

ROBERTO RAMPIONI

*Professore ordinario di Diritto penale – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”*

## Sistema delle fonti di diritto e conflitto ermeneutico fra le due Corti

### *Sources of law and hermeneutic conflict between the two Courts*

La Corte di giustizia dell'Unione Europea chiarisce che la interpretazione offerta dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE impone al giudice nazionale la disapplicazione delle disposizioni interne in materia di prescrizione nel limite in cui tale disapplicazione non comporti la violazione del principio di legalità per la insufficiente determinatezza della legge applicabile o per la applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato.

La Corte di giustizia elude, invece, il principale interrogativo proposto dalla Corte costituzionale: se sia riconoscibile alla Corte di giustizia un potere normativo diretto anche in materia penale e, più in generale, se sia attribuibile alla regola coniata in sentenza dal giudice valore di fonte normativa o se, invece, il cd. diritto giurisprudenziale vivente sia in contrasto con i «principi supremi» dell'ordinamento costituzionale italiano.

*The European Union Court of Justice explains that the interpretation offered by art. 325, paragraphs 1 and 2, TFUE imposes at the national judge to disapply the internal laws in matter of prescription as long as the disapplication doesn't violate the legality principal for insufficient law determination or for retroactive application of the rule that imposes a punishment standard more severe than the one in force at the moment of the crime commission.*

*The Court of Justice, instead, evades the main question proposed by the Constitutional Court: if it's recognizable to the Court of Justice a direct rule making power also in criminal law and, in general, if it's imputable at the rule formed in sentence value of law source or, instead, if the jurisprudential rights comes in conflict with the «supreme principles» of the Italian constitutional system.*

#### GLI INTERROGATIVI DELLA CONSULTA E LE RISPOSTE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA: TREGUA ARMATA PIUTTOSTO CHE COSTRUTTIVO DIALOGO

Alle tre questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte costituzionale con la nota ordinanza n. 24 del 2017<sup>1</sup> la Corte di giustizia – Grande Sezione – di Lussemburgo in data 5 dicembre 2017 replica:

– col rilevare, in via preliminare, che il procedimento di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE –prescelto dalla Consulta – vale ad instaurare un «dialogo da giudice a giudice», «strumento di cooperazione» che “mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione nonché la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto”;

– coll'esaminare congiuntamente le prime due questioni ad essa sottoposte, quelle cioè relative al già affermato<sup>2</sup> dalla Corte di giustizia obbligo di disapplicazione della normativa nazionale, vuoi nell'ipotesi in cui “tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata”, vuoi per il caso che “nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità”, così che possa profilarsi – nella lettura della Corte di giustizia – un'operatività retroattiva della «regola applicabile»;

– col dichiarare, conclusivamente, che “l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione,

<sup>1</sup> C. cost., ord. 26 gennaio 2017 n. 24, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1334 ss.

<sup>2</sup> C. giust. UE, Grande Sezione, sentenza 8 settembre 2015 – Taricco, causa C 105/14, in *questa Rivista*, 2016, n. 1, p. 34.

rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'infrazione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, *a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato*" [corsivo dell'autore];

– coll'affermare, peraltro, che "non è necessario rispondere alla terza questione, quella con la quale si è inteso chiedere alla Corte di giustizia se la sentenza dell'8 settembre 2015 "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 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*" [corsivo dell'autore].

Rinviando al prosieguo del presente lavoro l'esame critico dei passaggi motivazionali essenziali del secondo arresto della Corte di giustizia sulla vicenda «Taricco», almeno ad una prima lettura dei provvedimenti in esame sembrerebbe di poter affermare che il «dialogo» fra le Corti abbia dato i suoi frutti, da un lato, coll'affidare al giudice il rispetto del principio di determinatezza in materia penale in ordine alla individuazione del regime di prescrizione applicabile nelle ipotesi di "considerabile numero di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione"; dall'altro, col differire ad un momento successivo all'8 settembre 2015 l'operatività dell'obbligo di disapplicazione. Sembra ritenere, invero, la Corte di giustizia che in tal modo si riesca a superare le criticità di fondo che la complessa vicenda pone: quelle relative ad uno *iussum* rivolto al giudice interno in contrasto «con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale» e, dunque, la possibile opposizione di un contro-limite che, per vero, la Corte costituzionale mai menziona espressamente nella propria statuizione.

