht*. Sul differente atteggiamento del tribunale costituzionale tedesco v. il bel lavoro di C. CUPPELLI, *Il caso Taricco e il contro limite della riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2016, 433. Sempre sul differente spirito cooperativo della Corte costituzionale rispetto al *Bundesverfassungsgericht* v. O. POLLICINO, M. BASSINI, *When Cooperation Means Request for Clarification, or Better for “Revisitation”*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2017. Secondo questi autori è già il piano linguistico a segnalare il differente atteggiamento. Questa riflessione me ne induce una assimilabile. Anche sul piano sintattico la 24 del 2017 della Corte costituzionale conferma il suo spirito dialogico. Breve, asciutta, priva di orpelli retorici, (a me ricorda la dichiarazione Shumann del 19 maggio 1950) è un’ordinanza da cui emerge un garbo e una premura di comunicare anche con i suoi destinatari ufficiali: cioè i giudici della Corte di giustizia.

Sa bene che dalla sentenza n. 183 del 1973, la dottrina dei controlimiti è stata una “mossa del cavallo” che ha “fatto bene all’Europa”. Con la 183 del 1973 ed i controlimiti¹⁷ non si è tracciato un confine, ma si è indicato un percorso che sappiamo bene quanta strada ha fatto. Si è potuto inserire il tassello mancante del c.d. processo di costituzionalizzazione dei trattati e garantire in questo modo l’avanzamento dell’Europa. La Corte costituzionale, insomma, con questa ordinanza intende scrivere una pagina importante a favore dell’integrazione europea, *non* contro di essa.

In particolare, come visto, questo avviene anche citando la sentenza *Omega* della Corte di giustizia. Ora, per comprendere il valore di questo richiamo, occorre ricordare che in questo notissimo caso¹⁸ era in gioco la legittimità del divieto tedesco all’importazione di un gioco di guerra, ritenuto offensivo della dignità umana, così come intesa e garantita dall’art. 1 della legge fondamentale tedesca¹⁹.

La Corte di giustizia in questo caso ha riconosciuto l’obiettivo e diretta contrarietà alle libertà fondamentali di circolazione delle merci e dei servizi, nonché il fatto che la lesione della dignità umana registrasse una bassa intensità. Tuttavia ha pure affermato che la tutela della dignità umana, anche se offesa solo ad uno stadio minimo, può giustificare una concreta e diretta compressione di una libertà fondamentale del diritto comunitario *solo* in quel paese – la Germania – in cui la dignità umana viene così ricostruita²⁰.

Prima di questa decisione la *strategia* della Corte di giustizia sui diritti fondamentali si era assestata su una logica binaria: a) “fare suo” un

¹⁷ Su cui v. ora A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, a partire dal grandioso affresco tracciato da A. BERNARDI, *Presentazione. I controlimiti al diritto dell’Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, ivi. VII ss., in particolare, su questa funzione c.d. “dinamica” dei controlimiti, e anche con i richiami ai vari contributi del libro, LII ss.

¹⁸ Corte di giustizia, 14 ottobre 2004 C-36/02, *Omega* su cui v. per tutti l’analisi, nel quadro della più generale questione del conflitto tra diritti e libertà fondamentali, di M. CARTABIA, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione Europea* in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, 42 ss.

¹⁹ Si trattava di un gioco condotto con pistole laser in cui si simula la guerra sparando su sensori posti sul petto degli altri partecipanti. Il gioco era stato concesso in *franchising* da una società inglese a una società tedesca che operava in Germania. Questi “svaghi” sono tuttavia vietati in Germania con provvedimento del 14 settembre 1994 poiché si ritiene che i giochi di omicidio siano una violazione della dignità umana stabilita dall’art. 1, n. 1 prima frase della Costituzione tedesca.

²⁰ Su cui v., in una recente importante indagine di diritto comparato, F. FURKEL, *Le principe de dignité en Allemagne et son effet irradiant en matière de biomedicine* in B. FEUILLET-LIGER, K. ORFALI (dir.), *La dignité de la personne: quelles réalités? Panorama international*, Bruxelles, 2017, 19 ss.

determinato principio costituzionale nazionale, affermando quindi che fosse divenuto anche principio di diritto europeo²¹; b) negare ad un principio costituzionale rango di diritto europeo. *Tertium non datur*.

Quindi, in caso di contrasto tra una norma comunitaria e una norma nazionale posta in adempimento di un principio costituzionale che la Corte di giustizia non può, o non vuole, “fare suo”, a soccombere, nella prospettiva del giudice di Lussemburgo, doveva per forza di cose essere quella norma nazionale.

Con la sentenza *Omega* affiora, invece, una nuova tecnica di aggiramento dell'incoerenza, definibile come la “seconda strategia”. La Corte di giustizia afferma che, pur non riconoscendo ad un determinato principio di diritto costituzionale nazionale lo *status* di principio europeo, se ritiene, tuttavia, che quel determinato principio sia fondamentale nella prospettiva domestica, sarà il diritto eurounitario, anche se leso in una sua libertà fondamentale, a cedere il passo.

Il corollario è ovvio: si produce in questo modo nella prospettiva del diritto UE un'incoerenza accettata dal diritto dell'Unione europea. Il riconoscimento di questo “margine costituzionale di bilanciamento” comporta, infatti, che una norma attuativa di una libertà fondamentale del diritto comunitario è recessiva in uno Stato (la Germania, nel caso in questione), ma non negli altri Stati membri.

Incoerenza vitalissima tuttavia perché riesce ad “ordinare il molteplice”: rendere pensabili le contraddizioni senza farle esplodere, indicare un cammino per risolverle.

Tuttavia – e arriviamo così al *novum* espresso dall'ordinanza 24 del 2017 – con la sentenza *Omega* si valuta la giustificazione di una restrizione all'esercizio di una libertà fondamentale e non era quindi pacifico se essa potesse avere questa portata generale. Attendiamo ovviamente la Corte di giustizia, però sin da ora possiamo dire che per la Corte costituzionale quella sentenza ha indubbiamente portata generale e può aiutare quindi a risolvere casi in cui si registra un conflitto tra essenziali vincoli costituzionali e vincoli europei.

Pensiamo ad una ipotesi in cui sembrerebbe porsi un frontale contrasto tra interpretazione conforme a Costituzione e interpretazione conforme al diritto comunitario²²: il caso del reato italiano di *pedopornografia vir-*

²¹ Come per i principi penalistici è avvenuto, ad esempio, in tema di irretroattività della norma penale (Corte di giustizia 10 luglio 1984, causa 63/83, *Regina/Kirk*) e di divieto di analogia (Corte di giustizia, 7 gennaio 2004, C-58/02, *Commissione c/ Spagna*).

²² Per questa ipotesi rinvio al mio C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, 304 ss.

tuale, previsto e punito dall'art. 600-*quater*¹ c.p., che è in bilico tra la definizione stabilita dalla decisione quadro 2004/64/GAI sulla lotta alla pornografia infantile e il principio costituzionale di offensività. La decisione quadro chiedeva di punire anche la detenzione del materiale pedopornografico originariamente virtuale («immagini realistiche di un bambino inesistente»²³). Il principio di offensività impone invece di limitare l'applicazione della norma alle immagini ottenute a partire dalla elaborazione grafica di immagini contenenti minori esistenti.

Questo caso trovava la sua soluzione, a mio avviso, proprio nel concetto di “margine nazionale di bilanciamento”, sancito con la citata sentenza *Omega*. Il principio costituzionale nazionale di offensività, infatti, pur non essendo anche un principio del diritto Ue è tuttavia un principio costituzionale (italiano nel caso di specie) irrinunciabile e il giudice nazionale, magari a seguito di rinvio pregiudiziale, avrebbe dovuto mettere da parte l'obbligo di interpretazione conforme al diritto Ue, interpretando la norma in senso conforme al principio costituzionale di offensività²⁴.

Il richiamo alla sentenza *Omega* effettuato dalla 24 del 2017 in un caso che non ha a che fare con le libertà fondamentali del Trattato permette quindi di affermare che per la Corte costituzionale italiana la sentenza *Omega* ha portata generale.

3. *La “rottura delle molecole” tra prevalenza, effetto diretto e immediata applicabilità*

Il secondo punto deriva da quella che definirei una nuova “mossa del cavallo”. Chiarisce infatti la Corte che «Il *primato* del diritto dell'Unione *non è posto in discussione* nel caso oggi a giudizio, perché, come si è già osservato, non è in questione la regola enunciata dalla sentenza in causa Taricco, e desunta dall'art. 325 del TFUE, *ma solo l'esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice.*»²⁵. La Corte costituzionale, in altri termini, “rompe le molecole” tra principio di prevalenza, effetto diretto e immediata applicabilità.

²³ Così l'art. 1 decisione quadro 2004/64/GAI

²⁴ Parliamo al passato, perché la vigente legislazione eurounitaria in materia ha, infatti, rinunciato alla richiesta di pena per queste ipotesi, facendo così venire meno questo contrasto; cfr. Direttiva 2011/92/UE del 13 dicembre 2011 “relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio”.

²⁵ Corte cost. 24 del 2017 par. 8.

Questa “rottura delle molecole” offre spunti di riflessione di portata più generale, a cui, da penalista, mi permetto giusto di accennare cursoriamente. Sono convinto infatti ci siano importanti differenze tra negare la prevalenza di una norma dell’Unione europea e negare l’immediata applicabilità di quella stessa norma di cui si riconosce però la prevalenza. A cambiare sono i bilanciamenti e il modo di disporsi sui due piatti della bilancia del fascio di interessi coinvolti.

Negare la prevalenza di una norma del Trattato dell’Unione vuol dire affermare che le ragioni che fondano i controlimiti sono ritenute prevalenti sulle ragioni dell’integrazione europea, e quindi delle limitazioni di sovranità previste dall’art. 11 Cost. Se così fosse si tratterebbe quindi non solo di contrapporre norme europee e norme costituzionali, ma di contrapporre principi costituzionali parimenti fondamentali (in sintesi art. 11 Cost. *versus* artt. 25, 101 e 136 Cost.)²⁶.

Negare la immediata applicabilità, ma non la prevalenza, comporta invece che su un piatto della bilancia c’è – per così dire – “solo” questa qualità della norma, non anche il suo contenuto²⁷. La Corte ribadisce infatti che le ragioni dell’art. 325 TFUE e le inadempienze dello Stato italiano potranno e dovranno trovare altri strumenti di giustiziabilità, a partire dal ricorso in inadempimento. Inoltre tutto questo viene stabilito con un rinvio pregiudiziale, che, indipendentemente da come andrà a finire, per ciò solo comunque significa che la Corte costituzionale riconosce la competenza della Corte di giustizia ad giudicare lei se i “principi supremi dell’ordine costituzionale italiano” possano giustificare una incoerenza dell’ordinamento comunitario.

La Consulta non contesta la prevalenza della norma europea²⁸ e ricorda che «la sentenza resa in causa Taricco ha stabilito che l’art. 325 del TFUE ha efficacia diretta»²⁹. Afferma però «l’esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice». Sappiamo che per la Corte di giustizia effetto diretto e diretta applicabilità (o, comunque, la diretta non applicabilità della norma nazionale in contrasto) sono considerati sinonimi. Non per la Corte costi-

²⁶ Sulla difficoltà di pensare i principi fondamentali in contrapposizione con l’art. 11 Cost. cfr. A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco*, cit., 82.

²⁷ La Corte costituzionale insiste molto su questo punto nella ordinanza in esame. Al par. 8 ad esempio afferma che «L’impedimento del giudice nazionale ad applicare direttamente la regola enunciata dalla Corte non deriva da una interpretazione alternativa del diritto dell’Unione (...)».

²⁸ Cfr. Corte cost. 24 del 2017 par. 2.

²⁹ Corte cost. 24 del 2017 par. 7: «La sentenza resa in causa Taricco ha stabilito che l’art. 325 del TFUE ha efficacia diretta e comporta l’obbligo di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione dei reati che, nei casi e alle condizioni individuate, compromette l’effettività della sanzione».

tuzionale in questo caso in cui affiora l'*eccezione* di una norma di cui si riconosce la prevalenza e non si contesta l'effetto diretto, ma da considerarsi non immediatamente applicabile (o comunque non in grado di rendere direttamente non applicabile la norma nazionale in contrasto, in questo caso gli artt. 160 e 161 del codice penale).

Eccezione che finisce per confermare la *regola* generale secondo cui le norme di diritto dell'Unione europea chiamate a svolgere effetti espansivi del penalmente rilevante *non sono mai direttamente applicabili*.

Per comprendere questa regola è opportuno fare un breve passo indietro. L'incontro tra il principio di prevalenza delle norme eurounitarie e la riserva di legge penale dà infatti luogo ad un bizzarro universo giuridico, composto per un verso da norme prevalenti, ma incompetenti, cioè quelle di diritto dell'Unione europea e, per altro verso, da norme subordinate alle prime, ma competenti in via esclusiva ad esercitare lo *ius puniendi*, cioè le norme nazionali di diritto penale. Come ben sappiamo per regolare queste interferenze un primo, essenziale, criterio è quindi costituito dal *test* sull'effetto, espansivo o riduttivo del penalmente rilevante, che la norma dell'Unione europea interferente con la norma penale è chiamata a dispiegare³⁰.

Ora, il *test* sugli effetti espansivi o riduttivi che può eventualmente dispiegare la norma eurounitaria rispetto a quella nazionale interferente si riverbera sulla dotazione di effetto diretto della norma eurounitaria. Approfondendo la questione e osservando la giurisprudenza, ci si avvede di come sia possibile affermare due regole speculari e di portata generale. Segnatamente che le norme di diritto Ue chiamate a dispiegare effetti riduttivi del penalmente rilevante sono sempre dotate di effetti diretti, mentre le norme di diritto Ue chiamate all'opposto, a dispiegare effetti espansivi, non hanno mai effetto diretto³¹.

La sentenza *Taricco* della Corte di giustizia invece contraddiceva questa regola. «La madre di tutti i problemi»³² stava proprio nell'attribuzione di effetto diretto all'art. 325 TFUE, norma di diritto Ue primario.

³⁰ Rinvio al mio C. SOTIS, *Il diritto senza codice* cit., che si propone di sistematizzare i differenti conflitti a partire dalla distinzione tra le interferenze ad effetto riduttivo e quelle a potenziale effetto espansivo.

³¹ Non è qui il caso di riproporre tutti i vari passaggi su cui queste due regole poggiano. Rinvio a dove ho cercato di argomentarlo, nei limiti delle mie risorse, in modo approfondito (C. SOTIS, *Il diritto senza codice* cit., 230 ss.). Segnalo che alla prova della giurisprudenza della Corte di giustizia, anche della più recente, queste due regole di sistema trovano conferma. La prima "da sempre", la seconda, almeno a seguito della sentenza Corte di giustizia, C-387/02 3 maggio 2005 *Berlusconi e altri*.

³² Così V. MANES, *La Corte muove e in tre mosse da scacco a "Taricco"*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017, 11.

Da qui la richiesta da parte della Corte di giustizia affinché i giudici nazionali direttamente disapplichino la contrastante normativa nazionale, cioè la disciplina generale dell'interruzione della prescrizione stabilita negli artt. 160 e 161 del codice penale.

Ecco allora affiorare *l'eccezione che conferma la regola*: la Corte costituzionale nel negare l'immediata applicabilità a queste norme afferma *l'eccezione* di norme prevalenti dotate di effetto diretto, ma non immediatamente applicabili, a conferma però della *regola* della non immediata applicabilità delle norme dell'Unione europea chiamate a svolgere effetti espansivi³³.

La vicenda *Taricco*, ha funto – per così dire – da “*stress test*” della speculare regola di sistema (le norme eurounitarie chiamate a svolgere effetti *riduttivi* sono *sempre* direttamente applicabili, mentre le norme eurounitarie chiamate a svolgere effetti *espansivi* non sono *mai* direttamente applicabili). Regola che risulta confermata in un “caso difficile” e, quindi, rafforzata.

Ma, come sappiamo, vi è di più. Nell'ordinanza si estende questa garanzia oltre i confini del fatto e della pena, estendendola anche alle cause che fondano la punibilità. Si afferma quindi una lettura dell'art. 25 secondo comma secondo Cost. secondo cui è l'esercizio della funzione punitiva ad essere subordinata a *tutte* le garanzie qui previste³⁴. Questo ci impone di pensare in termini più ampi la regola appena citata. Non riferentesi ai soli effetti espansivi, ma più, in generale, agli effetti *in malam partem*, cioè anche se questi dovessero derivare da disposizioni non riguardanti il fatto e la pena.

Su questo punto l'argomentazione dell'ordinanza n. 24 del 2017, afferma a chiare (e pienamente condivisibili) lettere che la prescrizione concerne la punibilità e quindi incontra le garanzie dell'art. 25 secondo comma Costituzione.

³³ Va poi sottolineato che non è l'ordinanza n. 24 del 2017 a creare questa eccezione. L'eccezione è già contenuta nella sentenza n. 170 del 1984. Il presupposto procedurale dei controlimiti è infatti che il giudice nazionale è tenuto a rinviare alla Corte costituzionale in caso di norme comunitarie dotate di effetto diretto, ma su cui grava un dubbio di contrasto con controlimiti. E rinviare incidentalmente alla Corte costituzionale in caso di interferenza con norme comunitarie *dotate di effetti diretti* vuol dire per ciò solo affermare che queste non sono direttamente applicabili. La dottrina dei controlimiti infatti richiede prima di tutto che i giudici ordinari decidano di non applicare direttamente norme di diritto dell'Unione dotate di effetto diretto. Come si premura, infatti, di affermare la Corte costituzionale nell'ordinanza 24 del 2017 «bene hanno perciò fatto i rimettenti a investirla del problema, sollevando una questione di legittimità costituzionale» (ivi, par. 6. in fondo). Sui controlimiti v. ora A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit.