Ed in tal senso non è peregrina la previsione che il giudizio costituzionale in atto si chiuda colla dichiarazione di infondatezza delle questioni di costituzionalità prospettate – tutte riferite a reati commessi in epoca antecedente all'8 settembre 2015 – sebbene resti comunque aperto il tema (e non l'unico) – anche per i reati commessi in epoca successiva – della precisa individuazione *in subiecta materia* del regime della prescrizione, dal momento che la Consulta ha già affermato, con nettezza, che "non vi è modo di definire in via interpretativa con la necessaria determinatezza il requisito del numero considerevole dei casi [di gravi frodi fiscali], cui è subordinato l'effetto indicato dalla Corte di giustizia" (punto 5 dell'ordinanza).

Ad un esame minimamente più attento si appalesa, tuttavia, una ben diversa realtà. Se l'unico (di soli tre) rinvio pregiudiziale in materia penale per evidenti esigenze politico-istituzionali assume la forma di interrogativi (più retorici che suadenti) e, dunque, si apre (in apparenza) al dialogo, nella sostanza individua un fermo *ultimatum* rivolto alla Corte di giustizia in materia di principi fondanti dello Stato di diritto: legalità, riserva di legge e separazione dei poteri, ovvero quei «principi supremi» evocati dalla Consulta (pur non 'agitandoli' quali controlimiti) colla terza questione pregiudiziale. Atteggiamento di sostanziale chiusura anche da parte della Corte di giustizia, che *ribadisce*, confermandola, l'interpretazione già offerta dell'art. 325 TFUE e che, appunto, pretende di disinnescare «l'ordigno» recapitato, introducendo il solo correttivo della «regola» (quella da lei tracciata) valida solo per il futuro.

La Corte di giustizia «schiva» il tema della ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri come il tema del primato delle fonti UE sulle fonti nazionali, temi *medio tempore* divenuti incandescenti per la sopravvenuta «crisi» del processo di integrazione europea e per la previsione nel Trattato di Lisbona della reversibilità del principio di attribuzione. Nella vicenda «Taricco» sono, invero, confluiti tutti gli aspetti gravemente problematici di un sistema di fonti multilivello in equilibrio precario e di un'Unione «divisa» tra ordinamento internazionale ed ordinamenti nazionali-costituzionali. La «posta in gioco» – come ben dimostrano i primi commenti<sup>3</sup> della cd. *Taricco-bis* – non è minimamente la possi-

<sup>3</sup>E. Lupo, *La sentenza europea cd. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, n. 12, p. 109 ss.

bile sorte del «nostrano» istituto della prescrizione, ma “l’intangibilità dei principi fondamentali che sarebbero violati dal travolgimento *iussu iudicis* del regime della prescrizione”<sup>4</sup>. Se sul piano degli assetti istituzionali il tema in discussione è quello delle posizioni rispettive della Corte di giustizia e delle Corti costituzionali dei singoli Paesi membri (la prima che intende essere autentico giudice del diritto eurounitario, garante dell’incondizionato primato di esso; le seconde che, affidatarie della tutela dei principi «identitari» del singolo ordinamento nazionale, con la dottrina dei contro-limiti condizionano quell’intendimento), sul piano dei contenuti lo scontro è tra legislazione e giurisdizione, tra legge e diritto giurisprudenziale e, di conseguenza, il profilo problematico si incentra sul rispetto del principio di separazione dei poteri.

In sostanza, sotto la cenere arde ancora la brace, quella ora in atto è una semplice tregua. Come è stato ben detto, “due universi in conflitto, due differenti modi di intendere il diritto”<sup>5</sup>.

La Corte di giustizia ribadisce il primato del diritto dell’Unione e si erge a garante unico dell’interpretazione-applicazione del medesimo diritto, attribuendo valore «normativo» alla propria interpretazione e promovendo l’efficace protezione degli interessi – nella specie – finanziari dell’Unione coll’imporre agli Stati membri un obbligo di risultato preciso: «lottare» contro le attività illecite – qui le frodi in materia di IVA – “con misure dissuasive ed effettive” (disapplicando, nel caso in esame, “qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente”). In sostanza, una decisione – quella in esame, al pari della precedente – prettamente «politica», in quanto – come si cercherà di chiarire più avanti – persegue scopi esorbitanti dal tessuto normativo che regola attualmente i rapporti tra ordinamenti nazionali e sovranazionali. La Corte di giustizia “accede al «giardino proibito» del diritto penale nazionale ... obliterando ogni forma di «dialogo» con le Corti nazionali, ed ignorando del tutto la «grammatica» costituzionale ... e penale ... dell’ordinamento italiano”<sup>6</sup>. E favorendo il fenomeno del «dialogo diretto» con i giudici comuni, pretende di eludere il controllo accentratore di costituzionalità e di dare così vita ad un «controllo diffuso» sull’adeguatezza politico-criminale della legge nazionale operato dai medesimi giudici comuni.

La Corte costituzionale, dal canto suo, invia un «messaggio» ben preciso alla Corte di giustizia, ribaltando la prospettiva sino ad oggi adottata; timida prospettiva che ha ampiamente contribuito al delinarsi di una malintesa *primauté* del diritto dell’Unione. Ora, “la struttura dei quesiti pone indubbiamente 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”<sup>7</sup>. In tale diversa ottica la Consulta si riserva l’ultima parola (venendo ad assumere una posizione di controllo, per così dire, esterno, quale giudice costituzionale) circa la compatibilità con l’ordinamento interno della «regola» dettata dalla Corte di giustizia: “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 (punto 2 dell’ordinanza) ... 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. Questa Corte pensa il contrario (punto 6 dell’ordinanza) ... 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 (punto 7 dell’ordinanza) ...”.

La Corte costituzionale ha, dunque, inteso porre – come fondatamente si è rilevato – «punti fermisimi»: ad essa spetta “un generalizzato controllo sulla legalità di ogni operazione di «innesto» della fon-

<sup>4</sup>M. Luciani, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti, L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, p. 193 ss. Ampiamente sul tema v. C. Cupelli, *La posta è in gioco. Il caso Taricco nel dialogo fra le Corti*, in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti, L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, p. 79 s.

<sup>5</sup>A. Bernardi, *Presentazione*, in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti, L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, p. IX ss.

<sup>6</sup>G. Ricciardi, *‘Patti chiari, amicizia lunga’*, *La Corte costituzionale tenta il ‘dialogo’ nel caso Taricco, esibendo l’arma dei contro-limiti*, in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti, L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, p. 355 ss.

<sup>7</sup>L. Bin, *Taricco-bis: significati, espressi e impliciti, dei «promessi contro-limiti*, in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti, L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, p. 47 ss.

te europea che avvenga per via di disapplicazione” ed è chiaro che “il parametro di legalità non può che essere quello forgiato dalla stessa Corte costituzionale”, parametro valido “sia per quanto riguarda il contenuto della legalità, sia per quanto riguarda il suo oggetto o campo di applicazione”<sup>8</sup>. In definitiva, la Consulta riconosce che alla Corte di giustizia è affidato il compito di definire l’ambito di operatività del diritto dell’Unione, ma è netta nell’affermare che la valutazione relativa al rispetto dell’«identità costituzionale» (nozione espressamente richiamata dall’art. 4, §2, TUE) ed alla compatibilità delle regole eurounitarie – come interpretate dalla Corte di giustizia – con i «principi supremi e i diritti inalienabili garantiti dall’ordinamento nazionale» spetta esclusivamente ad essa.

#### PRIMATO DEL DIRITTO DELL’UNIONE E PRINCIPI COSTITUZIONALI: LE CONTRASTANTI POSIZIONI DELLA DOTTRINA. L’«EQUIVOCO» DIALOGO TRA CORTE DI GIUSTIZIA E GIUDICE ORDINARIO

A livello nazionale (ma non solo) la dottrina giuridica si rivela certamente attenta al profilo degli «assetti istituzionali» nel rapporto fra le due Corti, ma in particolare quella penalistica risulta comprensibilmente impegnata a «leggere» le ricadute della vicenda «Taricco» sul piano contenutistico della attuale portata dei principi costituzionali di legalità, riserva di legge e separazione dei poteri come ad apprezzarne il possibile impatto sul diverso, ma collegato, vivace dibattito da tempo in atto, tra fautori della *lex scripta* e fautori del cd. diritto giurisprudenziale.

In tal senso, v’è chi, per un verso, rileva recisamente che “è la Corte [di giustizia] che stabilisce se un obbligo eurounitario sia o meno compatibile con i diritti fondamentali, così come riconosciuti a livello europeo; una volta riconosciuta tale compatibilità, lo Stato membro è tenuto a dare esecuzione all’obbligo, anche se per ipotesi esso contrasti con il proprio diritto costituzionale; punto e basta”; il rifiuto da parte del giudice italiano di “conformarsi all’obbligo ora sancito dalla Corte significherebbe così un’aperta sfida al principio del primato del diritto UE, autentico pilastro dell’ordinamento eurounitario”; e, per l’altro, si interroga se valga “la pena, oggi, di impegnarsi in una battaglia a difesa – *in teoria* – di una particolare accezione nostrana del principio di legalità in materia penale e – *in pratica* – di una disciplina della prescrizione ancora più nostrana, ed anzi del tutto stravagante rispetto agli standard degli altri paesi europei ... Una pretesa legata non già alla tutela dei *diritti fondamentali* dell’individuo, che qui non vengono proprio in considerazione; quanto piuttosto alla vecchia idea della *sovranità nazionale*, della quale il diritto penale parrebbe costituire l’ultimo baluardo”<sup>9</sup>.