³⁴ Per gli effetti innovativi dello statuto costituzionale della prescrizione prodotti dalla 24 del 2017 v. i puntuali rilievi di G. RICCARDI, “*Patti chiari amicizia lunga*”, cit., 13.

3.1. *Quale è la ragionevole prevedibilità della prescrizione?*

L'ordinanza 24 del 2017 però non si ferma qui. Afferma infatti che «questa Corte è convinta che la persona non potesse ragionevolmente pensare, prima della sentenza resa in causa Taricco, che l'art. 325 del TFUE prescrivesse al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen. 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»³⁵. Con questo passaggio la Corte intende che la ragionevole prevedibilità, da intendersi come accessibilità della norma penale, si estenda anche alla disciplina dell'interruzione della prescrizione. Questo è l'unico passaggio dell'ordinanza 24 del 2017 che non mi persuade del tutto.

Caveat: non persuasivo, non vuol dire non comprensibile. Si intuisce infatti l'esigenza, anche dal punto di vista “tattico”, di agganciare la garanzia della legalità ad entrambe le sue componenti della riserva di legge e della ragionevole prevedibilità intesa come diritto della persona. Se si fosse infatti rivendicata “la “sola” esigenza della riserva di legge³⁶, senza affiancarla alla ragionevole prevedibilità, questo avrebbe, per un verso, diminuito il peso dei contro interessi in gioco, e, per altro verso, impedito alla Corte di fare leva sugli art. 49 e 53 della carta di Nizza. Cioè di rivendicare, in virtù di quest'ultimo articolo, la legittimità comunitaria di prevedere un «maggior grado di tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti dalla CEDU e dalle costituzioni degli Stati membri»³⁷ La riserva di legge infatti non è, né nella prospettiva della Corte ed e dell'art. 7 CEDU, né in quella della Corte di giustizia e dell'art. 49 della Carta di Nizza un “diritto dell'uomo” o una “libertà fondamentale”. Al contrario della ragionevole prevedibilità che invece gode di questo *status*. La Corte quindi ha ritenuto più conveniente sostenere che la ragionevole prevedibilità si estende anche a «ogni profilo sostanziale concernente la punibilità»³⁸ in modo da potere evocare l'art. 53 della Carta di Nizza e quindi dare base

³⁵ Così il par. 5 della 24 del 2017.

³⁶ Per una acuta riflessione sulla marginalizzazione del canone della riserva di legge nell'ordinanza 24 del 2017 v. G. RICCARDI, “Patti chiari amicizia lunga” cit., 14. Sul tema della riserva di legge nella questione Taricco v. C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimito della riserva di legge in materia penale* in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti* cit., 331 ss.

³⁷ L'art. 53 della Carta di Nizza sancisce che «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

³⁸ Così Corte cost. 24 del 2017, par. 8.

legale *anche alla luce dei principi del diritto europeo* alla sua impostazione e, conseguentemente, offrire una possibile via di uscita alla Corte di giustizia. Però, come dicevo, se questa strada è comprensibile, non è persuasiva. O, perlomeno, non lo è in quel passaggio appena citato.

Non mi sembra persuasiva perché non riesco proprio a convincermi che debba essere riconosciuto, e per di più come diritto fondamentale della persona in posizione di controlimite, questo affidamento del singolo³⁹ inteso come «calcolabilità anticipata del trattamento»⁴⁰. A mettere assieme cose diverse non si rende un buon servizio alle ragioni che sostengono cruciali esigenze di garanzia. Che la prescrizione riguardi la punibilità, e abbia quindi natura sostanziale, e quindi incontri le garanzie dell'art. 25 secondo comma, non vuol anche dire che le scelte di azione prese sulla base del tempo necessario a prescrivere, e quelle prese sulla base dell'affidamento della predeterminazione dei fatti penalmente rilevanti e delle pene, debbano avere identico statuto costituzionale. L'affidamento del singolo di potere decidere come agire sulla base della «calcolabilità anticipata» di ciò che costituisce precetto e pena mantiene una sua diversità qualitativa dall'affidamento del singolo di potere decidere come agire sulla base della «calcolabilità anticipata» di una condizione di punibilità come la prescrizione. Si tratta di norme diverse da quelle che compongono il precetto e la pena. Si tratta quindi di norme chiamate a svolgere una diversa funzione. Ed è importante che questa diversità di funzioni si riverberi in una diversità dello statuto delle garanzie, altrimenti la nostra cultura penalistica, e la matura riflessione su cui poggia⁴¹, rischia di perdere di persuasività, di autorevolezza e, in definitiva, di credibilità⁴².

Questo non vuol dire ovviamente che la ragionevole prevedibilità non venga in gioco in tema di prescrizione (l'art. 25 secondo comma subordina l'esercizio del *punire* ad una legge entrata in vigore *prima* del fatto commesso). Questo, a mio avviso, vuol invece dire che la ragionevole prevedibilità non debba intendersi come accessibilità della norma.

³⁹ Cfr. D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1-2016, 235.

⁴⁰ Così la definisce Massimo Donini nel chiarire che in tema di prescrizione non è questa la ragionevole prevedibilità garantita dall'art. 25 comma 2 cost. M. DONINI, *Prescrizione e irretroattività tra diritto e procedura penale*. “D” in *Foro it.*, 1998, V, colonna 324.

⁴¹ Su cui v. S. SILVANI, *Il giudizio del tempo*, Bologna 2009, F. GIUNTA, D. MICHELETTI *Tempori cedere*, Torino, 2003.

⁴² Che è anche capacità di proporsi come *better law*. Su questo concetto e sul suo ruolo nella circolazione dei principi v. A. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 693.

Trovo infatti pienamente convincente il suggerimento sostenuto da *Massimo Donini*⁴³, ripreso da *Domenico Pulitanò*⁴⁴ e, in commento all'ordinanza 24 del 2017, anche da *Vittorio Manes*⁴⁵. La ragionevole prevedibilità della prescrizione deve essere intesa come *fairness*, cioè come affidamento a che lo Stato non cambi le regole in corsa. Questa ragionevole prevedibilità/*fairness* è a mio avviso sicuramente da valorizzare a seguito della sentenza della Corte. Anche se mi rendo ben conto che questa idea della ragionevole prevedibilità come garanzia dell'affidamento a che lo Stato non cambi le regole in corsa è tutta da verificare nella sua possibilità di coordinarsi in modo coerente con il campo che l'art. 25 secondo comma della Costituzione attualmente circoscrive. Cioè quello dell'esercizio della funzione punitiva, con esclusione quindi, attualmente, delle norme processuali.

Viene infatti immediatamente spontaneo chiedersi perché se per la prescrizione occorre garantire la ragionevole prevedibilità a che non vengano cambiate *in peius* le regole in corsa lo stesso non debba valere – ad esempio – anche per la procedibilità a querela. Eventuali modifiche in corso su entrambi i profili costituirebbero una identica violazione della *fairness*, ma solo quella sulla prescrizione è su una scelta di punibilità (*ergo* sostanziale). Quindi, se ricostruiamo il 25 secondo comma attorno a questa garanzia di *fairness* per quanto concerne le disposizioni sostanziali estranee al precetto e alla pena, immediatamente busseranno alla porta

⁴³ M. DONINI, *Prescrizione e irretroattività tra diritto e procedura penale*. cit., colonna 324. Si tratta del contributo all'interessante dibattito sul possibile allungamento dei tempi di prescrizione non maturata (interventi anche di *Massimo Nobili*, *Luigi Stortoni*, *Maria Virgilio*, *Nicola Mazzacova*) proposto da *Giorgio Marinucci* in quel suo famoso articolo ("Bomba ad orologeria da disinnescare") pubblicato su *Il sole 24ore* del 12 marzo 1998.

⁴⁴ Che afferma testualmente «Pur non essendo questione di tutela di affidamenti di singoli, la retroattività sfavorevole di una regola del gioco intacca la *fairness* del gioco» assegnando tuttavia a questa garanzia una ristrettissima «possibilità di eventuali deroghe alla irretroattività sfavorevole in materia di prescrizione, la giustificazione di una deroga dovrebbe essere molto forte, tale da reggere di fronte al principio d'eguaglianza/ragionevolezza». Così D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, cit., 235. Faccio mie queste indicazioni, che affermano una dimensione alta, ma ancora relativa, e non assoluta, alla ragionevole prevedibilità intesa come *fairness*, che resta in questo modo diversa dalla ragionevole prevedibilità intesa come affidamento del singolo. Resto convinto che punire qualcuno per qualcosa che non costituiva reato al momento in cui lo ha commesso, o punirlo per un reato su cui la prescrizione è già maturata, costituiscono violazioni di un affidamento del singolo qualitativamente (e quindi costituzionalmente) diverse dal punire qualcuno modificando termini di prescrizione non ancora maturati.

⁴⁵ «L'affidamento sul fatto che lo Stato non "cambi le carte in tavola" a sorpresa, ossia alle spalle (e a detrimento) degli individui, dovendo sempre garantire – in un sistema basato sul principio di *preéminence du droit* e sulla *rule of law* – una *fairness*, sostanziale o processuale», così V. MANES, *La Corte muove e in tre mosse da scacco a "Taricco"*, cit., 7.

quelle norme processuali che non incidono sulla punibilità, ma che comunque condizionano il “punire”⁴⁶. E l’ordinanza 24 del 2017 ci suggerisce che non è *a priori* obbligatorio tenere serrata quella porta. Credo tuttavia che prima di aprirla occorra stabilire dei punti fermi su cosa possa entrare e per quali ragioni costituzionali.

4. *Il «ripudio» del giudice penale di scopo*

Conviene qui prendere le mosse citando per intero il passaggio dell’ordinanza 24 del 2017 contenuto nel paragrafo 9: «Anche se si dovesse ritenere che la prescrizione ha natura processuale, o che comunque può essere regolata anche da una normativa posteriore alla commissione del reato, ugualmente resterebbe il principio che l’attività del giudice chiamato ad applicarla deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate. In questo principio si coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law*. Essi non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso *ripudiano* l’idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire»⁴⁷.

Salta subito agli occhi che qui la Corte costituzionale fa leva proprio su quello stesso verbo – “ripudiare” – con cui prende le mosse l’art. 11 Cost. e, da cui si dipanano le fondamentali ragioni di pace e giustizia che devono assicurare le necessarie limitazioni di sovranità su cui stiamo qui riflettendo. Leggendo l’ordinanza a me sembra che la Corte usi questo verbo quasi per suggerirci che solo un ‘altro ripudio’ può ‘controlimitare’ le necessarie limitazioni di sovranità. Usando quel verbo è come se la Corte costituzionale ci dicesse che giudice penale di scopo e «ragioni di pace e giustizia» fossero due concetti antitetici per il nostro ordinamento costituzionale.

Questo “ripudio” del giudice penale di scopo⁴⁸ è a mio avviso di grande portata. *Culturale e disciplinare.*

⁴⁶ Cfr. M. NOBILI, *Prescrizione e irretroattività tra diritto e procedura penale*. “A” in *Foro it.*, 1998, V, colonna 319.

⁴⁷ Corsivo aggiunto.

⁴⁸ Tra i contributi alla Sentenza Taricco della Corte di giustizia che hanno segnalato l’irriducibile contrapposizione tra attività giurisdizionale penale e vincoli di scopo v. soprattutto L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di giustizia può ergere il giudice a legislatore*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2015, in part. 45.

Culturale perché è un monito che si inserisce in un dibattito ed in un momento in cui sono evidenti i compiti sempre maggiori che sembrano gravare sul giudice. Ed è un monito che si rivolge sia al legislatore sia al giudice.

Al legislatore perché ormai è considerato fisiologico offrire dei prodotti legislativi in cui è delegata al giudice la soluzione dei nodi politicamente più delicati. Il legislatore si autoassolve confidando che il giudice riuscirà a risolverveli con le linee di indirizzo che troverà unendo i puntini rintracciabili nel semilavorato che gli viene recapitato dal potere legislativo. Tra i tanti esempi mi viene subito da pensare al nuovo delitto di false comunicazioni sociali e alla cruciale indecisione politica (diventa quindi complicatissima questione ermeneutica⁴⁹) sulla rilevanza penale del falso valutativo. Qui la disarmante risposta del relatore di maggioranza al Senato alla questione fu: «sarà la nostra Corte di cassazione a dovere valutare se gli elementi valutativi e se le stime possano o meno rientrare all'interno di un concetto che implica fatti materiali rilevanti»⁵⁰.

Al giudice perché afferma un monito che cerca di porre un freno a quella sottile, ma radicale, trasformazione di ruolo così bene illustrata da *Francesco Palazzo*⁵¹, secondo cui Costituzione, legge, e giudice dai tre punti di una linea disposti lungo un preciso ordine (Costituzione – legge – giudice) sono divenuti i tre angoli di un triangolo che pone al vertice la Costituzione (e le fonti sovranazionali) e alla base legge e giudice. Una relazione in cui il giudice attribuisce alla legge i significati che ne ricava dalla Costituzione. Ma questo è il frutto cattivo dell'interpretazione conforme. In questo modo infatti si realizza un cambio di paradigma nei rapporti tra legge e giudice e l'interpretazione finisce per trascinare nell'analogia *juris*. Si evoca la conformità a Costituzione per compiere tuttavia uno stravolgimento della Costituzione, che esige l'esatto contrario, consapevole che l'autonomia e l'indipendenza della magistratura si basano sulla soggezione del giudice *soltanto* alla legge, come sancisce l'art.

⁴⁹ Rende bene la complessità ermeneutica della questione la bella ricognizione sui possibili percorsi argomentativi (tutti di per sé legittimi) offerta da M. SCOLETTA, *Le parole sono importanti? Fatti materiali, false valutazioni di bilancio e limiti all'esegesi del giudice penale in Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4/2016, 163 ss.

⁵⁰ Così in F. D'ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del giudice di legittimità. Davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?* in *Giur. it.*, 2015, 2213 citato da F. MUCCIARELLI, *Oltre un discusso «ancorché» le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e la legalità dell'interpretazione: qualche nota* in *Dir. pen. cont.*, 16 marzo 2016, 3.

⁵¹ F. PALAZZO, *Introduzione*, in A.M. STILE, S. MANACORDA, V. MONGILLO (a cura di), *Civil Law e Common Law: quale "grammatica" per il diritto penale?*, in corso di pubblicazione, 3 del dattiloscritto.

101 secondo comma Cost.⁵², autorevolmente definita «la più importante disposizione costituzionale a tutela dell'indipendenza dei singoli giudici»⁵³.

I frutti si possono inoltre già apprezzare sul piano *disciplinare*, perché l'ordinanza *Taricco* ha il coraggio di ribadire l'ovvietà dimenticata. Ovvero che il canone della determinatezza prima di tutto si rivolge al legislatore, su cui innanzitutto incombe il dovere di formulare norme sufficientemente determinate. La determinatezza insomma, non può essere solo un problema di determinabilità in sede giudiziaria.

Come acutamente suggerito da *Irene Pelizzone*⁵⁴, la 24 del 2017 costituisce il tassello mancante della sentenza n. 327 del 2008 in tema di disastro innominato. Incrociando le due decisioni otteniamo rispettivamente la latitudine e la longitudine attraverso cui orientarci nel *mare magnum* della determinatezza. La sentenza 327 del 2008 ha fissato, infatti, il fondamentale principio che la determinatezza è parametro che si rivolge *anche* al giudice, su cui grava il vincolo di orientare la sua attività interpretativa in direzione intensiva degli elementi di fattispecie, anche per supplire per via giurisprudenziale a eventuali carenze di determinatezza della fattispecie. Questa sentenza tuttavia, nonostante i suoi *caveat*⁵⁵, ha finito comunque per spostare il baricentro della determinatezza dal

⁵² Parametro come noto anche invocato dalle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale della terza sezione della Corte di cassazione, su cui v. M. GAMBARELLA, *Il caso Taricco: obblighi di disapplicazione in malam partem e compatibilità con i principi costituzionali della riserva di legge e della irretroattività*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti cit.*, 398 ss.

⁵³ N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2014, 86.

⁵⁴ I. PELIZZONE, *Il ruolo del giudice penale nella tutela degli interessi finanziari dell'Unione (e nazionali): battaglia di retroguardia o principio ineludibile da esporre a controlimiti del diritto dell'Unione europea? Considerazioni a margine dell'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale*, in corso di pubblicazione su *Quaderni costituzionali*, 2017, 6 ss. del datiloscritto.

⁵⁵ Così ad es. il par. 6 del considerato in diritto della 327 del 2008: «Al riguardo, è opportuno rilevare come l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale. Sostenere il contrario significherebbe, difatti, “tradire” entrambe le funzioni del principio di determinatezza. La prima funzione – cioè quella di garantire la concentrazione nel potere legislativo della produzione della *regula iuris* – verrebbe meno giacché, nell'ipotesi considerata, la *regula* verrebbe creata, in misura più o meno ampia, dai giudici. La seconda funzione – cioè quella di assicurare al destinatario del precetto penale la conoscenza preventiva di ciò che è lecito e di ciò che è vietato – non sarebbe rispettata perché tale garanzia deve sussistere sin dalla prima fase di applicazione della norma, e non già solo nel momento (che può essere anche di molto successivo) in cui si è consolidata in giurisprudenza una certa interpretazione, peraltro sempre suscettibile di mutamenti. Ciò non esclude, tuttavia, che l'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale costante possa assurgere ad elemento di conferma della possibilità di identificare, sulla scorta d'un ordinario percorso ermeneutico, la più puntuale valenza di un'espressione normativa in sé ambigua, generica o polisensa».

piano della posizione della norma a quello della sua applicazione, lasciando quindi scoperta una questione cruciale: fino a quando questo deve e può avvenire e quando invece il *deficit* di determinatezza deve essere affrontato per la sua via “naturale”? Cioè – a scampo di equivoci – mediante rinvio incidentale alla Corte costituzionale?