Posizione ribadita a seguito del deposito dell’ordinanza della Corte costituzionale col parlare di atteggiamento improntato a «sovranismo» (“il male che sempre più mina alla radice gli ideali di un’Europa unita”); la Consulta – si afferma – non intenderebbe riconoscere un “ruolo autenticamente *normativo* alla Corte di giustizia”, venendo così ad impedire 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”<sup>10</sup>.

Significativa al riguardo anche la posizione di chi, commentando adesivamente la pronuncia qui in esame, nel rimarcare il divieto di “applicazione retroattiva di una *normativa* che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato”, individua la fonte di tale norma nel *decisum* della Corte di giustizia: “... nella motivazione la irretroattività è esplicitamente posta rispetto alla (prima) sentenza Taricco. Il *passaggio* del concetto di irretroattività *dalla norma alla sentenza* si spiega se si pone mente all’altro menzionato requisito del principio di legalità costituito dalla *prevedibilità* dell’applicazione della legge penale” [corsivi di chi scrive]. Rilievo che porta ad affermare: “L’individuazione del punto di riferimento della retroattività non nella legge, ma in una sentenza che, secondo l’opinione tradizionale sulla natura dell’attività giurisdizionale, si limita a dichiarare il significato della legge, costituisce un chiaro riconoscimento della funzione non meramente cognitiva della

<sup>8</sup> F. Palazzo, *La Consulta risponde alla «Taricco»: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. Proc.*, 2017, p. 285 ss.

<sup>9</sup> F. Viganò, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto U.E. e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 settembre 2015, p. 1 ss.

<sup>10</sup> F. Viganò, *Le parole e i silenzi, Osservazioni sull’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti, L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, p. 475 ss.

giurisprudenza (almeno di quella della Corte europea) ed un elemento utilizzabile dai sostenitori della creatività (sia pure limitata) della stessa”<sup>11</sup>.

Ed, in effetti, proprio ciò individua, come correttamente è stato affermato, “la madre di tutti i problemi”<sup>12</sup>: l’incontro-scontro tra il principio di primazia del diritto eurounitario ed i principi di riserva di legge penale e separazione dei poteri. Nel caso «Taricco», invero, la Corte di giustizia, attribuendo effetto diretto all’art. 325 TFUE, norma di diritto europeo primario, chiede al giudice nazionale la disapplicazione della confliggente disciplina nazionale e, in particolare, della disciplina generale dell’interruzione della prescrizione di cui agli artt. 160 e 161 c.p. Ciò facendo, la Corte di giustizia viene a contraddire la «regola generale» per la quale le norme del diritto dell’Unione europea, chiamate a svolgere effetti espansivi dell’area del penalmente rilevante, non sono mai direttamente applicabili. Ed in tale complesso caso la Corte costituzionale riconosce «l’eccezione» di norme sì dotate di effetto diretto (seppure come si dirà, al ricorrere di determinati presupposti), ma non immediatamente applicabili in quanto chiamate a svolgere effetti espansivi. Applicabilità *in peius* che viene negata – sulla scorta di una lettura maggiormente comprensiva dell’art. 25, 2 c., Cost. – a tutti gli effetti *in malam partem* e, dunque, anche alle cause che reggono la «punibilità» in aggiunta alle garanzie che assistono il «fatto» e la «pena»<sup>13</sup>. Eliminare la norma interna senza la preventiva sostituzione di essa – in un ordinamento informato alla separazione dei poteri – è operazione praticabile solo allorché “si tratti di non pregiudicare diritti soggettivi, di tutelare i privati dagli inadempimenti dello Stato, compito *tipico* della funzione giurisdizionale”, non anche quando si intenda tutelare gli interessi finanziari dell’Unione, “compito invece che i giudici possono compiere, nel nostro ordinamento, solo fino al limite cui si può spingere l’interpretazione degli atti legislativi, non oltre”<sup>14</sup>. Troppo “lasca”, per dirla con Palazzo, la formulazione dell’art. 325 TFUE, che in effetti demanda al legislatore il compito di creare le norme di tutela adeguata.

La Consulta, pertanto, blocca quell’artificioso meccanismo circolare con il quale si è cercato di estraniarla dal «gioco»: il giudice comune – che mira ad un preciso «risultato» – chiede alla Corte di giustizia la verifica della compatibilità della norma interna con il diritto dell’Unione, l’adeguatezza di essa sul piano politico-criminale (non già la corretta interpretazione del diritto dell’Unione), la Corte che – come detto – al medesimo giudice, nel caso in esame, «serve» di buon grado la disapplicazione richiesta.

Ciò che già all’indomani della prima sentenza «Taricco» era puntualmente avvenuto con quelle pronunce – giustamente definite «sconcertanti»<sup>15</sup> – con le quali non soltanto si è proceduto alla disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p., ma si è inteso anche tipicizzare l’art. 325 TFUE, fissando i parametri della «gravità» e del «numero considerevole» dei casi di frode<sup>16</sup>.

Al profilo che più specificamente attiene al principio di riserva di legge si lega, appunto, il concorrente profilo relativo al ruolo assunto dalla giurisprudenza quale fonte del diritto, “il nodo di fondo ... della produzione giurisprudenziale quale *formante paritario* del diritto anche in materia penale”<sup>17</sup>. Ora, se la Corte di giustizia ben può produrre «regole», in tale attività essa purtuttavia incontra necessariamente il limite della preventiva sussistenza di un’adeguata «base legale» derivante dai Trattati; diversamente, “saremmo in presenza di un vizio simile all’*ultra vires* in tanto in quanto quella regola...si collocerebbe oltre i confini di materia e di competenza segnati dai Trattati”<sup>18</sup>. Al contempo, al giudice *interno* – secondo polo del cd. formante giurisprudenziale nella dinamica del diritto eurounitario – la «re-

<sup>11</sup> E. Lupo, *op. loc. cit.*

<sup>12</sup> V. Manes, *La Corte muove e in tre mosse da scacco a «Taricco»*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 13 febbraio 2017, p. 11

<sup>13</sup> C. Sotis, «Tra Antigone e Creonte io sto con Porsia»>. *Riflessioni su Corte costituzionale n. 24 del 2017 (caso Taricco)*, in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti, L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, p. 435 ss.

<sup>14</sup> L. Bin, *op. loc. cit.*

<sup>15</sup> M. Gambardella, *Irretroattività e indeterminatezza della regola Taricco: la valutazione nel rispetto del primato del diritto dell’Unione spetta alla Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1342 s.

<sup>16</sup> Cass., Sez. III, 7 giugno 2016, n. 44584, in *Guida dir.*, 2017, p. 94 con nota di C. Minnella, *Frodi in materia IVA: la Cassazione chiarisce quando la prescrizione non contrasta con il diritto UE*; Cass., Sez. III, 17 settembre 2015, n. 2210, in *Dir. pen. contemporaneo*, 22 gennaio 2016.

<sup>17</sup> F. Palazzo, *Introduzione, Poche parole sparse per un lettura «europeista» dell’ordinanza della Corte costituzionale 24/2017*, in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti, L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, p. XV ss.

<sup>18</sup> F. Palazzo, *op. ult. cit.*

gola» così fissata non può conferire una discrezionalità di portata talmente ampia da affidargli il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione e, più in generale, scelte di politica criminale. L'accreditamento di un paradigma incentrato sulla fonte giurisprudenziale verrebbe a confliggere con la opzione costituzionale ed identitaria operata dagli Stati di tradizione continentale.

#### LA NATURA «SOSTANZIALE» DELL'ISTITUTO DELLA PRESCRIZIONE E LA «REGOLA» DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Se questo – pur tracciato per linee generalissime – è il quadro di riferimento, appare chiaro – tornando più in dettaglio sulla vicenda «Taricco» – come la pronuncia in commento eluda il «tema di fondo», gravemente problematico, sollevato dalla Corte costituzionale e pretenda di risolvere l'aspra conflittualità insorta con una soluzione di solo apparente buon senso, verrebbe da dire, con una «pezza a colori». Monito, quello della Consulta, rivolto – come detto – non solo alla Corte di giustizia (principalmente) sotto il profilo della calibratura dei ruoli istituzionali (Corte che ribadisce la «regola» impartita e continua ad affidare al giudice ordinario la verifica del rispetto dei principi di determinatezza ed irretroattività della legge dell'Unione), ma anche al giudice interno sul piano dei contenuti sostanziali dell'assetto normativo nazionale (giudice che, come nel caso in esame, innesca un giuridicamente sconclusionato e vuotamente polemico rinvio pregiudiziale al fine di ottenere, scavalcando la Corte costituzionale, il riconoscimento di improbabili quanto personali scelte di politica criminale).

La Corte costituzionale è stata inequivoca quanto ferma; ha inteso affermare che il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione è un «dato acquisito», ma ha ribadito al contempo 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» (punto 2 dell'ordinanza). Ed in tale ottica non ha minimamente posto in dubbio che il principio di legalità in materia penale esprima un principio supremo dell'ordinamento italiano e che esiga – a garanzia dei diritti inviolabili dell'individuo – norme precise, determinate e prive di efficacia retroattiva.