Mi viene a mente in particolare la sentenza delle Sezioni unite del 2012 sull'aggravante dell'ingente quantità di sostanze stupefacenti⁵⁶. In questa sofferta decisione (come prova il fatto che il giudice relatore è diverso dal giudice estensore) le Sezioni unite adottano il c.d. “criterio ponderale”. Cioè traducono un elemento quantitativo non numerico come «ingente quantità» in determinati limiti quantitativi numerici («non inferiore a 2000 volte il valore massimo in milligrammi determinato in tabella»⁵⁷). E questa sentenza trova la sua *ratio procedendi* proprio in alcune linee guida indicate della Corte costituzionale⁵⁸, a cui essa fa esplicitamente riferimento⁹.

Mi sono chiesto a lungo, senza riuscire a trovare una risposta convincente, se al giudice, sulla base delle indicazioni offerte dalla Corte costituzionale, spetti fino a questo punto un tale dovere/potere di determinabilità⁶⁰. Oggi a mio avviso l'ordinanza 24 del 2017 ci indica la risposta:

⁵⁶ Cass. pen., sez. un. sentenza 24 maggio 2012, *Biondi* pubblicata con scheda di M. PELAZZA, “*Ingente quantità di stupefacenti: le Sezioni Unite accolgono il “criterio ponderale”*”, in *Dir. pen. cont.*, 22 settembre 2012. Sull'ingente quantità e questa sentenza v. ora M. GAMBARDILLA, *Norme in costituzionali e nuovo sistema degli stupefacenti*, Roma, 2017, 79 ss.

⁵⁷ Cass. pen., sez. un., sentenza 24 maggio 2012 cit., par. 16 del *Considerato in diritto*.

⁵⁸ Questo il passo che offre il criterio guida ai giudici ordinari attraverso cui giudicare il livello minimo di determinatezza: «l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensivi, ovvero (...) di clausole generali o concetti “elastici”, non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo». Così Corte cost. 5 del 2004 par. 2.1 del *Considerato in diritto*.

⁵⁹ Cass. pen., sez. un., sentenza 24 maggio 2012 cit., par. 12 del *Considerato in diritto*.

⁶⁰ Che questo caso si ponga veramente al limite lo sottolinea, autorevolmente, anche Francesco Palazzo. Il Maestro fiorentino, pur rimarcando come la soluzione della Corte finisca per rendere prevalente le soluzioni della certezza su quelle della riserva di legge ritiene non senza qualche incertezza («saremmo propensi a credere» scrive) che tale sentenza sia in fondo legittima, «a condizione che gli indici sistematici alla base della soluzione tassativizzante siano sufficientemente univoci e non antitetici con gli scopi della disciplina perseguiti dal legislatore con una norma consapevolmente e volutamente indeterminata», così F. PALAZZO, *Legalità tra law in the book e law in action*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3/2016, 8.

il c.d. “criterio ponderale” esonda i limiti di determinabilità. Se quindi quell’aggravante formulata in quei termini dovesse rivelarsi inevitabilmente indeterminata l’unica strada sarebbe il rinvio alla Corte costituzionale.

È questa l’indicazione, tutt’altro che banale, che offre la Corte. Essa lascia sperare un ripensamento della sua giurisprudenza, estremamente poco incline a dichiarare l’illegittimità costituzionale per violazione del canone della determinatezza⁶¹. Perché va detto che se i giudici si sono “messi a fare da soli” molto dipende dalla ritrosia della Corte costituzionale ad accogliere questioni di indeterminatezza. *Piero Gaeta*, in un suo acuto saggio, segnala, in tema di «Devastazione e saccheggio» (art. 419 c.p.), come «il giudice ordinario si sia quasi rassegnato di fronte alla cautela con cui la Corte costituzionale ha storicamente recepito gli incidenti di costituzionalità per difetto di tipicità e precisione delle norme incriminatrici o per ridondanza e sproporzione del loro trattamento sanzionatorio»⁶². E a riprova porta l’esempio (e molti altri se ne potrebbero fare) della sentenza della prima sezione penale della Corte di cassazione del 13 luglio 2012 sui c.d. “*black bloc*” del G8 di Genova, con cui si è ritenuta manifestamente infondata la questione di costituzionalità del delitto di manifestazione e saccheggio «proprio sulla base di eloquenti precedenti della Consulta»⁶³.

Oggi, forse, la strada si sta invertendo⁶⁴. La Consulta è consapevole che la determinatezza è innanzitutto un problema della legge, e quindi

Nella stessa prospettiva v. ora il saggio di A. CHIBELLI, *La “ingente quantità” di stupefacenti: la “storia senza fine” di un’aggravante al bivio tra legalità in the books e legalità in action in Dir. pen. cont.*, 3 febbraio 2017.

⁶¹ Così v. anche per una rassegna I. PELIZZONE, *Il ruolo del giudice penale nella tutela degli interessi finanziari dell’Unione (e nazionali): battaglia di retroguardia o principio ineludibile da esporre a controlimite del diritto dell’Unione europea?*, cit. Cfr. inoltre in questo stesso senso F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula juris* in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 57 ss. Una rassegna sistematica è offerta nello studio curato da Vittorio Manes per conto dell’ufficio studi della Corte costituzionale “*Principi costituzionali in materia penale. Diritto penale sostanziale. Giurisprudenza sistematica. Aggiornata al settembre 2014*”. Consultabile sul sito della Corte costituzionale nella *directory* “Studi e ricerche”.

⁶² P. GAETA, *Limiti all’espressione dell’antagonismo politico e giurisprudenza di legittimità. Riflessioni sparse*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 914 ss. L’autore in tema di devastazione e saccheggio illustra bene come il giudice ricorre a soluzioni “*fai da te*” perché il rinvio incidentale sia una soluzione uscita dal suo orizzonte di pensiero.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Si pensi alla sentenza 236 del 2016 con cui la Corte costituzionale apre al parametro della proporzione, su cui v. i commenti di V. MANES, *Proporzione senza geometrie* (commento alla sentenza n. 236 del 2016) in corso di pubblicazione su *Giur. cost.*, 2017 e di F. VIGANÒ,

del giudice della legge. La 24 del 2017 ci permette, ma – mi piace credere – ci chiede anche, di iniziare a ripensare alla determinatezza⁶⁵ come innanzitutto un problema di posizione delle norme e, quindi, al rinvio incidentale alla Corte costituzionale come al suo primo essenziale strumento di giustiziabilità.

Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2016. Per una sentenza in controtendenza rispetto a questi recenti del Giudice della legge, v. in particolare la 68 del 2012 sui c.d. “microsequestri” su cui, proprio in punto di con-fusione tra il parametro dell’uguaglianza ragionevolezza e quello della proporzione, sia consentito rinviare a C. SOTIS, *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente “preso - troppo? - sul serio”*. commento a Corte cost. n. 68 del 2012, in *Giur. cost.*, 2012, 906 ss.

⁶⁵ Per ‘pensare la determinatezza’ nel suo duplice momento di posizione e di applicazione imprescindibile F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979. V. inoltre. S. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

DILETTA TEGA

IL TONO DELL'ORDINANZA
DELLA CORTE COSTITUZIONALE
N. 24/2017 E I SUOI DESTINATARI:
NARROWING THE DIALOGUE

SOMMARIO: 1. Che cosa voglio dire. – 2. Il tono dell'ordinanza. – 3. I destinatari. – 4. Il contesto di diritto comparato: echi di *judicial rebellion*.

1. *Che cosa voglio dire*

In queste brevi riflessioni scelgo di affrontare tre elementi, tra i molti che emergono dal rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale, ordinanza n. 24/2017.

In primo luogo, il tono usato – in quello che è solo il terzo rinvio pregiudiziale nella storia della giurisprudenza costituzionale – si caratterizza per una assertività finora assente in questo tipo di decisioni, così poco frequentato dal giudice costituzionale. Il giudice costituzionale dimostra di aver ormai preso dimestichezza con tale strumento che, a differenza del recente passato, non sembra più subire, ma che anzi utilizza con una certa durezza. Durezza e assertività che peraltro si ritrovano, a mio parere, anche nella sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea dell'8 settembre 2015 in causa C-105/14, Taricco. Lo scambio (non userei, per ora, la parola dialogo) tra le due Corti appare serrato¹.

In secondo luogo, i destinatari. L'ordinanza si riferisce, ovviamente, nel suo articolato ragionamento, alla Corte di giustizia, ma dimostra un'attenzione – già palesata, dal medesimo estensore, nella nota deci-

¹ Correttamente A. BENARDI ha parlato di diktat, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2017; L. GRADONI, ironizza sul dialogo tra le Corti in Europa, *Il dialogo tra Corti per finta*, in *SIDIBlog*; «garbata nella forma, rocciosa nella sostanza» afferma V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco" (note minime all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017)*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017.

sione n. 49/2015 in materia di rapporti con la giurisprudenza della Corte EDU – anche a un altro, importante destinatario: i giudici comuni, particolarmente spaesati davanti alla decisione del 2015. Come dimostrano del resto i diversi atteggiamenti in seno alla medesima sezione della Corte di cassazione: la Terza sezione penale ha sollevato la questione di costituzionalità; ma, con la decisione n. 44584/2016, ha anche ritenuto di dare direttamente seguito ai criteri della Corte di Giustizia, concludendo di non potere disapplicare i termini legali di prescrizione; e già prima, con la decisione n. 2210/2015, aveva applicato gli stessi criteri per giungere alla conclusione opposta.

In terzo luogo, il contesto di diritto comparato: negli anni recenti infatti si contano diversi casi nei quali le corti costituzionali hanno, con modalità certamente diverse, messo in discussione il primato del diritto comunitario e l'autorità della Corte di giustizia².

2. *Il tono dell'ordinanza*

Si diceva della decisione del 2015: si tratta di una sentenza tutta basata su un'interpretazione discutibile dell'art. 325 del TFUE, in base alla quale il giudice italiano deve disapplicare il regime dell'interruzione della prescrizione stabilito dagli artt. 160 e 161 c.p. qualora esso impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di gravi casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione o se il termine di prescrizione è più breve di quello fissato dalla legge nazionale per i casi analoghi di frode in danno dello Stato membro.

Il giudice europeo afferma poi – con una disinvoltura che ha lasciato stupiti – che il collega italiano può e deve applicare i principi stabiliti nella decisione senza attendere un intervento legislativo. Seguendo queste indicazioni addirittura non si violerebbe, in riferimento ai procedimenti pendenti, né l'art. 49 della Carta di Nizza, né il corrispondente art. 7 della CEDU. Secondo la Corte di giustizia – che pure menziona una importante e non del tutto chiara «riserva di verifica da parte del giudice nazionale», su cui la Corte costituzionale ha insistito – ciò che conta è che il comportamento illecito era già tale, ed era punito con la stessa sanzione, al momento della commissione; la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ha escluso violazioni dell'art. 7 CEDU, quando la proroga dei termini di prescrizione ha effetto immediato anche sui termini pendenti, salvi quelli ormai già completamente decorsi.

² Si veda D. SARMIENTO, *An Instruction Manual to Stop a Judicial Rebellion (before it is too late, of course)*, in *Despite our differences*blog.

Il tono di voce con il quale si esprime la Corte italiana fa chiaramente intendere che il rinvio pregiudiziale è uno strumento utilizzato per spiegare alla Corte di giustizia le criticità che la sua precedente decisione nascondeva e per chiederne una rilettura, valorizzando le garanzie approntate dalla Costituzione. Il tono risulta di quando in quando persino minaccioso: l'applicazione della dottrina dei c.d. controlimiti aleggia chiaramente su tutta l'ordinanza. Nonostante alcuni passaggi faticosi, il rinvio pregiudiziale spiega molto chiaramente che l'art. 25, secondo comma, Cost., esempio preclaro di quei principi supremi il cui rispetto può portare a dichiarare incostituzionale l'art. 2 della legge n. 130 del 2008 di ratifica ed esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea dopo le modifiche apportate a Lisbona, include anche l'istituto della prescrizione.

Dinanzi a questa decisione, e alle diverse censure di costituzionalità che l'hanno investita, quali strade avrebbe dovuto percorrere la Corte costituzionale? La via dell'inammissibilità era impraticabile. Volendo escludere, almeno in prima battuta, la soluzione estrema dell'applicazione immediata della teoria dei c.d. controlimiti³, ci si rende subito conto che l'ordinanza n. 24/2017, rappresenta l'unica seria risposta⁴.

La Corte italiana non è disponibile a negare alla prescrizione un significato penale sostanziale: anzi attraversa il punto con passo svelto, senza – almeno per ora – soffermarsi in distinzioni e riferimenti alle posizioni dottrinali critiche, così come alla sua variegata giurisprudenza sul tema: per questo è già stata criticata⁵, anche se forse con accuse di contraddittorietà intrinseca non del tutto condivisibili; ma su questo il giudice delle leggi potrà ritornare in seguito, nella decisione finale, con argomenti più sviluppati e, magari, qualche sfumatura aggiuntiva, tenendo conto delle risposte che verranno dalla Corte di Giustizia (alla quale, comunque, non compete prendere posizione su natura, contenuti e portata dei principi costituzionali nazionali).

Inoltre, di sicuro la Corte costituzionale nemmeno intende lasciare sulle spalle dei soli giudici ordinari l'onere di disapplicare la legislazione

³ Da ultimo, sullo spunto della questione Taricco, cfr. A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, in particolare M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, *ivi*, 63 ss.

⁴ A. RUGGERI ritiene il rinvio sommamente opportuno, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in questo volume.

⁵ P. FARAGUNA, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: "Gauweiler in the Roman Campagna"*, in *Verfassungsblog on matters constitutional*.

nazionale in base ad un apprezzamento caso per caso già concretamente dimostratosi difficoltoso; né privare il cittadino, per quanto colpevole, del principio della certezza e prevedibilità del diritto, riassuntivamente del principio di legalità. Le già riferite oscillazioni applicative sono una prova efficace della confusione generata dalla sentenza *Taricco*⁶.

C'è poi almeno un passaggio in cui il tono della questione si alza notevolmente, e finisce per investire gli stessi elementi costitutivi dell'Unione europea, nei suoi rapporti con gli Stati membri: questi rapporti «sono definiti in forza del principio di leale cooperazione, che implica reciproco rispetto e assistenza. Ciò comporta che le parti siano unite nella diversità. Non vi sarebbe rispetto se le ragioni dell'unità pretendessero di cancellare il nucleo stesso dei valori su cui si regge lo Stato membro». Pertanto, «la legittimazione (art. 11 della Costituzione italiana) e la forza stessa dell'unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 del TUE) nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE). In caso contrario i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri».

D'altra parte, però, nemmeno la Corte costituzionale sminuisce il problema che le frodi fiscali pongono nell'ordinamento italiano: la prospettiva della disapplicazione giudiziaria mette in crisi la legalità penale; ma il giudice costituzionale è altrettanto netto nel precisare che «[r]esterebbe in ogni caso ferma la responsabilità della Repubblica italiana per avere omesso di approntare un efficace rimedio contro le gravi frodi fiscali in danno degli interessi finanziari dell'Unione o in violazione del principio di assimilazione, e in particolare per avere compresso temporaneamente l'effetto degli atti interruttivi della prescrizione».

E allora ecco che la Corte costituzionale indica alla Corte di giustizia un possibile terreno di incontro. La Corte italiana non mette in discussione le, pur criticabili, conclusioni che la Corte europea ha tratto in *Taricco* sulla base dei dati e delle categorie giuridiche ivi considerate⁷. La Corte suggerisce invece alcune risposte, alle domande oggetto del rinvio pregiudiziale, che si basano su norme e concetti ulteriori, più idonei a dare rilievo anche comunitario alle preoccupazioni costituzionali nazio-

⁶ Lo sottolinea I. PELIZZONE, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: principio di determinatezza, separazione dei poteri e ruolo del giudice penale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2017.

⁷ Secondo la prospettiva suggerita, in dottrina, da D. GALLO, *La primazia del primato sull'efficacia (diretta?) del diritto UE nella vicenda Taricco*, in *SIDIBlog*.

nali: anzitutto il principio di collaborazione reciproca tra i due ordinamenti, di cui si è detto; ma non solo questo. Secondo l'apprezzamento della Corte costituzionale nella decisione *Taricco* «si [è] 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 nazionali farsi carico di una siffatta valutazione». Correttamente i giudici penali hanno interpellato la Corte costituzionale, la quale ha messo a fuoco (quantomeno in prima battuta) i problemi di compatibilità con i principi supremi dell'ordine costituzionale, e si è sentita in dovere di chiedere a propria volta alla Corte di Giustizia se l'interpretazione dell'art. 325 TFUE, in via di ulteriore chiarimento della lettura già data, può farsene carico e rinunciare alla disapplicazione, nei casi problematici. «Se questa interpretazione dell'art. 325 del TFUE e della sentenza resa in causa *Taricco* fosse corretta, cesserebbe ogni ragione di contrasto e la questione di legittimità costituzionale non sarebbe accolta». A questo punto del rinvio, si esemplifica la via che la Corte di giustizia dovrebbe valorizzare, cercando di esprimere le problematiche costituzionali emerse attraverso il riferimento alle categorie del diritto comunitario: la versione “estesa”, italiana, del principio di legalità penale «costituisce un livello di protezione più elevato di quello concesso agli imputati dall'art. 49 della Carta di Nizza e dall'art. 7 della CEDU. Esso, perciò, deve ritenersi salvaguardato dallo stesso diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 53 della Carta, letto anche alla luce della relativa spiegazione»; altrimenti, del resto, «il processo di integrazione europea avrebbe l'effetto di degradare le conquiste nazionali in tema di libertà fondamentali e si allontanerebbe dal suo percorso di unificazione nel segno del rispetto dei diritti umani (art. 2 del TUE)»⁸.

Secondo il rinvio, l'interpretazione *dettata* dalla Corte costituzionale «se da un lato serve a preservare l'identità costituzionale della Repubblica italiana, dall'altro non compromette le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione e si propone pertanto come soluzione conforme al principio di leale cooperazione e di proporzionalità»⁹.

⁸ L'importanza del riferimento all'art. 53, e più in generale del tentativo di dare veste europea alle preoccupazioni costituzionali nazionali, è sottolineata anche da M. BASSINI e O. POLLICINO, *The Taricco Decision: A Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution*, in *Verfassungsblog on matters constitutional*.

⁹ Per una ipotesi di soluzione “pacificatoria”, «che potrebbe tornare utile ogni qual volta si svolga un dialogo tra le Corti avente per specifico oggetto la chiarificazione di ciò che entra a comporre l'identità costituzionale messa a rischio da atti dell'Unione (tra i quali, ovviamente, le stesse pronunzie della Corte di giustizia)», cfr. A. RUGGERI, *cit.*

3. *I destinatari*

Mentre sul tono utilizzato nel rinvio pregiudiziale, come ho cercato di sottolineare, si possono nutrire alcuni dubbi di opportunità, uno dei pregi indiscutibili, a mio avviso, dell'ordinanza è la sua capacità di indicare anche al giudice comune come maneggiare la materia incandescente dei rapporti tra giurisprudenza comunitaria e diritto penale sostanziale. Dicevo prima che qui si ritrova, a mio modo di pensare, un parallelo con quanto lo stesso estensore ha scritto nella decisione n. 49 del 2015¹⁰: anch'essa, per quanto criticabile nei toni e anche in alcune affermazioni di contenuto, certo si riprometteva di venire incontro al complicato compito dei giudici nel maneggiare la complessa e numerosa giurisprudenza della Corte EDU.

4. *Il contesto di diritto comparato: echi di judicial rebellion*

È stata la Corte costituzionale ceca, per la prima volta in una pronuncia del 2012, a stabilire che una decisione della Corte di giustizia fosse ultra vires (Pl. ÚS 5/12)¹¹; solo pochi mesi fa, il 6 dicembre del 2016 la Corte Suprema danese, nel caso Asejos, ha rifiutato di dare applicazione, con sentenza n. 15/2014¹², alle raccomandazioni della Corte di Giustizia nella sentenza *Dansk Industri*; sempre nel dicembre del 2016, nella decisione n. 22/2016 sul sistema delle quote degli immigrati, la Corte costituzionale ungherese ha minacciato la possibilità di rifiutare di applicare il diritto comunitario in nome della identità costituzionale nazionale¹³.

Senza arrivare a questi estremi, concorrono a disegnare un quadro certamente non semplice, le ormai numerose decisioni di quelle Corti che hanno messo in discussione altri aspetti del diritto dell'Unione Europea, come la giurisprudenza ormai consolidata del Tribunale costituzionale tedesco o la sentenza della Corte costituzionale slovacca (decisione

¹⁰ Cfr. D. TEGA, *A National Narrative: The Constitution's Axiological Prevalence on the ECHR*, in I-CONnect.

¹¹ Su cui si veda M. LUCIANI, cit., 84; O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est vis à vis il processo di integrazione europea*, in www.diritticomparati.it.

¹² G. ZACCARONI, *Un'altra crepa nella diga del dialogo? La Corte Suprema Danese rifiuta di dare applicazione ad un rinvio pregiudiziale della Corte di Giustizia*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/2017.

¹³ Cfr. G. HALMAI, *The Hungarian National(ist) Constitutional Identity*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/2017.

del 18 ottobre 2005, Pl. ÚS 8/04) e della Corte costituzionale ungherese (pronuncia del 17 maggio 2004, n. 17/2004).

Questo atteggiamento può essere considerato sia una sorta di ragionevole bilanciamento rispetto ad alcune decisioni della Corte di giustizia, sia certamente una minaccia molto seria all'integrazione. Le posizioni delle Corti costituzionali appena ricordate, compresa quella espressa nell'ordinanza n. 24/2017 offrono la possibilità di provare a esplorare i limiti procedurali e sostanziali di un dissenso giurisprudenziale sostenibile, fisiologico e persino utile nel costituzionalismo europeo.

Oggi la Corte italiana, da un lato, tiene aperto un canale di comunicazione, interpellando la Corte di Giustizia prima di decidere se, e in quale misura, applicare i controlimiti per neutralizzare, nel caso concreto, le controverse conclusioni della sentenza *Taricco* a proposito della disapplicazione. Dall'altro però, attraverso questo atteggiamento che potrebbe anche considerarsi dialogico, domanda molto, e con forza, alla Corte di Giustizia¹⁴: un ripensamento, magari parziale ma comunque vero e proprio, della sentenza del 2015, peraltro pronunciata dalla Grande Camera.

Mi pare che la Corte di giustizia si trovi in una posizione scomoda, ma certo non le mancano le vie d'uscita. Se confermasse il giudizio del 2015, la Corte costituzionale sembrerebbe intenzionata a dichiarare l'incompatibilità del diritto comunitario con i principi fondamentali costituzionali e ad applicare per la prima volta la c.d. teoria dei controlimiti. Se però la Corte di giustizia volesse raccogliere il riferimento che la Corte costituzionale ha fatto all'art. 53 della Carta di Nizza, potrebbe restringere la portata della decisione *Taricco*, evitando o circoscrivendo la disapplicazione, considerato che la Costituzione italiana non solo riconosce i valori proclamati nell'art. 49 della Carta di Nizza, ma garantisce loro una protezione più ampia. In questo modo, la parziale eccezione all'art. 325 TFUE troverebbe spiegazione anche in una lettura sistemica dei Trattati, sui quali l'ultima parola spetta chiaramente alla Corte di giustizia.

La soluzione a questa *empasse* è proprio quella di valorizzare invece il paziente dialogo sui casi, sui molti profili del loro inquadramento giuridico e sulle variegate possibilità di incontro che si offrono all'ordinamento europeo e quelli nazionali, nella pluralità degli elementi che li pongono: lavorando non tanto sui principi generali, ma piuttosto, al lume dei principi, sulle particolarità delle singole situazioni normative. In particolare, la Corte di Giustizia, valorizzando clausole del diritto dell'Unione non con-

¹⁴ Lo sottolinea A. BERNARDI, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, cit.

siderate nella propria decisione del 2015, potrebbe temperare le conclusioni raggiunte in *Taricco*, dando una veste (anche) europea alle preoccupazioni della Corte costituzionale italiana, alla quale resterebbe poi la responsabilità della battuta successiva in questo scambio sempre più serrato. Del resto nella decisione *Von Wolfersdorff*, causa C-438/14, 2 giugno 2016¹⁵, la Corte di Giustizia ha riconosciuto con maggiore convinzione il ruolo svolto dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri.

Questo tipo di atteggiamento sarebbe anche utile a distinguere il caso italiano da altri cui si è accennato, dove l'autorevolezza e l'autorità della UE sono messe in discussione molto più seriamente¹⁶: la mente corre anzitutto all'inquietante decisione ungherese, notevole non solo per la sua ampia portata, con riguardo all'ordinamento nazionale, ma anche per il riferimento a nozioni esclusivamente autarchiche, che difficilmente potrebbero essere ricondotte alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea o al patrimonio di valori e principi su cui essa si fonda¹⁷.

¹⁵ G. ZACCARONI, *cit.*

¹⁶ Sul diverso atteggiamento della Corte costituzionale italiana si veda G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritti Comparati*.

¹⁷ Vedi ancora G. HALMAI, *cit.*

ANDREA VENEGONI

LA SAGA *TARICCO* CONTINUA: L'ORDINANZA
DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 24 DEL 2017
ED IL FUTURO DEL DIRITTO PENALE EUROPEO

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'importanza «politica» della sentenza *Taricco* e dell'ordinanza della Corte costituzionale. – 3. Il ruolo dell'art. 325 TFUE nell'ordinanza della Corte costituzionale. – 4. Area comune di giustizia e Corti Costituzionali di altri Stati. – 5. L'ordinanza della Corte costituzionale: il nostro *Lissabon-Urteil*? – 6. Le possibili conseguenze delle conclusioni evidenziate nell'ordinanza della Corte costituzionale sullo sviluppo del diritto penale europeo.

1. *Introduzione*

Nella città legata al poema con la trama forse più varia e avvincente della letteratura italiana, e nella fortunata coincidenza dell'appena trascorso cinquecentesimo anniversario dello stesso, non può che essere un piacere ritrovarsi insieme per discutere di una saga altrettanto appassionante – anche se per un pubblico ben più ristretto – e variegata: quella della vicenda *Taricco*, e, in una dimensione più ampia, quella dei rapporti tra ordinamento dell'Unione e Corte costituzionale italiana o, se si vuole, dei rapporti tra il primo e l'ordinamento nazionale.

Forse, per continuare in questo piccolo gioco dell'accostamento letterario, si potrebbe dire subito, commentando l'ordinanza tanto attesa della Corte costituzionale, che oggi anche noi possiamo «cantare» di «cortesie»; non, però, di «audaci imprese», almeno per il momento, e, da un certo punto di vista, fortunatamente.

Il risultato è, quindi, per ora, una situazione sospesa, che ha rinviato alla Corte di Giustizia il compito di risolvere l'intrigo, in un rapporto non meno tormentato dell'amore di Orlando per Angelica, o non meno travagliato delle avventure di Ruggiero e Bradamante.

2. *L'importanza «politica» della sentenza Taricco e dell'ordinanza della Corte costituzionale*

Deve, però, come detto, riconoscersi un gesto di cortesia nel fatto che la Corte costituzionale ha deciso, almeno in questa fase, di non solle-

vare i c.d. «controlimiti», già evocati ma mai in concreto esercitati. Il tono dell'ordinanza, pur con alcuni pregi innegabili che le vanno riconosciuti, peraltro, è abbastanza inequivoco nel senso di evidenziare che la Corte sarebbe oggi più che mai, in questa vicenda, pronta a chiudere la strada alla penetrazione dell'ordinamento dell'Unione, sugli aspetti specifici della questione, nel nostro sistema. Tuttavia, prima di farlo, ha voluto, se così si può dire, dare alla Corte di Giustizia un'ultima possibilità; la possibilità di chiarire essa stessa l'interpretazione delle norme che vengono in rilievo nella specie e chiarire che, in realtà, nessun contrasto esiste con l'ordinamento nazionale italiano. Ha, cioè, voluto – a dire il vero, un po' a suo modo – continuare quel «dialogo tra Corti» che così tanto ha contribuito, e dovrebbe continuare a contribuire, allo sviluppo della tutela dei diritti fondamentali all'interno dell'Unione. Formalmente, quindi, una cortesia, tanto più se si considerano i precedenti in tema di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale alla Corte di Giustizia per l'interpretazione del diritto dell'Unione. Tre di numero (compreso l'odierno), dal 1956 ad oggi, di cui il primo solo nel 2008 ed il secondo nel 2013; di essi, due soli (compreso l'odierno) nell'ambito di giudizi in via incidentale, ed uno solo (proprio quello odierno) in diritto penale. Se i numeri e le statistiche hanno un senso, questi dimostrano una notevole difficoltà di rapporti tra la nostra Corte costituzionale e l'ordinamento dell'Unione, difficoltà confermate, peraltro, ancora da recentissime sentenze quali la n. 133 del 2016¹. Il fatto che, nel nostro caso, la Corte non abbia deciso direttamente la questione, presumibilmente innalzando gli invocati controlimiti, ma si sia risolta a compiere un atto per lei piuttosto inusuale ed al quale è certamente poco incline, non può che essere visto come una cortesia istituzionale. È mancata, quindi, almeno per il momento, l'«audace impresa», l'innalzamento dei controlimiti appunto. Di questo non ci si può che rallegrare, da qualunque parte si voglia vedere la vicenda, sia che si sia benevoli verso la sentenza *Taricco* del 2015, sia che la si veda come un pericolo per l'integrità dei principi costituzionali del nostro sistema.

Non ci se ne può che rallegrare perché, contrariamente a quanto ritenuto da alcuni commentatori della vicenda *Taricco*, io resto convinto del

¹ In cui la Corte non ha restituito gli atti al giudice remittente in una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tar Emilia Romagna che, sulla base di una possibile interpretazione di una direttiva europea, aveva ravvisato contrasto tra la stessa e una norma nazionale; la Corte nella specie non ha affermato che il giudice avrebbe dovuto effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia per avere il chiarimento necessario sull'interpretazione della normativa dell'Unione, ma ha di fatto interpretato la normativa europea, adottando così una posizione che si potrebbe definire anteriore a quella della sentenza Granital del 1984; si veda al riguardo R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale e il giudizio incidentale sulle leggi «anticomunitarie»: il passo del gambero?*, in www.dirittounioneeuropea.eu.

significato «politico» delle sentenze emesse a questi livelli². L'innalzamento dei controlimiti in questa occasione, da parte della Corte costituzionale di uno Stato fondatore dell'Unione, di uno Stato – comunque la si voglia pensare e nonostante le difficoltà economiche e l'incertezza politica – fondamentale all'interno della stessa, in un momento di crisi politica ed istituzionale così profonda dell'Unione, tanto da farne dubitare addirittura del futuro, avrebbe avuto (ed avrebbe ancora) un significato politico enorme, in termini di conferma di un ulteriore sfaldamento dell'Unione³. La riprova del valore «politico» delle sentenze emesse da questi altissimi consessi, del resto, la si ritrova proprio nella presente vicenda a proposito della materia oggetto di discussione nel caso *Taricco*. Lo stesso, come è noto a tutti, tratta di una frode iva, e la sentenza della Corte di Giustizia parte dal presupposto, da essa ribadito anche in sentenze precedenti⁴, secondo cui l'iva è una imposta di natura euro-unitaria, rappresentando – una quota di essa – una delle entrate del bilancio dell'Unione. È solo in base a questo principio che la Corte può sviluppare tutte le restanti argomentazioni della sentenza. Se l'iva non fosse stata considerata imposta rilevante per l'Unione, la Corte non sarebbe stata neppure competente a valutare il caso.

Orbene, è altrettanto noto a tutti che sull'iva è in corso da vari anni una disputa all'interno dell'Unione, riguardante la sua natura ed il suo rilievo euro-unitario, essendo cresciuta una corrente di pensiero tendente a considerare l'imposta come esclusivamente nazionale, e solo indirettamente di rilievo europeo. Tale corrente di pensiero si è manifestata in maniera clamorosa ed evidente all'interno dei negoziati per l'approvazione della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione attraverso il diritto penale, presentata dalla Commissione nel luglio 2012. Nel corso degli stessi, infatti, il Consiglio, e quindi gli Stati, approvò un testo nel giugno 2013, modificativo della proposta della Commissione, che conteneva una norma che escludeva espressamente l'iva dallo scopo della direttiva. È stato solo grazie all'intervento del Parlamento Europeo e poi proprio della Corte di Giustizia nel caso *Taricco*,

² Scrive I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale: problemi e prospettive*, Milano, 2015, che «sarebbe un grave errore prospettico dare valore, anche dopo Lisbona, al solo diritto dei Trattati per comprendere come, a livello strutturale, il diritto dell'Unione possa interferire con scelte nazionali in materia penale», p. 76.

³ F. DONATI, *Sovranità, democrazia e vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea*, in *Lo Stato*, n. 7/2016, 217 ss., parla di un'eventuale sentenza della Corte costituzionale che azionasse i controlimiti come di un elemento che «potrebbe creare un *vulnus* molto forte al processo di integrazione europea».

⁴ CGUE, sentenza 15 novembre 2011 in causa C-539/09, Commissione c. Germania, nonché la più nota CGUE, sentenza 26 febbraio 2013 in causa C-617/10, Akerberg Fransson.

sentenza che gli Stati membri non hanno potuto ignorare, che, al termine dei negoziati, nel testo conclusivo le frodi iva sono state considerate, almeno parzialmente, rilevanti ai fini degli interessi finanziari dell'Unione. La giurisprudenza della Corte è stato, quindi, in questo caso, uno dei fattori essenziali che si è ripercosso su un'attività strettamente «politica» quale il negoziato legislativo per l'approvazione della direttiva PIF.