Ora, la «regola» tratta dall'art. 325 TFUE dalla Corte di giustizia (ribadita con la sentenza in commento) viene ad interferire con il regime legale della prescrizione dei reati, regime che il giudice interno sarebbe chiamato a disapplicare.

Sennonché, quello della prescrizione – come, appunto, statuito dalla Consulta – è un istituto che incide sulla punibilità della persona, pertanto, il relativo regime legale è soggetto al principio di legalità. Come con fondamento rileva Pulitanò (sostanzialmente in linea con il consolidato orientamento della Corte costituzionale: sentenza n. 143 del 2014; sentenza n. 23 del 2013) «*le ragioni che, pur in assenza di un aggancio costituzionale esplicito, suggeriscono di collegare al decorso del tempo un effetto estintivo della punibilità, sono criteri di ragionevolezza o di giustizia concernenti non la mera durata del processo, ma, più in radice, la ragionevolezza (o giustizia) di una risposta punitiva che sia distanziata dal momento del fatto, al di là di una certa soglia temporale. Il problema della rilevanza del decorso del tempo tocca le ragioni sostanziali del punire o non punire; e le soluzioni che vi sono date, configurando in uno o altro modo l'istituto della prescrizione, concorrono a delineare le regole, non del processo, ma del giudizio che lo conclude. In questo senso, l'istituto della prescrizione, situato per così dire a cavallo fra il diritto sostanziale e il processuale, ha comunque (quali che siano le etichette legislative e la collocazione codicistica) una valenza di diritto sostanziale, nel senso che offre risposta a un problema di disciplina delle conseguenze del reato*»<sup>19</sup>.

La legittimazione dell'istituto della prescrizione del reato va, pertanto, apprezzata alla stregua dei principi costituzionali afferenti alla non punibilità. E se tale istituto implica una valutazione d'insensatezza di punire e di perseguire un fatto troppo remoto nel tempo, ancor prima individua la presa d'atto di una grave *defaillance* (nelle sue più varie forme di manifestazione) del sistema punitivo (di certo non è addebitabile, come più di un non pratico del processo penale pretenderebbe, agli atteggiamenti ostruzionistici della difesa). Ed a nulla vale che in altri ordinamenti si muova da una concezione «processuale» della prescrizione, non sussiste infatti (ancora al momento) alcuna esigenza di uniformità nell'ambito giuridico europeo. E, peraltro, questa attribuzione alla disciplina nazionale della prescrizione del carattere di norma di diritto sostanziale, così assoggettandola al principio di legalità, resta

<sup>19</sup> D. Pulitanò, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 507 s.

estranea al significato ed alla portata riconosciuti all'art. 325 TFUE e, ciò che più rileva, individua un «livello di protezione» più elevato rispetto a quello riconosciuto agli imputati dall'art. 49 della Carta di Nizza e dall'art. 7 della CEDU. Quadro garantistico – senza alcuna ragione plausibile – ritenuto eccessivo, mentre, all'opposto, una legalità anche processuale dovrebbe oggi individuare “una apprezzabile linea evolutiva da coltivare e potenziare”<sup>20</sup>. Rilievo, peraltro, del tutto infondato sul piano costituzionale ove si tenga – comunque – a mente il risalente insegnamento di Marcello Gallo secondo il quale la riserva di legge non va necessariamente interpretata come «riserva per tipo di disciplina» così da escludere le norme processuali<sup>21</sup>.

Dunque, la Corte costituzionale, chiamata ad accertare se la «regola» dettata nella vicenda «Taricco» soddisfi il principio di determinatezza, ma anche il concorrente principio di riserva di legge, ha precisato che la norma deve risultare formulata «in termini chiari, precisi e stringenti», sia allo scopo di scongiurare possibili arbitri applicativi del giudice, sia al fine di rendere «percepibili» le possibili conseguenze dell'agire illecito. E se, sotto questo secondo profilo, ha ritenuto, non ragionevole pensare che, almeno prima della pronuncia della Corte di giustizia del settembre 2015, la «regola» da questa coniata fosse «prevedibile» – presentasse, cioè, una definita «base legale» – in ordine al primo profilo ha affermato che la «regola» medesima non è idonea a delimitare la discrezionalità giudiziaria, trovandoci peraltro di fronte ad una formula ambigua sul piano concettuale («numero considerevole di casi di frodi gravi»), non precisabile per via interpretativa, ma solo sulla scorta di una base normativa che “predefinisca analiticamente casi e condizioni”.

Come già detto, la Corte di giustizia sui rilievi critici mossi dalla Consulta resta, per così dire, «sul colpo». In tema di rispetto del canone di irretroattività supera – a suo modo di vedere – il quesito rivolte coll'individuare nella propria prima pronuncia (8 settembre 2015) il *dies a quo* il regime nazionale della prescrizione sarebbe disapplicabile. La «regola», pur priva di una definita base normativa, diverrebbe percepibile, prevedibile a far data da quella pronuncia; si assume, invero, – che il principio di legalità dei reati e delle pene “appartiene alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri” (punti 51 s.); – che è “sancito dall'art. 49 della Carta” e presenta “significato e portata identici al diritto garantito dalla CEDU”; – che la condizione della conoscibilità “è soddisfatta quando il singolo può conoscere, in base al testo della disposizione rilevante e, se del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici, gli atti e le omissioni che chiamano in causa la sua responsabilità penale”; – che “i requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività inerenti al principio di legalità dei reati e delle pene si applicano, nell'ordinamento giuridico italiano, anche al regime della prescrizione relativo ai reati in materia di IVA” e tali requisiti “ostano a che, in procedimenti relativi a persone accusate di aver commesso reati in materia di IVA prima della pronuncia della sentenza Taricco, il giudice nazionale disapplichino le disposizioni del codice penale in questione” [corsivo di chi scrive].

Come è stato adesivamente, quanto prontamente affermato [chiaro l'intendimento o, meglio, lo «scopo»], nella descrizione della relazione temporale tra il reato commesso e la legge ad esso applicabile, la irretroattività viene riferita non alla disposizione del Trattato di Lisbona della cui operatività si discute (art. 325), ma alla “pronuncia della sentenza Taricco”; ed “il passaggio – si assume – del concetto di irretroattività dalla norma alla sentenza si spiega se si pone mente all'altro menzionato requisito del principio di legalità costituito dalla prevedibilità dell'applicazione della legge penale”<sup>22</sup>.

Senonché, in difetto di una uniforme disciplina europea della prescrizione (l'adozione della direttiva del 5 luglio 2017 – comunque successiva ai fatti della vicenda «Taricco» – è tuttora *in fieri*), nell'ordinamento italiano va escluso che un atto giurisdizionale (dunque, in mancanza di una «disposizione scritta») possa stabilire quali fatti punire, con quale pena ed entro quale limite temporale. Come chia-

<sup>20</sup> F. Palazzo, *op. ult. cit.*

<sup>21</sup> M. Gallo, *Diritto penale italiano, Appunti di parte generale*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2014, p. 29 ss. V. anche in argomento S. Marcolini-E. Militello-F. Ruggieri, *Il caso Taricco e l'affermazione del principio di legalità processuale*, in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti, L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, p. 223 s., i quali a proposito di simile risalente e autorevole posizione dottrinale osservano (p. 230): “Simili approcci, che ora trovano una sorta di «consacrazione» nell'art. III 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 penale: entrambi sono, pure con ambiti di reciproca autonomia, due elementi paritetici ed ugualmente necessari per la migliore realizzazione del sistema di giustizia penale”.

<sup>22</sup> E. Lupo, *op. loc. cit.*

ramente espresso dalla Corte costituzionale – che richiama la pronuncia n. 4 del 2004 – “è questo un principio irrinunciabile del diritto penale costituzionale. Occorre infatti che una disposizione scritta ... permetta una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo”.

#### SULLA DETERMINATEZZA E PRETESA EFFICACIA «DIRETTA» DELLA «REGOLA» TRATTA DAI PARAGRAFI 1 E 2 DELL'ART. 325 TFUE

Sul tema della «sufficiente determinatezza della legge applicabile» la Corte di giustizia, in buona sostanza, nulla replica agli articolati rilievi sollevati dalla Corte costituzionale, affidando al giudice nazionale il compito di “verificare se la condizione richiesta dal punto 58 della sentenza Taricco, secondo cui le disposizioni del codice penale in questione impediscono di infliggere sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, conduca a una situazione di incertezza nell'ordinamento giuridico italiano quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile. Se così effettivamente fosse, il giudice nazionale non sarebbe tenuto a disapplicare le disposizioni del codice penale in questione”.

La Consulta ha, dal canto suo, segnalato ben altro alla Corte di giustizia (che, verosimilmente, piuttosto che scarsa «sensibilità penalistica»<sup>23</sup> dimostra una «profonda ignoranza»<sup>24</sup> delle ragioni del regime della prescrizione): “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” (punto 9 dell'ordinanza).