3. *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nell'ordinanza della Corte costituzionale*

Poiché in passato ho cercato di occuparmi della vicenda da una prospettiva più di diritto europeo che nazionale, analizzando i riflessi della sentenza di Lussemburgo sotto il profilo del ruolo fondamentale che la stessa assegna all'art. 325 TFUE, vorrei continuare su questa linea anche occupandomi della presente ordinanza. Da questo punto di vista, mi sentirei di dire che la Corte costituzionale non ha posto in discussione il ruolo dell'art. 325 TFUE come possibile nuova fonte del diritto penale europeo nel campo della lotta alle frodi, ruolo che, in sostanza riterrei essere stato conferito a tale norma dalla sentenza della Corte di Giustizia. Si tratta di questione nota, riassumibile sinteticamente nei seguenti termini: il Trattato di Lisbona ha consacrato delle espresse e specifiche basi legali per iniziative dell'Unione in diritto penale sostanziale e processuale, fino ad allora mancanti. Si tratta degli art. 82 e 83 TFUE. Gli stessi, però, sottopongono tali possibili iniziative a vincoli ben precisi sia quanto al contenuto (norme minime) che allo scopo (ravvicinamento delle legislazioni), che alla forma (direttive). Una corrente di pensiero ritiene, invece, che il settore della lotta alle frodi sia estraneo a tale disciplina e che abbia una base legale a sé e specifica per le iniziative in tale campo, appunto l'art. 325, operante anche per il diritto penale⁵. Una delle conseguenze di tale interpretazione è che tale disposizione, a differenze di quelle sopra citate, non pone particolari restrizioni al contenuto delle norme adottate sulla base della stessa e nessun vincolo di forma a possibili iniziative legislative e quindi, teoricamente, permette di procedere anche sulla base di regolamenti. La Corte di Giustizia, nella sentenza *Taricco*, non solo la ha adottata a parametro in base al quale valutare la normativa penale italiana in materia di prescrizione, ma le ha conferito anche efficacia diretta, tanto da farne discendere l'obbligo di

⁵ Si veda L. PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco. Dalla «virtuosa indignazione» al rilancio del diritto penale europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 24 ottobre 2016, per non rinviare al mio lavoro *Il difficile cammino della direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione attraverso il diritto penale (c.d. direttiva PIF): il problema della base legale*, in *Cass. pen.*, 2015, 2442 ss.

disapplicazione della norma penalistica nazionale contrastante con essa. A questo punto, vi sono, quindi, elementi per ben ritenere che abbia, in qualche modo, avallato la seconda interpretazione sopra ricordata, perché se l'art. 325 TFUE è il parametro per valutare la normativa penalistica nazionale, corrispondentemente, sull'altro versante, dovrebbe anche essere la base legale per future iniziative legislative proprie dell'Unione nello stesso settore⁶. In questo senso, la sentenza *Taricco* ha, a mio parere, un grande merito, quello di avere acceso i riflettori su questa norma, il cui ruolo, come detto, era dai contorni ancora incerti, tanto che, come è ugualmente noto a tutti, all'interno delle stesse Istituzioni Europee ne era dibattuta la portata. Quando infatti la Commissione, nel luglio 2012, adottò la prima iniziativa legislativa in diritto penale sotto il Trattato di Lisbona per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, la notissima direttiva PIF⁷ già sopra citata, lo fece proprio ravvisandovi la base legale nell'art. 325 TFUE, ma il Consiglio dell'Unione ed il Parlamento Europeo sono stati di contrario avviso, ravvisando la base legale nell'art. 83 TFUE. La sentenza della Corte di Giustizia dovrebbe avere, quindi, quanto meno, chiarito questo aspetto.

Ebbene, la Corte costituzionale non ha minimamente sindacato il ruolo dell'art. 325 TFUE nel quadro normativo europeo, né la sua efficacia diretta⁸ attribuitagli dalla Corte di Giustizia; la Corte stessa lo afferma esplicitamente al paragrafo 8 dell'ordinanza⁹. Certo, si potrebbe rilevare che la Corte non avesse neanche la possibilità di farlo, esulando tale valutazione dalle sue competenze. Tuttavia, nel momento in cui l'ordinanza della Corte di Appello di Milano che ha sollevato la prima questione di legittimità costituzionale nella vicenda¹⁰ contiene, seppure velatamente, tra i profili per cui valuta la contrarietà di una piena applicazione della sentenza *Taricco* nel nostro sistema anche quello della violazione dell'art. 25 comma 2 Cost sotto il profilo della riserva di legge¹¹, perché solo la legge

⁶ Sul punto si veda anche C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia?*, in *www.forumcostituizionale.it*, 5 ottobre 2016.

⁷ Proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione attraverso la legge penale COM(2012)363 del 11 luglio 2012.

⁸ Circostanza di cui si è, naturalmente, reso conto in particolare chi non si era posto in una posizione di particolare favore rispetto alla sentenza *Taricco*; si veda V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco»*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017.

⁹ (L'interpretazione che la Corte costituzionale propone, ndr)... non pone in discussione il significato che la Corte di giustizia ha rinvenuto nell'art. 325 del TFUE.

¹⁰ Corte d'Appello di Milano, ord. 18 settembre 2015, pres. Maiga, est. Locurto.

¹¹ Come rilevato da F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'Appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 21 settembre 2015.

(nazionale?) può incidere sul trattamento sanzionatorio, e non una operazione di disapplicazione della normativa nazionale, derivante da una sentenza della Corte di Giustizia, per contrasto con una norma del Trattato dotata di efficacia diretta; e nel momento in cui, questa volta esplicitamente, la Corte di Cassazione solleva tale specifico profilo di contrasto col sistema interno¹² affermando espressamente che «il Trattato UE riconosce alle istituzioni ‘europolitane’, nell’ambito di quelle ‘limitazioni di sovranità’ consentite dall’art. 11 Cost., competenza penale soltanto indiretta, prevedendo l’adozione di direttive in alcune sfere di criminalità caratterizzate da una dimensione transnazionale», allora il ruolo dell’art. 325 TFUE come sopra delineato avrebbe potuto essere messo seriamente in discussione. È evidente, infatti, che nelle ordinanze dei giudici nazionali di rimessione alla Corte costituzionale, sono anche la natura ed il significato dell’art. 325 TFUE, come definito dalla Corte di Giustizia, ad essere posti in dubbio. Ma questo significa che è la possibilità per il diritto dell’Unione di incidere in maniera diretta nel diritto penale nazionale, oggi attraverso una sentenza della Corte di Giustizia, ma, in un futuro non si sa quanto lontano, attraverso un regolamento basato su questa norma, ad essere in discussione. Come rilevato correttamente in dottrina, una delle vere poste in gioco nella vicenda era, allora, davvero, la possibilità di sviluppo di un autentico diritto penale europeo, almeno nel campo della lotta alle frodi, fondato – anche, ma non solo – sull’art. 325 TFUE. Questa interpretazione della norma nel quadro giuridico europeo e le sue potenzialità espansive in future iniziative legislative, quindi, non sono, in via generale, state poste in discussione dalla Corte costituzionale. Certo, sotto il profilo della riserva di legge, un aspetto è al centro dell’attenzione della Corte, laddove essa dubita della determinatezza della norma perché la stessa «omette di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo» che essa si prefigge, dotando così il giudice, in sostanza, di poteri discrezionali di politica criminale che, invece, dovrebbero essere propri del legislatore¹³, ma mi sentirei di dire che questo profilo non intacca il significato che all’art. 325 TFUE ha conferito la Corte di Giustizia all’interno dell’ordinamento dell’Unione, né il suo primato rispetto all’ordinamento nazionale, e la sua possibilità di essere fonte di future normative europee in materia.

Anche di ciò, non ci se ne può che rallegrare.

Non è poco, anzi, tutto ciò è molto importante; e, tuttavia, le buone notizie finiscono qua.

¹² Cass., sez. III pen., ord. n. 28346/2016.

¹³ Si veda L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell’Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, dicembre 2015.

4. *Area comune di giustizia e Corti Costituzionali di altri Stati*

In realtà, individuare nell'art. 325 TFUE la base legale per iniziative legislative nel settore della lotta alle frodi da parte della UE non significa necessariamente che l'Unione, liberata dai vincoli dell'art. 83 TFUE, possa irrompere di prepotenza nei diritti penali nazionali sovvertendoli. Questo, la Corte di Giustizia non lo ha mai detto, tanto meno nel caso *Taricco*.

La Corte costituzionale, invece, sembra estremamente preoccupata da questo aspetto. Ciò che appare più evidente anche ad una prima lettura del provvedimento è che l'instaurazione di un dialogo con la Corte di Giustizia è solo formale. Se per «dialogo» si intende uno scambio di idee al fine di giungere ad una autentica soluzione condivisa, senza partire da posizioni predefinite, allora il dialogo nel caso di specie è totalmente mancante. Il ragionamento della Corte costituzionale è, in realtà, una specie di aut-aut ai giudici di Lussemburgo, del tipo «o voi modificate il senso della sentenza *Taricco* adattandolo al mio ordinamento, oppure provvederò io».

La Corte lascia infatti comprendere senza mezzi termini che, così come è, il risultato che emerge dalla sentenza *Taricco* contrasta con la nostra costituzione sotto alcuni profili ed è quindi inaccettabile per il nostro sistema.

L'ordinanza conferma così la difficoltà di penetrazione del diritto penale europeo, o della creazione dell'area comune di giustizia, nei diritti penali nazionali. La stessa si pone, quindi, in un certo senso, salve le debite differenze, sulla stessa linea di pronunce delle Corti Costituzionali di altri Stati, alcune delle quali emesse in occasione della ratifica del Trattato di Lisbona, in cui era stata vagliata la compatibilità della creazione della «nuova» area di sicurezza libertà e giustizia risultante dal Trattato del 2009 con i rispettivi sistemi nazionali. Si può ricordare così, che nel c.d. «Lissabon Urteil» del giugno 2009¹⁴ il Bundesverfassungsgericht, la Corte costituzionale tedesca, pur non ravvisando, in tale vaglio preventivo, profili di incostituzionalità tra le nuove norme del Trattato in tale materia e la costituzione federale¹⁵, ha però individuato una sorta di «spazio costituzionale nazionale riservato» che non può essere compro-

¹⁴ BVG 30 giugno 2009, traduzione italiana sul sito istituzionale della Corte costituzionale.

¹⁵ La pronuncia, in realtà, è più complessa e comprende anche un giudizio sulla legge di accompagnamento di quella di ratifica del Trattato, relativa a rapporti tra nuove procedure legislative dell'Unione e parlamento nazionale, su cui, invece, ha ravvisato profili di illegittimità costituzionale.

messo dal processo di unificazione europea, e nel quale ha inserito «gli interventi incisivi sui diritti fondamentali come la privazione della libertà personale nella giustizia penale» e «le decisioni sul diritto penale sostanziale e procedurale»¹⁶. Ha, quindi, concluso nel senso di non ravvisare contrasto tra la legge di ratifica del Trattato e la costituzione federale «alle condizioni di cui in motivazione»¹⁷.

Il Tribunale Costituzionale spagnolo¹⁸ (con riferimento, all'epoca, al Trattato costituzionale del 2004, ma con argomentazioni applicabili anche al Trattato di Lisbona) e la Corte costituzionale della Repubblica Ceca¹⁹, invece, all'epoca non avevano ravvisato nel nuovo spazio di libertà, sicurezza e giustizia del 2009 specifici profili di illegittimità rispetto alle costituzioni nazionali.

Il Conseil Constitutionnel francese²⁰, per parte sua, ravvisò la necessità di una revisione costituzionale interna quale condizione preventiva di legittimità per l'autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona, in particolare in merito ai processi legislativi.

5. *L'ordinanza della Corte costituzionale: il nostro Lissabon-Urteil?*

Fatte, ripeto, le debite proporzioni quanto all'ambito dei giudizi, forse, allora, si potrebbe sostenere che il complesso delle ordinanze di remissione e l'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sono, in un certo senso, il nostro «Lissabon Urteil»; si sta compiendo cioè ora, grazie alla vicenda *Taricco*, la verifica della compatibilità di uno specifico aspetto della nuova area di libertà sicurezza e giustizia del Trattato di Lisbona nel nostro sistema e, come sempre avviene, la prima verifica riguarda il settore, all'interno della stessa, che è sempre stato il più avanzato nella creazione di tale spazio comune di giustizia europea: quello della lotta alle frodi.

In questo senso, anche questa ultima vicenda dimostra che non vi è niente di nuovo sotto il sole; la storia si ripete, con l'impressione che non ve ne sia la piena consapevolezza da parte di alcuni dei protagonisti. La

¹⁶ Si veda al riguardo per maggiori approfondimenti R. TONIATTI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia: il sistema delle «reti di collaborazione giudiziaria» e gli equilibri istituzionali nel sistema dell'Unione Europea*, in *Magistratura, Giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, a cura di Toniatti e Magrassi, Milano, 2011, 354 ss.

¹⁷ Per una lettura, però, più ottimistica sul contenuto della sentenza in chiave di integrazione europea, G.L. TOSATO, *L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente «Lissabon-Urteil»*, in *www.affarinternazionali.it*, 2009.

¹⁸ Sentenza 1/2004 del 13 dicembre 2004.

¹⁹ Sentenze n. 19/08 del 26 novembre 2008 e 29/09 del 3 novembre 2009.

²⁰ Decisione n. 2007-560 del 20 dicembre 2007.

Corte di Giustizia compie fughe in avanti, tra critiche e resistenze a livello nazionale.

Se la sentenza *Taricco* è stata valutata come un sovvertimento di anni di giurisprudenza della Corte sugli effetti diretti delle norme comunitarie²¹, per altro verso, a mio modestissimo avviso, la stessa, in un'altra prospettiva, non fa altro che iscriversi nella scia, nel solco, lasciato da precedenti sentenze di Lussemburgo, e non va che in una direzione: la creazione di un autentico spazio di giustizia comune all'interno dell'Unione Europea, anche in campo penale, in particolare nel settore della tutela degli interessi finanziari dell'Unione. Questo è, a mio avviso, il cuore della decisione. La storia lo indica; dove non è (ancora) arrivato il legislatore, si è invece spinta la Corte di Giustizia.

Vedo, quindi, questa sentenza, come una ideale continuazione di quelle del mais greco²², Zwarteld²³, di quella sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale²⁴, di Pupino²⁵, di Melloni²⁶ (nonostante la diversa visione a proposito di quest'ultima espressa dalla Corte costituzionale nella ordinanza in questione), tutte legate da un unico filo conduttore: la creazione di un sistema penale comune all'interno dell'Unione. Una sfida affascinante, se ci si pensa, ma, bisogna anche riconoscere, non priva di aspetti delicatissimi, come la presente vicenda dimostra; per questo difficilissima e, probabilmente, nei tempi presenti, quasi impossibile.

6. *Le possibili conseguenze delle conclusioni evidenziate nell'ordinanza della Corte costituzionale sullo sviluppo del diritto penale europeo*

Forse la Corte di Giustizia potrebbe anche risolvere almeno uno dei quesiti che le sono stati rivolti alla luce della sua visione monistica dell'ordinamento dell'Unione; quando riconosce un diritto che appartiene anche ad un ordinamento nazionale, ciò avviene perché comunque l'ordinamento dell'Unione lo permette (o perché lo prevede anch'esso o perché è possibile una interpretazione che lo preveda; si veda al riguardo la sentenza *Omega*²⁷). La stessa saprà individuare la migliore risposta ai

²¹ R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in «I controlimiti: primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali», a cura di A. Bernardi, Napoli, 2017, 291 ss.

²² CGUE 21 settembre 1989, causa C-68/88.

²³ CGUE 13 luglio 1990, causa C-2/88.

²⁴ CGUE 13 settembre 2005, causa C-176/03.

²⁵ CGUE 16 giugno 2005, causa C-105/03.

²⁶ CGUE 26 febbraio 2013, causa C-399/11.

²⁷ CGUE 14 ottobre 2004, causa C-36/02, in cui, in un caso in cui si discuteva se il di-

quesiti posti dalla nostra Corte su aspetti che, a scanso di equivoci, non si vogliono assolutamente sminuire o trascurare.

Tuttavia, analizzando la questione sempre da un punto di vista dell'ordinamento sovranazionale più che nazionale, la vera preoccupazione, a mio avviso, è che se anche norme ad effetto diretto dovessero assumere un contenuto «variabile» a seconda dell'argomento e delle tradizioni nazionali relative – a meno che esse stesse non vi facciano riferimento²⁸ –, le stesse finirebbero per diventare analoghe a direttive o decisioni quadro, interpretate da ciascuno Stato a proprio modo. Ciò continuerà a mantenere nel sistema dell'Unione la frammentazione giuridica che tuttora lo caratterizza in molti campi, e certamente lo ha caratterizzato finora in campo penale. Se la sentenza *Taricco* voleva, invece, dare una spinta verso un vero diritto penale europeo connotato da elementi di uniformità, l'atteggiamento della nostra Corte – che potrebbe essere seguito dalle Corti di altri Paesi – rischia di compromettere questo processo. Per questo, nonostante la sua opinione contraria, vedo un rapporto con il caso Melloni, dove la Corte di Giustizia ha voluto salvaguardare l'unità del diritto dell'Unione²⁹, anche a fronte di norme costituzionali dello Stato interessato³⁰.

vieto di un'attività economica per motivi basati sulla protezione di valori fondamentali consacrati dalla Costituzione nazionale come, in questo caso, la dignità umana, fosse compatibile con il diritto dell'Unione, la Corte U.E. non esita ad assumere che «l'ordinamento giuridico comunitario ha, senza dubbio, il fine di garantire il rispetto della dignità umana come principio generale di diritto. Pertanto, è indubbio che l'obiettivo di proteggere la dignità umana è compatibile con il diritto comunitario, essendo irrilevante a questo riguardo che, in Germania, il principio del rispetto della dignità umana gode di un regime particolare come diritto fondamentale autonomo»; si veda il commento di S. GAMBINO, *Diritti e diritto dell'Unione Europea (fra 'nuovi' trattati, Costituzione e giudici)*, in www.scienze politiche.unical.it.

²⁸ Vi sono, infatti, casi di norme ad effetto diretto dell'Unione che, in concreto, assumono un significato a seconda dei diversi ordinamenti nazionali, ma questo avviene perché la stessa norma dell'Unione fa riferimento ad essi; si veda, per esempio, l'art. 11, comma 2, reg. 883 del 2013 sulle indagini dell'Ufficio Europeo per la Lotta Antifrode (OLAF), secondo cui i rapporti finali delle indagini dell'Ufficio, trasmessi alle autorità giudiziarie nazionali «sono soggetti alle medesime regole di valutazione applicabili alle relazioni amministrative nazionali e ne hanno la medesima valenza probatoria».

²⁹ Dove la Corte di Giustizia afferma: permettere ad uno Stato membro di valersi dell'articolo 53 della Carta per subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione, non prevista dalla decisione quadro 2009/299, che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e dei diritti della difesa garantiti dalla Costituzione dello Stato membro di esecuzione, comporterebbe, rimettendo in discussione l'uniformità dello standard di tutela dei diritti fondamentali definito da tale decisione quadro, una lesione dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci che essa mira a rafforzare e, pertanto, un pregiudizio per l'effettività della suddetta decisione quadro.

³⁰ E che ha comportato il fatto che la Corte costituzionale dello Stato interessato (la

Fatte salve le differenze formali, che certamente esistono, a mio avviso, infatti, nella sostanza l'operazione che propone la Corte – al di là dei quesiti specifici – potrebbe avere l'effetto di minare l'uniformità del diritto penale europeo, una volta che esso fosse regolato anche da norme ad effetto diretto. Le conseguenze di questa operazione si potrebbero ripercuotere su future norme ad effetto diretto in campo penale provenienti dal diritto dell'Unione. E che l'Unione possa legiferare anche in campo penale con norme ad effetto diretto non è, oggi, più una mera ipotesi, ma uno scenario del tutto possibile che potrebbe essere più prossimo di quel che si immagini. Basti pensare al caso, notissimo a tutti, della istituzione della Procura Europea³¹, i cui negoziati stanno incontrando prevedibili difficoltà, ma nello stesso tempo stanno comunque avanzando.

La stessa sarà creata, ai sensi dell'art. 86 TFUE, con regolamento; si avranno così – sempre che l'Italia decida di aderire al progetto – quanto meno norme processuali penali, se non anche distanziali, ad effetto diretto nel nostro sistema, limitatamente ai procedimenti dell'EPPO. Se sulle norme del regolamento che non contenessero espliciti rinvii ai sistemi nazionali³², e che fossero percepite come problematiche sotto il profilo della compatibilità con i principi costituzionali degli Stati, si dovesse fare una operazione ermeneutica come quella proposta dalla Corte costituzionale in questo caso, esse finirebbero per acquistare contenuto diverso in ciascuno Stato, con vanificazione del processo di unificazione della relativa procedura. Si ricadrebbe, in altre parole, nella situazione attuale dove la frammentazione dei sistemi giuridici è una delle cause della difficoltà di gestione, per le autorità inquirenti, dei procedimenti penali con elementi di transnazionalità, ma può anche risultare in un quadro che offre una tutela più incerta dei diritti fondamentali degli indagati.

Se, quindi, per certi versi, sono comprensibili le preoccupazioni espresse dalla Corte costituzionale, che esercita il suo ruolo di custode

Spagna) a seguito della sentenza della Corte di Giustizia, ha rinunciato, di fatto, a sollevare i controlimiti nazionali; si veda al riguardo F. VIGANÒ, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e «controlimiti»: la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni (Tribunal Constitucional de España, sent. 13 febbraio 2014, recurso de amparo 6922/2008, Melloni)*, in *Dir. pen. cont.*, 9.3.2014.

³¹ Proposta di regolamento per istituire la Procura Europea COM(2013)534 del 17 luglio 2013.

³² Le norme del testo che rinviano ai sistemi nazionali sono notevolmente aumentate nel corso dei negoziati, per opera del Consiglio della UE; tuttavia permangono norme che disciplinano alcuni aspetti dell'EPPO a livello interamente europeo. Si pensi, per fare un esempio, alle norme sulla nomina e poteri di almeno alcuni componenti dell'ufficio o delle «camere permanenti» o a quelle sulla chiusura dell'indagine.

della Costituzione, dall'altra occorrerebbe a mio avviso fare attenzione a non reprimere sul nascere le potenzialità di una disciplina come il diritto penale europeo, che rappresenta certamente uno degli elementi di maggiore rilievo nel processo di integrazione continentale. Sempre che, ovviamente, questo processo lo si voglia continuare.

FRANCESCO VIGANÒ

LE PAROLE E I SILENZI.
OSSERVAZIONI SULL'ORDINANZA N. 24/2017
DELLA CORTE COSTITUZIONALE SUL CASO *TARICCO*

SOMMARIO: 1. Un 'sovrانismo dei diritti'. – 2. Le cose dette. – 2.1. La prevedibilità dell'applicazione della legge penale. – 2.2. La determinatezza della norma penale. – 3. Le cose non dette: il nodo della riserva di legge in materia penale. – 4. Conclusioni.

1. *Un 'sovrانismo dei diritti'*

Intervenendo proprio a Ferrara non più di dieci mesi or sono sui dilemmi provocati dalla vicenda *Taricco*¹, espressi l'auspicio che la Corte costituzionale – sollecitata ad azionare per la prima volta i controlimiti contro il diritto dell'Unione europea da due ordinanze provenienti rispettivamente dalla Corte d'appello di Milano e dalla Corte costituzionale – cogliesse l'occasione per abbracciare una strada difficile ma coraggiosa: quella della ricerca e dell'elaborazione dialogica di *comuni standard di tutela dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo*. E ciò anche con riferimento alla materia penale, quella da sempre legata a doppio filo all'idea della sovranità statale: nella consapevolezza che le moderne e più aggressive forme di criminalità esigono risposte coordinate e coerenti almeno a livello europeo; risposte che esigono l'adozione di standard comuni di tutela dei diritti fondamentali, per evitare che quelle stesse risposte vengano ostacolate o addirittura paralizzate dalla pretesa di ciascuno Stato di tutelare a modo proprio i diritti fondamentali così come riconosciuti dalle *proprie* tradizioni costituzionali (magari in vario modo deficitarie rispetto agli standard europei, ma irrimediabilmente differenti l'una dall'altra). I diritti fondamentali devono essere difesi oggi – avevo in quell'occasione sottolineato – *in Europa e con l'Europa*; non *contro* l'Europa².

¹ F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 233 ss., nonché in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2017.

² F. VIGANÒ, *Il caso Taricco*, cit., 255.

La risposta della Corte costituzionale – come era agevole prevedere, e come del resto io stesso avevo previsto – è stata purtroppo di tutt’altro tenore.

La Consulta evita, invero, di azionare direttamente i controlimiti, e preferisce formulare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Una scelta dialogica, almeno in apparenza. Nella sostanza però, e al di là di tutte le buone intenzioni, la Corte si mostra tutt’altro che aperta al dialogo, e lancia piuttosto un *ultimatum*³, dettando le condizioni per la resa dei giudici di Lussemburgo, se vorranno evitare che la Corte costituzionale italiana – la prima di un paese fondatore dell’UE – dichiari l’illegittimità *in parte qua* della legge di esecuzione dei trattati istitutivi dell’Unione.

Nel formulare l’*ultimatum*, i nostri giudici costituzionali:

- riaffermano senza alcun tentennamento la tesi secondo cui l’intera disciplina della prescrizione è coperta dalle garanzie del *nullum crimen* di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.;

- elevano in blocco tale garanzie (in un’estensione che, dunque, include a pieno titolo la prescrizione) al rango di “principio supremo dell’ordinamento costituzionale” e/o di “diritto inviolabile della persona umana”, tale da non poter essere in alcun modo compresso nemmeno a fronte della limitazione di sovranità, legittimata dall’art. 11 Cost., derivante dall’adesione dell’Italia all’Unione europea; e infine

- affermano addirittura che la ricomprensione dell’intera materia della prescrizione del reato nell’alveo del *nullum crimen* fa parte della stessa *identità costituzionale* dello Stato italiano, da preservare a ogni costo a fronte della prepotenza di chi, da Lussemburgo, ci aveva fatto notare che l’attuale disciplina della prescrizione, così accuratamente disciplinata dal legislatore italiano, conduce a una sistematica violazione (riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale) degli obblighi di tutela effettiva delle finanze UE ai quali noi stessi ci eravamo volontariamente vincolati, mediante la ratifica dell’art. 325 TUE.

La difesa dei principi, mi ero premurato di sottolineare nel mio precedente intervento, è sempre sacrosanta: anche nei confronti di evasori fiscali incalliti, che mediante le loro più o meno ingegnose frodi carosello

³ Così, giustamente, M. CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in *Dir. pen. cont.*, 24 febbraio 2017, 19, il quale rileva come la Corte costituzionale abbia lasciato solo in apparenza l’ultima parola ai giudici europei, cui è stata rimessa anzi per la prima volta in modo così espresso il nodo dei controlimiti, che mai la Corte di giustizia ha riconosciuto sino ad ora. Per questa osservazione, cfr. già – in sede di primissimo commento – C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve osservazione a caldo*, in *Eurojus.it*, 29 gennaio 2017.

sottraggono risorse preziose ai molti costosi interventi che l'Unione compie a beneficio di tutti gli Stati membri, Italia compresa. Ma una battaglia di principio dagli esiti potenzialmente deflagranti – in un momento di acuta crisi politica e istituzionale dell'Unione europea, ulteriormente aggravatasi rispetto allo scorso anno dopo il Brexit e l'aperta attitudine ostile del nuovo presidente americano – avrebbe meritato diverso e più nobile oggetto che non la difesa dell'attuale, discutibilissimo statuto costituzionale della prescrizione: uno statuto che la Corte riafferma ora apoditticamente, richiamandosi alla propria precedente giurisprudenza, senza neppure peritarsi di fornirne alcuna motivazione plausibile, a fronte delle critiche che qualche sparuta voce in dottrina aveva pur ritenuto di formulare.

La parola chiave che riassume l'atteggiamento della Corte costituzionale in questa occasione è “sovranoismo”⁴: il male che sempre più mina alla radice gli ideali di un'Europa unita, nei quali ormai nessuno più sembra credere, nella convinzione forse che – a fronte di una imperante globalizzazione la cui *leadership* è ormai apertamente contesa tra Stati Uniti, Russia e Cina – ciascuno Stato europeo, grande o piccolo che sia, possa tutelare al meglio i propri interessi muovendosi da solo nello scacchiere internazionale. L'ordinanza *Taricco* afferma allo stesso modo, con orgoglio, un *sovranoismo dei diritti fondamentali*, da difendere gelosamente – costi quel che costi – contro i tentativi di armonizzazione di quegli stessi diritti provenienti dall'Europa, tentativi a loro volta funzionali allo sforzo di costruire regole e principi comuni cui assoggettare la politica penale europea, nata e cresciuta ancora in modo disorganico nei venticinque anni successivi al Trattato di Maastricht.

E ciò – parrebbe – anche a costo di dover tollerare, in quest'ottica, piccoli incidenti di percorso come quello acutamente rammentato stamani da Sandro Bernardi. I giudici penali portoghesi rifiutano di eseguire un mandato d'arresto europeo emesso dall'autorità giudiziaria italiana e avente ad oggetto la consegna di un condannato all'ergastolo per omicidio evaso dal carcere, invocando a sostegno di tale rifiuto la disposizione della *Costituzione portoghese* (l'art. 30) che vieta la pena detentiva perpetua, legittima invece a certe condizioni (certamente rispettate nel caso di quel condannato) secondo il diritto ‘comune’ dei diritti umani in Europa⁵; con la conseguenza, inevitabile, di dover rimettere in libertà

⁴ Sui cui rischi pone, da ultima, in guardia M. DELMAS-MARTY, *L'intégration européenne, entre pluralisme, souverainisme et universalisme*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 172 ss., e in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2016.

⁵ Cristallizzato, come è noto, dalle due sentenze della Grande camera della C.edu, 9 luglio 2013, *Vinter c. Regno Unito* e 17 gennaio 2017 *Hutchinson c. Regno Unito*, che condizio-

quel signore, arrestato dopo una complessa operazione di polizia internazionale che ne aveva interrotto la fuga⁶. Ma tant'è: bene hanno fatto quei giudici ad opporre al mandato d'arresto italiano i *propri* superiori diritti costituzionali, dovrebbe rispondere coerentemente la nostra Corte costituzionale sulla base dei principi sviluppati nell'ordinanza che qui si commenta. *Fiat iustitia, pereat mundus*.

2. *Le cose dette*

Inutile discutere oltre sul latte versato, comunque: questa è la strada che la Corte costituzionale ha ritenuto di perseguire. E dunque, quel che ragionevolmente possiamo fare ora è cercare di analizzare meglio i termini dell'*ultimatum* lanciato dai giudici della Consulta ai loro omologhi di Lussemburgo: cercando di distinguere bene, testo dell'ordinanza alla mano, ciò che la Corte *ha detto*, e ciò che – con dispiacere di qualcuno – *non ha detto*.

Anzitutto, una prima importante osservazione. La Corte di cassazione, accogliendo i più vari suggerimenti provenienti da una dottrina sempre più scatenata, aveva fatto leva nella propria ordinanza di rimessione su *cinque* distinti parametri costituzionali (gli artt. 3, 11, 25 co. 2, 27 co. 3, 101 co. 2 Cost.), tutti asseritamente idonei a porsi quali altrettanti controlimiti all'obbligo, discendente esso stesso dall'art. 11 Cost., di conformarsi al diritto UE così come interpretato dalla Corte di Lussemburgo⁷.

La Corte costituzionale sceglie giustamente di non allinearsi a questa prospettiva, che di fatto eleva qualsiasi principio costituzionale a possibile controlimite, in aperto spregio all'unico punto fermo della dottrina dei controlimiti al diritto UE: e cioè al fatto che il loro novero coincide con un *nucleo ristretto* di principi fondamentali e diritti inviolabili dell'ordinamento costituzionale, mai precisato nella sua estensione dalla giurisprudenza della Corte, ma certamente non tale da poter abbracciare *tutte* le norme costituzionali, come pare aver ritenuto la sezione rimettente della Corte di cassazione.

nano in particolare la legittimità convenzionale dell'ergastolo alla possibilità *de iure* e *de facto* di una liberazione anticipata del condannato, allorché ne sia cessata la pericolosità e il condannato stesso abbia compiuto tali progressi nel percorso da risocializzazione da renderne non più giustificabile la perdurante detenzione.

⁶ Per una succinta ricostruzione giornalistica della vicenda, cfr. *Killer catamarano: De Cristofaro scomparso dal Portogallo*, in *ansa.it*, 22 febbraio 2017.

⁷ Cass. pen., sez. III, ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346, Pres. Grillo, Est. Riccardi, Ric. Cestari, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2016.

Il solo parametro preso espressamente in considerazione dalla Consulta nell'ordinanza in esame è dunque l'art. 25, secondo comma, Cost.: l'unico invocato qui quale possibile controlimite dall'assai più sobria ordinanza di rimessione della Corte d'appello milanese. Poco importa, incidentalmente, che la Corte costituzionale non lo indichi qui espressamente come controlimite, assumendolo piuttosto quale principio espressivo dell'identità costituzionale italiana. La logica dell'argomentazione è, infatti, esattamente quella classica dei controlimiti: il principio di legalità in materia penale, nell'accezione attribuitagli dal diritto costituzionale italiano, osterebbe alla vincolatività dell'obbligo, sancito a carico del giudice comune dalla Corte di giustizia, di disapplicare le norme in materia di limite massimo del prolungamento dei termini prescrizionali in presenza di atti interruttivi, di cui agli artt. 160 e 161 c.p., allorché da tali norme derivi l'impunità di un numero considerevole di frodi gravi contro gli interessi finanziari dell'Unione europea, nonché un trattamento più favorevole rispetto a quello riservato in materia di tutela degli interessi finanziari dello Stato italiano.

Il principio di legalità in materia penale è, peraltro, una sorta di grande contenitore, che abbraccia molti differenti corollari. La Corte argomenta rispetto a *due* di essi; e *tace*, come vedremo, rispetto ad un *terzo*.

2.1. *La prevedibilità dell'applicazione della legge penale*

«Anzitutto» – osserva la Corte al punto 5 – «si tratta di stabilire se la persona potesse ragionevolmente prevedere, in base al *quadro normativo vigente al tempo del fatto*, che il diritto dell'Unione europea, e in particolare l'art. 325 del TFUE, avrebbe imposto al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen. in presenza delle condizioni enunciate dalla Corte di giustizia in causa *Taricco*» (corsivo aggiunto). Il linguaggio è qui, inequivocabilmente, quello del *diritto soggettivo* alla prevedibilità della decisione giudiziaria, a sua volta funzionale – *inter alia* – alla certezza delle scelte d'azione dell'individuo⁸.

Così impostata, la domanda è puramente retorica; e la risposta non può che suonare negativa. Un esito giudiziario come quello cui la Corte di giustizia è pervenuta nel caso *Taricco* sarebbe verosimilmente stato imprevedibile per molti giuristi – certamente, per quel che vale, per il sot-

⁸ Per una distesa analisi di questo principio e dei suoi fondamenti costituzionali e convenzionali, cfr., volendo, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, 213 ss., nonché in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016.

toscritto –; figuriamoci per il comune cittadino, e così pure per un autore seriale di frodi carosello contro l’IVA.

Altra questione è naturalmente quella di comprendere se la domanda posta dalla Corte abbia un senso, e se davvero la logica di diritto fondamentale sottesa al *nullum crimen* vincoli legislatore e giudici (comuni e costituzionali) ad assicurare al destinatario della norma penale una compiuta informazione, al momento del fatto, sulla *disciplina della prescrizione* che gli sarà applicabile una volta commesso il crimine, nonché – trattandosi qui di atti interruttivi – una volta che saranno avviati a suo carico indagini e processo.

Ho già altrove espresso il mio radicale dissenso rispetto a questa prospettiva⁹; dissenso che non posso qui che ribadire, confortato dalle autorevolissime opinioni, nazionali e internazionali, che avevo citato in quell’occasione. Il *nullum crimen* impone di assicurare al destinatario della norma penale la possibilità di accedere al precetto, e di prevedere le conseguenze sanzionatorie della propria condotta; non già di calcolare in anticipo quanto tempo sarà necessario tenere nascosto il proprio reato, prima di poter finalmente beneficiare dell’effetto salvifico della prescrizione. Anche perché, come osserva giustamente il più grande penalista tedesco vivente, una tale previsione è sempre, al momento del fatto, impossibile, dal momento che la durata complessiva del termine prescrizione dipende dalla circostanza, non conoscibile *ex ante*, se saranno in concreto svolte attività di indagini o processuali relative al reato, e se si verificheranno conseguentemente atti interruttivi¹⁰.

La Corte costituzionale afferma invece ora espressamente – ma senza peritarsi di motivare la *ratio* di una simile, controintuitiva affermazione – che al destinatario della norma penale dovrebbe essere consentita, al momento del fatto, una percezione sufficientemente chiara ed immediata non solo di quale sia il fatto punibile e del suo trattamento sanzionatorio, ma anche del *limite temporale entro il quale il fatto potrebbe essere perseguito*: quasi che debba essere tutelata dall’ordinamento l’eventuale scommessa sulla propria impunità compiuta da un evasore fiscale che confidi nell’insufficienza del tempo a disposizione dell’agenzia delle entrate, della procura e poi della magistratura giudicante per pervenire alla scoperta e all’accertamento definitivo della sua responsabilità penale nei sette anni e mezzo complessivi a loro disposizione.

La Corte cita in verità, a supporto della propria decisione, la giurisprudenza della Corte europea in materia di art. 7 CEDU. Ma il richiamo

⁹ F. VIGANÒ, *Il caso Taricco*, cit., 256 ss.

¹⁰ C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, IV ed 2006, 168.

è inconferente, posto che quella stessa giurisprudenza è univoca nell'escludere dall'ambito applicativo della garanzia convenzionale la normativa in materia di prescrizione, che viene considerata come attinente alle condizioni di procedibilità¹¹. Così come è inconferente la sentenza della Corte EDU *OAO Neftyanaya Kompniya Yukos c. Russia*, che concerneva un caso in cui l'amministrazione tributaria russa aveva ritenuto di avviare un procedimento sanzionatorio *dopo la scadenza del termine di prescrizione*, in assenza di qualsiasi base legale e sulla base dello stravagante argomento – avallato incredibilmente dalla stessa Corte costituzionale russa – secondo cui i termini di prescrizione stabiliti dalla legge russa dovrebbero essere disapplicati ogniqualvolta il contribuente abbia agito in malafede¹²: un caso, dunque, ben diverso da quello ora in esame, in cui fin dall'inizio la Corte di giustizia è stata chiara nell'escludere dal raggio applicativo della sentenza gli imputati nei cui confronti i termini prescizionali fossero *già maturati*¹³.

Ma, ancora una volta, tant'è: non resta che prendere atto della decisione della Corte costituzionale, che sembra dunque aver preso molto sul serio il principio della prevedibilità della decisione giudiziaria. Speriamo, almeno, che questa ordinanza preannunzi una nuova stagione per la giurisprudenza della Corte sul punto: giurisprudenza che non ha, invero, sino ad ora brillato per incisività, avendo salvato norme come quella che incrimina la causazione di un "disastro" (espressione congenitamente imprecisa, e difatti estesa dalla giurisprudenza comune ben oltre i confini assegnatili dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 327/2008) o, addirittura, la violazione dell'ordine di "vivere onestamente" impartito mediante la misura di prevenzione della sorveglianza speciale (sent. n. 232/2010, giustamente criticata dalla recentissima sentenza *de Tommaso* della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁴).

Il futuro dirà se questa speranza si rivelerà fondata, allorché oggetto di scrutinio torneranno ad essere disposizioni nazionali, e non atti dell'Unione europea. Tornando però al caso che qui ci occupa, è evidente che le preoccupazioni espresse dalla Consulta in relazione alla prevedibilità dell'applicazione della disciplina prescizionale potrebbero essere facilmente soddisfatte laddove la Corte di giustizia circoscrivesse la portata degli obblighi di disapplicazione da essa sanciti ai *fatti commessi dopo la*

¹¹ C. edu, 22 giugno 2000, *Coëme c. Belgio*, §§ 149-150.

¹² Per un'analisi un po' più ampia di questa sentenza, si consenta ancora il rinvio a F. VIGANÒ, *Il caso Taricco*, cit., 264, nt. 55.

¹³ C. giust. UE, sent. 8 settembre 2015, *Taricco*, § 57.

¹⁴ C.edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, *de Tommaso c. Italia*, § 119-122, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2017, con nota del sottoscritto.

sentenza Taricco, e dunque *dopo l'8 settembre 2015*. Da questo momento in poi, infatti, tutti sono stati posti in grado di conoscere la nuova disciplina della prescrizione risultante dall'impatto della sentenza europea sul sistema normativo italiano: disciplina, del resto, equiparata a quella già in vigore per tutti i reati di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p., per i quali non opera il termine massimo complessivo vigente in presenza di atti interruttivi per tutti gli altri reati.

2.2. *La determinatezza della norma penale*

Anche la soluzione ora delineata cozzerebbe però, secondo la Corte costituzionale, contro un secondo profilo di garanzia discendente dal *nullum crimen*, rappresentato dal principio di *determinatezza della norma penale*, declinato non più come diritto soggettivo – a tutela, dunque, della prevedibilità dell'applicazione della norma penale per il suo destinatario, e in definitiva della sua libertà nelle scelte d'azione –, bensì come *principio ordinamentale* ispirato alla logica della *separazione dei poteri*, legislativo e giudiziario.

«È necessario interrogarsi» – scrive la Corte al n. 5 – «sul grado di determinatezza assunto dall'ordinamento penale in base all'art. 325 del TFUE, con riguardo al potere del giudice, al quale non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale. In particolare il tempo necessario per la prescrizione di un reato e le operazioni giuridiche da compiersi per calcolarlo devono essere il frutto dell'applicazione, da parte del giudice penale, di regole legali sufficientemente determinate. In caso contrario, il contenuto di queste regole sarebbe deciso da un tribunale caso per caso, cosa che è senza dubbio vietata dal principio di separazione dei poteri di cui l'art. 25, secondo comma, Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale».

Sulla base di questo principio, la Corte costituzionale ha facile gioco nel denunciare l'indeterminatezza della clausola “*in un numero considerevole di casi*” contenuta nel dispositivo della sentenza della Corte di giustizia, che condiziona il dovere di disapplicazione sancito a carico del giudice nazionale alla sua valutazione se l'attuale regime prescrizione delle frodi che offendono gli interessi finanziari dell'Unione determini o meno, appunto, l'impunità delle frodi medesime in un numero considerevole di casi. Il problema è legato, come la dottrina italiana unanime aveva del resto immediatamente rilevato¹⁵, alla limitatezza dell'orizzonte

¹⁵ A cominciare dal sottoscritto: 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*

conoscitivo del singolo giudice, che nella generalità delle ipotesi non dispone di alcuno strumento istruttorio per accertare un simile requisito, che trascende evidentemente gli specifici fatti di causa cristallizzati nell'imputazione; e che finirebbe, altresì, per far discendere conseguenze pregiudizievoli a carico del singolo imputato da circostanze esterne alla sua condotta, a lui non rimproverabili in alcun modo¹⁶.

Tuttavia, ben potrebbe la Corte di giustizia – a questo punto – meglio *precisare* l'indicazione fornita ai giudici penali italiani: ad es. compiendo direttamente, anche sulla base di informazioni che potrebbero essere richieste al governo italiano, la valutazione di impatto della vigente disciplina prescrizionale che in prima battuta era stata richiesta ai giudici penali, ponendo così rimedio al *deficit* di precisione ora denunciato dalla Corte costituzionale.

D'altra parte, il problema di indeterminatezza denunciato dalla Consulta non sussiste per il *secondo profilo di contrarietà con il diritto UE* della vigente disciplina della prescrizione rilevato dalla Corte di giustizia, concernente la *disparità di trattamento* tra regime prescrizionale applicabile alle associazioni per delinquere finalizzate alla frode degli interessi finanziari UE e quelle finalizzate al contrabbando di tabacchi e all'evasione delle relative accise, destinate al bilancio nazionale – associazioni, queste ultime, rientranti tra i delitti previsti dall'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p., e rispetto alle quali il termine massimo in presenza di atti interruttivi di cui agli artt. 160 e 161 c.p. è già inapplicabile. Come da subito rilevato da Ernesto Lupo, l'obbligo di equiparazione del trattamento prescrizionale tra le due situazioni, dedotto dalla Corte di giustizia dall'art. 325 paragrafo 2 TFUE, è qui assolutamente preciso, e non lascia alcun margine di valutazione discrezionale al giudice italiano¹⁷. Sicché è del tutto prevedibile che la Corte di giustizia, anche volendosi farsi carico delle obiezioni della Corte costituzionale, possa insistere quanto meno su quest'obbligo, che si sottrae in radice alle censure di indeterminatezza formulate dai giudici costituzionali italiani.

importante sentenza della Corte di giustizia, in *Dir. pen. cont.*, 16 settembre 2016, 8. Cfr. anche nello stesso senso, *ex multis*, V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 212 ss., nonché in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016, 9 ss.; D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 1/2016, 221 ss.; G. RICCARDI, *La questione di legittimità costituzionale. Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte eurounitaria tra limiti di attribuzione 'internazionale' e controlimiti 'costituzionali'*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, 23 ss.

¹⁶ Per questo profilo cfr. ancora, acutamente, D. PULITANÒ, *La posta in gioco*, 233 ss.

¹⁷ E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 1/2016, 221 ss.

3. *Le cose non dette: il nodo della riserva di legge in materia penale*

Immaginiamo allora che la Corte di giustizia, rispondendo al rinvio pregiudiziale proveniente dalla Consulta, *a*) chiarisca il significato della propria sentenza *Taricco* affermando che gli obblighi da essa sanciti debbano essere applicati soltanto per i fatti commessi *dopo l'8 settembre 2015*, e non abbiano quindi effetto retroattivo rispetto ai fatti commessi in precedenza, sì da assicurare una completa prevedibilità del regime di prescrizione applicabile per i destinatari della norma penale, in omaggio alla peculiare fisionomia che il principio di legalità penale assume nell'ordinamento italiano; e *b*) *precisi* il contenuto degli obblighi a carico del giudice nazionale, eliminando in particolare l'inciso "in un numero considerevole di casi" e riaffermando l'obbligo di equiparazione dei regimi prescrizionali in vigore per le associazioni delittuose finalizzate, rispettivamente, alle frodi contro il bilancio UE e a quelle contro il bilancio nazionale.

Potrebbe una tale risposta risultare soddisfacente per la Corte costituzionale?

La risposta, mi pare, dipende da come si voglia interpretare il (quasi completo) *silenzio* serbato dalla Corte su un altro essenziale profilo del *nullum crimen* nell'ordinamento costituzionale, rappresentato dal corollario della *riserva di legge* in materia penale, sul quale aveva invece molto insistito l'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione. Silenzio subito rilevato – con rammarico – da un acuto osservatore come Vittorio Manes¹⁸.

La Corte evoca invero, *en passant*, il corollario della riserva di legge nel passaggio dove affronta la questione della determinatezza della normativa penale (n. 6); e ad esso pare alludere laddove richiede che l'attività del giudice in materia penale dipenda da "disposizioni *legali* sufficientemente determinate" (n. 9). Ma la Corte non chiarisce una questione cruciale: e cioè se il riferimento alla "legge" contenuto nell'art. 25, secondo comma, Cost. debba essere inteso come esclusivamente riferito alla *legge nazionale* approvata dal Parlamento e promulgata dal Presidente della Repubblica, nonché agli atti *nazionali* aventi forza equiparata (essenzialmente, decreti legge e decreti legislativi), ovvero possa includere anche le fonti normative direttamente applicabili, o comunque dotate di effetto diretto, dell'Unione europea.

La questione è, più in particolare, se la Corte costituzionale sia o meno disposta a riconoscere al diritto dell'Unione europea la *competenza*, quanto meno, a *co-determinare*, mediante i propri atti normativi, i

¹⁸ V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017, 11.

presupposti della responsabilità penale dell'individuo, modificandoli anche *in malam partem* rispetto a quanto risulterebbe dall'applicazione della sola normativa nazionale – come, per l'appunto, dovrebbe accadere nel caso in questione rispetto alla normativa vigente in materia di prescrizione, in conseguenza della sua affermata incompatibilità con l'art. 325 TFUE, come interpretato dalla Corte di giustizia.

A fronte di una ipotetica risposta della Corte di giustizia nei termini sopra schematizzati, la Corte costituzionale potrebbe in ipotesi risolversi ad azionare comunque questo terzo controlimite, rappresentato dalla riserva di legge. E ciò, alternativamente attraverso una delle tre linee argomentative che proverei qui ad immaginare come segue.

a) Anzitutto, la Corte potrebbe decidere di non affrontare il nodo generale della possibile competenza diretta in materia penale del diritto dell'Unione europea, e limitarsi ad opporre alla Corte di giustizia che il *nullum crimen* "all'italiana" non consente a una sentenza, nemmeno se pronunciata dal massimo organo giurisdizionale europeo, di paralizzare l'operatività di una disciplina penale favorevole all'imputato, modificando *in peius* i presupposti della sua responsabilità penale.

È stato, in effetti, autorevolmente sostenuto anche in questo convegno che la Corte costituzionale – richiamando la necessità, nell'ordinamento italiano, di una "disposizione scritta" che stabilisca quali fatti punire, con quale pena ed entro quale limite temporale (n. 5) – avrebbe inteso almeno implicitamente *escludere* che tali determinazioni possano essere assunte attraverso *un atto del potere giurisdizionale* quale, per l'appunto, una sentenza.

Certo, se questa fosse stata l'intenzione della Corte, una maggiore chiarezza non avrebbe guastato. Dopo tutto, una sentenza della Corte di giustizia, e in particolare il suo dispositivo che ne riassume il principio vincolante per tutti gli organi e poteri degli Stati membri, è certamente diritto "scritto", agevolmente distinguibile rispetto al diritto *non scritto*, di natura *consuetudinaria*.

Se però l'espressione dovesse essere intesa come mirante a escludere dalle possibili fonti della responsabilità penale il diritto di origine *giurisprudenziale*, incluse le pronunce della Corte di giustizia, allora la pretesa della Corte costituzionale esporrebbe il fianco a obiezioni radicali, legate alla logica della produzione normativa nel sistema dell'Unione europea – che è diversa, non è inutile rammentarlo, da quella che vale per l'ordinamento interno. Una volta che si accetti infatti, in linea di principio, l'idea che il *diritto dell'Unione europea* possa avere un ruolo nella conformazione della normativa dalla quale discende la possibile responsabilità penale dell'individuo, non si potrà non accettare altresì l'idea che il diritto

dell'Unione europea vada recepito così come validamente prodotto dalle istituzioni dell'Unione europea, secondo le regole e i principi contenuti nei trattati e volontariamente accettati dagli Stati membri.

Secondo *quelle* regole e *quei* principi, la Corte di giustizia dell'Unione europea non svolge una funzione propriamente giurisdizionale, se non quando opera come giudice di seconda istanza sui ricorsi individuali promossi dai privati contro atti dell'Unione. Nei procedimenti pregiudiziali ex art. 267 TFUE, in particolare, la Corte svolge una funzione di *controllo della legalità* degli atti normativi dell'Unione (in tutto e per tutto paragonabile a quella svolta dalle Corti costituzionali nazionali), ovvero una funzione di *interpretazione autentica* di quegli stessi atti normativi (e delle norme dei trattati), con effetti *vincolanti* ed *erga omnes* rispetto alle istituzioni UE e, assieme, a tutti gli organi e poteri di tutti gli Stati membri dell'Unione. Una funzione, quest'ultima, che ha ben poco in comune con quella della giurisdizione comune, non essendo calibrata sul caso concreto oggetto del procedimento *a quo*, che costituisce soltanto l'occasione per la pronuncia della Corte, e che è piuttosto concettualmente categorizzabile come *funzione integratrice della norma interpretata*.

Disconoscere questo ruolo autenticamente *normativo* alla Corte di giustizia – alla cui giurisprudenza, formatasi essenzialmente nell'ambito di procedimenti incidentali, si deve del resto la creazione di principi fondamentali dell'ordinamento UE, quali il principio di primazia e di effetto diretto delle norme UE – significherebbe voler contestare l'intero sistema di produzione delle fonti normative nell'ordinamento dell'Unione europea: un sistema, ripeto, saldamente basato sui trattati, e comunque pacificamente accettato dagli Stati membri in sessant'anni di storia.

D'altra parte, suonerebbe quanto meno strano che fosse proprio la Corte costituzionale a negare un tale possibile ruolo alla Corte di giustizia, quando è pacifico che le *sentenze della Corte costituzionale* concorrono *esse stesse* a conformare la disciplina normativa dalla quale discende, nell'ordinamento italiano, la possibile responsabilità penale dell'individuo, modificandone i presupposti di applicazione rispetto al dato legislativo: e ciò *in bonam* come *in malam partem*, come dimostra l'ormai abbondante giurisprudenza della Corte dalla quale discendono *effetti peggiorativi della responsabilità penale dell'individuo* rispetto a quanto stabilito dalle norme legislative di volta in volta dichiarate incostituzionali¹⁹.

¹⁹ Cfr. in particolare Corte cost., sent. n. 394/2006 (in relazione alla riespansione della disciplina generale, più severa rispetto a quella dichiarata incostituzionale, in materia di falsità documentali), 28/2010 (in relazione alla riespansione della disciplina penale generale in materia di rifiuti, prodotta dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale di favore che eccettuava da tale disciplina generale talune condotte aventi ad oggetto le

b) Qualora davvero volesse negare ingresso ad obblighi di disapplicazione della vigente disciplina prescrizionale, che la Corte di giustizia volesse ritagliare in maniera conforme ai corollari di prevedibilità e precisione, ho l'impressione che la Corte costituzionale dovrebbe imboccare una strada ben più radicale di quella sin qui schizzata. La Corte costituzionale dovrebbe cioè negare in linea di principio che *il diritto dell'Unione europea*, quale che ne sia la fonte nell'ordinamento di provenienza, possa direttamente incidere sul diritto penale nazionale con effetti *in peius* per l'individuo rispetto a quanto previsto dalla legge interna.

Una simile posizione potrebbe essere in ipotesi argomentata sotto il profilo della *mancata attribuzione all'UE*, allo stato, *di competenze in materia penale* da parte dei trattati, e risolversi dunque – per riprendere la formula spesso evocata dalla Corte costituzionale tedesca – in un'eccezione di *ultra vires*, anziché nell'opposizione di un *controlimite* o nella tutela dell'*identità* costituzionale italiana²⁰. L'idea sottesa sarebbe, cioè, che – salvo il pacifico potere del diritto UE di incidere *in negativo* sulla potestà punitiva statale, limitando tale potestà in funzione della tutela delle libertà fondamentali riconosciute dai trattati – i trattati medesimi avrebbero espressamente conferito alle istituzioni dell'Unione soltanto competenze penali *indirette*, da esercitarsi al più tramite *direttive* non dotate di effetto diretto, che necessariamente presuppongono atti di trasposizione da parte dei parlamenti nazionali per potersi tradurre in possibili fonti di responsabilità penale dell'individuo.

Conseguentemente – così potrebbe essere sviluppato l'argomento – la Corte di giustizia non potrebbe pretendere, quanto meno a trattati invariati, di dedurre da dati normativi equivoci, come quelli contenuti nell'art. 325 TFUE, un obbligo per il giudice penale nazionale di disapplicare i dati normativi nazionali in materia penale, allorché l'effetto di tale disapplicazione sia quello di un'*espansione dell'area del penalmente rilevante*, o comunque un *ampliamento dei presupposti della responsabilità penale dell'individuo*.

Un simile terreno per la Corte costituzionale sarebbe però estremamente scivoloso. Il problema è che l'art. 325 TFUE – a differenza di

ceneri di pirite), 5/2014 (che produsse la reviviscenza di una disposizione incriminatrice abrogata da un decreto legislativo dichiarato illegittimo), 32/2014 (che, dichiarando l'illegittimità costituzionale della legge di conversione del decreto legge c.d. Fini-Giovanardi, determinò la reviviscenza della disciplina in materia di stupefacenti prevista dalla versione del testo unico in vigore sino al 2006, che *inter alia* prevedeva un minimo edittale più severo per i fatti aventi ad oggetto droghe c.d. 'pesanti').

²⁰ Sulla necessità di distinguere tra i tre profili accennati nel testo, cfr. P. FARAGUNA, *Il caso Taricco: controlimiti in tre dimensioni*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 369.

quanto fa l'art. 83 – non individua alcuno specifico strumento normativo per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, lasciando aperta la possibilità che le istituzioni UE decidano di intervenire attraverso un *regolamento*, e cioè attraverso un atto normativo direttamente applicabile. Possibilità, questa, che potrebbe ritenersi confermata dal riferimento contenuto nell'art. 86 – la base normativa della futura Procura europea – ad un *regolamento* che dovrebbe individuare i reati di competenza della Procura medesima, miranti a tutelare per l'appunto quegli stessi interessi finanziari dell'Unione cui si riferisce l'art. 325. Senza contare che, a fronte di un'eccezione di *ultra vires*, la Corte di giustizia rivendicherebbe certamente il *proprio* ruolo di giudice di interprete autentico dei trattati, e dunque anche dell'estensione delle competenze conferite dagli Stati membri all'Unione²¹.

c) La via maestra per la Corte costituzionale, qualora davvero volesse contestare ogni possibile ruolo *in malam partem* della Corte di giustizia in materia penale, sarebbe allora quella di muoversi non già sul terreno dell'*ultra vires*, ma direttamente su quello – assai più radicale – dei *controlimiti*, e/o della *difesa dell'identità costituzionale italiana*: in particolare attraverso l'argomento secondo cui la riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. andrebbe intesa come riserva di legge *nazionale*, che non tollera ingerenze – quanto meno, in senso *ampliativo* della responsabilità penale – da parte di fonti sovranazionali, comprese quelle dell'Unione europea.

In questa prospettiva, insomma, la Corte costituzionale potrebbe sostenere che, anche se il legislatore italiano avesse inteso conferire all'UE un potere di normazione in materia penale, il legislatore medesimo *non avrebbe potuto farlo*, e comunque *non potrebbe farlo in futuro*: una tale eventuale determinazione eccedendo le possibili limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost., per effetto del *controlimite* – non disponibile da parte dello stesso legislatore – rappresentato dall'art. 25, secondo comma, Cost.

Questa radicale prospettiva, sottesa all'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione, è altresì apertamente sostenuta da molti autorevoli commentatori italiani²²: il diritto penale – compresa la disciplina della prescrizione – sarebbe 'cosa nostra', perché le scelte sulla possibile responsabilità penale dell'individuo, e sulla possibile imposizione di una

²¹ Sulla delicata questione dell'individuazione del giudice competente a giudicare del principio di attribuzione, cfr. da ultimo O. CHESSA, *Meglio tardi che mai. La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, 326 ss.

²² Particolarmente efficace, in questo senso, C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 345 ss.

pena a suo carico, costituiscono la più pura espressione della *sovranità nazionale*, espressa attraverso i canali della democrazia rappresentativa nel parlamento *italiano*, unica istituzione legittimata a esprimere la volontà del popolo *italiano*.

Gravi però le obiezioni che potrebbero essere mosse contro una simile prospettiva. Laddove affermasse che la materia penale è *costituzionalmente* riservata al solo legislatore *nazionale*, con conseguente illegittimità costituzionale di qualsiasi trasferimento di competenze all'Unione in questa materia, la Corte finirebbe per legare le mani, anche per il futuro, al governo e al parlamento italiani, precludendo qualsiasi modifica dei trattati volta a conferire espressamente tali poteri alle istituzioni eurounitarie; ed apporrebbe così una pietra tombale rispetto a qualsiasi prospettiva di costruzione di un diritto penale dell'Unione Europea (in senso proprio) applicabile anche nel nostro paese.

Una prospettiva, si noti, che non avrebbe nulla a che fare con la tutela dei principi *democratici* – che non si vede perché non possano essere rispettati appieno anche da atti normativi europei, alla cui formazione concorre, da protagonista, il parlamento europeo, direttamente legittimato dal voto dei cittadini –, e che solo potrebbe essere spiegata in ottica di pura, e gelosa, tutela della *sovranità nazionale*²³.

4. Conclusioni

Cerchiamo allora di trarre qualche (necessariamente provvisoria) conclusione, in attesa della risposta della Corte di giustizia all'*ultimatum* della nostra Corte di giustizia.

Traendo le somme del detto e del non detto, partirei da una considerazione metodologica: in un *ultimatum* solo le parole sono importanti; i silenzi, o i pensieri rimasti magari nella penna, non lo sono e non devono esserlo, per un'elementare esigenza di *fairness* nei confronti dell'avversario.

I termini dell'*ultimatum* sono quelli espressi: l'obbligo a carico dei giudici penali italiani enunciato dalla Corte di giustizia nella propria sentenza (la *Taricco I*) dovrà essere riformulato, nella sentenza *Taricco II*, in modo da non confliggere con i 'controlimiti' rappresentati *a)* dal principio di prevedibilità dell'applicazione della legge penale (ivi compresa la disciplina della prescrizione) al momento del fatto, e *b)* dal principio di

²³ Quest'ultima prospettiva è articolata in maniera del tutto esplicita, in particolare, da M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 65 ss., 70 ss.

sufficiente determinatezza di quella medesima disciplina; principi, l'uno e l'altro, che la Corte costituzionale afferma essere consustanziali all'identità costituzionale dello Stato italiano.

La Corte costituzionale *non* nega espressamente, invece, che il diritto dell'Unione europea – allo stato attuale dei trattati, e *a fortiori* nel quadro di una futura riforma degli stessi – abbia quanto meno la competenza per co-determinare, assieme al formante legislativo interno, i presupposti della responsabilità penale dell'individuo, eventualmente con effetti *in malam partem* rispetto a quanto risultante dalla sola disciplina legislativa nazionale; *né* nega espressamente che la Corte di giustizia, nella propria funzione di interprete qualificato dei trattati, possa contribuire a precisare con effetto vincolante per gli Stati membri – anche nella materia penale – il significato delle disposizioni dei trattati medesimi, a cominciare dall'art. 325 TFUE.

Anzi, come ha ben rilevato Nicola Recchia in questo stesso convegno, la Corte costituzionale afferma oggi di non volere «porre in discussione il significato che la Corte di giustizia ha rinvenuto nell'art. 325 del TFUE» (n. 8): e cioè quello – l'unico in discussione nel caso di specie – di fungere in linea di principio da base normativa per l'affermazione di un *dovere di persecuzione penale* delle frodi gravi contro il bilancio UE, da attuarsi secondo la Corte di giustizia anche mediante la disapplicazione delle disposizioni nazionali in materia di prescrizione, che impediscano concretamente la realizzazione di un tale obiettivo²⁴.

Sarebbe davvero sorprendente, allora, che la Corte costituzionale si riservasse domani – a fronte di una *Taricco II* con la quale la Corte di giustizia in ipotesi insistesse sull'obbligo di disapplicazione della disciplina di cui agli artt. 160 e 161 c.p., *precisandone* i presupposti e *circoscrivendo* la sua portata solo ai fatti commessi *dopo* la sentenza del settembre 2015 – di azionare *nuovi* controlimiti, *nuovi* profili di identità costituzionale o una *nuova* eccezione di *ultra vires*, non chiaramente preannunciati nell'ordinanza che ha formulato il rinvio pregiudiziale, come a dire: “scusate, ci eravamo dimenticati di dirlo espressamente, ma era ovvio che il diritto UE non possa avere l'effetto di ampliare i presupposti della responsabilità penale; e comunque voi avreste dovuto capirlo che quella era la nostra posizione”. A tacer d'altro, una simile strategia non brillerebbe per lealtà.

²⁴ Per un'osservazione simile, anche se da un'angolatura più apertamente critica, V. MANES, *La Corte muove*, cit., 12 ss., il quale pure ritiene che la Corte di giustizia abbia 'incassato' dall'ordinanza della Corte «un dividendo giuridico di non poco momento in punto di 'efficacia diretta' dell'art. 325 TFUE, e *pro futuro* la definitiva legittimazione a trarne condizioni vincolanti per le politiche criminali degli Stati membri».

D'altra parte, la questione di fondo non si riduce al solo *bon ton* istituzionale, che pure sarebbe sempre opportuno non dimenticare nel rapporto tra le massime istituzioni di ordinamenti distinti ma reciprocamente integrati. Dietro la questione *Taricco* – non mi stancherò di ripeterlo, anche a costo di apparire come l'ultimo soldato giapponese che continua a combattere, in una remota isola del Pacifico, una guerra ormai da tempo conclusa – si gioca la battaglia sul possibile futuro di un *diritto penale europeo*, e del ruolo che i *diritti fondamentali* potranno svolgere in quel contesto: un diritto penale europeo del quale le nostre piccole comunità italiane, francesi, tedesche, spagnole, portoghesi avranno sempre più bisogno per far fronte a sfide criminali che trascendono largamente i confini nazionali²⁵, e nel quale solo diritti fondamentali costruiti sin dall'inizio secondo *standard comuni europei* – spesso, peraltro, assai più elevati di quelli nostrani – potranno svolgere un efficace ruolo di tutela dei diritti individuali a fronte della pretesa punitiva.

Continuare ad opporre, oggi, ostacoli al processo di integrazione europea in materia penale, invocando irragionevoli controlimiti e/o pretese identità costituzionali – tanto più se funzionali *nei fatti* a mantenere lo *status quo* di una disciplina della prescrizione del reato unica al mondo, e criticata da tutti gli osservatori internazionali –, rappresenta a mio avviso, anche per le conseguenze a catena che le sentenze della nostra Corte costituzionale potrebbero produrre su altre corti omologhe, una strategia potenzialmente distruttiva rispetto a quelle prospettive, purtroppo sempre più distanti a causa dei populismi e dei sovranismi che sembrano oggi imperare in molti Stati europei.

Una strategia, comunque, miope e perniciosa: della quale potremmo in un prossimo futuro amaramente pentirci.

²⁵ In questo senso cfr., da ultimo, L. PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco: dalla "virtuosa indignazione" al rilancio del diritto penale europeo*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 467 ss. Cfr. altresì, per tutti e limitatamente alla dottrina italiana, A. BERNARDI, *Sull'opportunità di una armonizzazione europea delle scelte sanzionatorie nazionali*, in L. FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo. Omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il suo 92° compleanno*, Milano, 2006, 109 ss.; G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, IV, 2307 e in particolare 2349 ss.; R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, *ivi*, 2569 ss.

Gli autori

CHIARA AMALFITANO, *Professore associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Milano*

ALESSANDRO BERNARDI, *Professore ordinario di Diritto penale nell'Università di Ferrara*

MARCO BIGNAMI, *Magistrato*

LUDOVICO BIN, *Dottorando di ricerca in diritto penale nell'Università di Modena e Reggio Emilia*

MICHELE CAIANIELLO, *Professore ordinario di Diritto processuale penale nell'Università di Bologna*

CRISTIANO CUPELLI, *Professore associato di Diritto penale nell'Università di Roma "Tor Vergata"*

MARILISA D'AMICO, *Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano*

LUIGI DANIELE, *Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Roma "Tor Vergata"*

GAETANO DE AMICIS, *Consigliere presso la Corte di Cassazione*

PIETRO FARAGUNA, *Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico nell'Università Luiss di Roma*

MARCO GAMBARDELLA, *Professore associato di Diritto penale nell'Università di Roma Sapienza*

ROBERTO E. KOSTORIS, *Professore ordinario di Diritto processuale penale nell'Università di Padova*

MASSIMO LUCIANI, *Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Roma Sapienza*

VITTORIO MANES, *Professore ordinario di Diritto penale nell'Università di Bologna*

STEFANO MARCOLINI, *Professore associato di Diritto processuale penale nell'Università dell'Insubria*

GIUSEPPE MARTINICO, *Professore associato di Diritto pubblico comparato nella Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa*

- ADRIANO MARTUFI, *Borsista post-dottorato "Marie Curie-COFUND" presso l'Università Saint-Louis di Bruxelles*
- ROBERTO MASTROIANNI, *Professore ordinario di diritto dell'Unione europea nell'Università di Napoli "Federico II"*
- ELENA MILITELLO, *Dottoranda in Diritto processuale penale nell'Università dell'Insubria*
- DANIELE NEGRI, *Professore ordinario di Diritto processuale penale nell'Università di Ferrara*
- FRANCESCO PALAZZO, *Professore ordinario di Diritto penale nell'Università di Firenze*
- IRENE PELLIZZONE, *Ricercatore di Diritto costituzionale nell'Università di Milano*
- GIOVANNI PICCIRILLI, *Ricercatore di Diritto costituzionale nell'Università Luiss di Roma*
- NICOLA RECCHIA, *Dottore di ricerca in Diritto penale nell'Università di Ferrara*
- GIUSEPPE RICCARDI, *Consigliere presso la Corte di Cassazione*
- FRANCESCO ROSSI, *Dottorando di ricerca in Diritto penale nell'Università di Ferrara*
- ANTONIO RUGGERI, *Professore ordinario Diritto costituzionale nell'Università di Messina*
- FRANCESCA RUGGIERI, *Professore ordinario di Diritto processuale penale nell'Università dell'Insubria*
- ROSARIA SICURELLA, *Professore ordinario di Diritto penale nell'Università di Catania*
- CARLO SOTIS, *Professore associato di Diritto penale nell'Università della Tuscia*
- DILETTA TEGA, *Ricercatore di Diritto costituzionale nell'Università di Bologna*
- ANDREA VENEGONI, *Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*
- FRANCESCO VIGANÒ, *Professore ordinario di Diritto penale nell'Università Bocconi di Milano*

DOTTORATO DI RICERCA IN
«DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E ORDINAMENTI NAZIONALI»
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FERRARA
PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
SEDI DI DI FERRARA E ROVIGO

1. A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico* (2015), pp. XXXVI-452.
2. V. MITSILEGAS, *Justice and Trust in the European Legal Order. The Copernicus Lectures*, Edited by C. GRANDI (2016), pp. XIV-194.
3. C. BERGONZINI - S. BORELLI - A. GUAZZAROTTI (a cura di), *La legge dei numeri. Governance economica europea e marginalizzazione dei diritti* (2016), pp. XII-220.
4. A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* (2017), pp. CXXXIV-522.
5. A. BERNARDI - C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale* (2017), pp. XXII-498.

Finito di stampare
nel maggio 2017
PL Print - Napoli