Pronti, adesivi commenti hanno riconosciuto che il paragrafo 1 dell'art. 325 TFUE, in effetti, sia sul piano letterale, che “nella interpretazione integratrice che ne ha dato la Corte di giustizia necessita dell'interpositio legislatoris, onde esso obbliga lo Stato italiano, ma non può obbligare il giudice per la sua inidoneità a porre un precetto penale determinato”. Il discorso, invece, correrebbe diversamente per il paragrafo 2 della medesima disposizione che – non espressamente menzionato nel corpo della «Taricco-bis» – viene ritenuto in linea con il principio di determinatezza nell'enunciare il cd. principio di assimilazione. Ergo, il principio di legalità non impedirebbe “la disapplicazione nella (sola) ipotesi di contrasto delle norme interne con il paragrafo 2 dell'art. 325 TFUE, ma soltanto per i reati commessi successivamente all'8 settembre 2015”<sup>25</sup>.

Per vero, se la Corte costituzionale si limita a prendere atto (verosimilmente per non spingersi troppo in avanti sul piano dei rapporti istituzionali e mantenere un atteggiamento di rigoroso *self-restraint*) che all'art. 325 TFUE, nell'interpretazione della Corte di giustizia, va riconosciuta efficacia diretta e concentra la verifica di compatibilità alle possibili ricadute di simile efficacia sul piano esclusivamente interno, è ora questo «il» punto necessariamente da approfondire. Come fondatamente viene rilevato, infatti, “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*. Con problemi, certo non solo in punto di «riserva di legge», che rischiano di ripresentarsi in forma aggravata”<sup>26</sup>. Quella della Corte di giustizia – come chiarisce il medesimo autore – è una “posizione interpretativa che incide pesantemente sul *diritto materiale* dell'UE: l'art. 83 TFUE limita espressamente gli atti adottabili per i campi di materia ivi indicati *alle direttive*, con conseguente radi-

<sup>23</sup> F. Palazzo, *op. ult. cit.*

<sup>24</sup> G. Flora, *L'influenza della giurisprudenza della Corte di giustizia sul diritto penale interno: verso un modello penalistico incompatibile con i principi fondativi del sistema costituzionale italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2017, p. 36 s.

<sup>25</sup> E. Lupo, *op. loc. cit.*; F. Viganò, *op. ult. cit.*

<sup>26</sup> V. Manes, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco» (note minime sull'ordinanza n. 24 del 2017)*, in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti, L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale* a cura di A. Bernardi e C. Cupelli, Napoli-Jovene, 2017, p. 207 ss.



camento – sempre e comunque – di una competenza penale solo *indiretta*; l'art. 325 TFUE non contemplerebbe, invece, limiti in ordine agli atti utilizzabili, legittimando ... iniziative legislative promosse con *regolamento*, con norme direttamente applicabili e, dunque, potenziali strumenti di competenza penale diretta”<sup>27</sup>.

La scelta, prudente, della Consulta rischia, pertanto, di legittimare una autoattribuzione di competenze penali da parte della Corte di giustizia che esula dai limiti fissati dai Trattati dell'Unione. Riconoscere anche in materia penale valore *normativo* – in via generale ed in mancanza di «direttive» – alle sentenze europee varrebbe attribuire alla medesima Corte un «potere implicito» non previsto dai Trattati<sup>28</sup>.

Peraltro, una simile scelta dà vita ad una chiara “strumentalizzazione della posizione giuridica del singolo per offrire una risposta simbolica a problemi sistemici”<sup>29</sup>; una scelta che individua una altrettanto chiara lesione del principio personalistico. È il cittadino ad essere chiamato a rispondere delle gravi inefficienze dell'organizzazione giudiziaria nazionale a fronte della istanze di natura economica (forse meglio, «contabile») della Corte di giustizia, affetta da un ingravescente inaridimento burocratico-finanziario. Scelta che, in ogni caso, è in contrasto col principio secondo cui l'effetto diretto nei riguardi del privato può riguardare esclusivamente suoi «diritti» verso lo Stato, non già posizioni negative di obbligo, quali l'assoggettabilità a pena.

#### SISTEMA DELLE FONTI DI DIRITTO E CD. FORMANTE GIURISPRUDENZIALE

A restare senza un principio di risposta è – come detto – il terzo quesito formulato dalla Consulta, l'interrogativo retorico individuante il «nodo centrale» della vicenda «Taricco»: la produzione «giurisprudenziale» può essere riconosciuta quale «formante paritario» del diritto anche in materia penale? La stessa Corte di giustizia è legittimata a produrre, in difetto di una definita «base legale» fornita dai Trattati, regole destinate in via diretta al giudice interno? Può tale giudice divenire, sulla scorta di una troppo ampia «discrezionalità», «giudice di scopo» rispetto agli obiettivi perseguiti dall'Unione? Cosa, in definitiva, è in contrasto nella vicenda Taricco “con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione?”.

Questa è l'area «sensibile» non affrontata dalla Corte di giustizia e solo velatamente evocata dalla Corte costituzionale. Nella vicenda «Taricco», come ben chiarisce Gambardella, “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 vietata. Le decisioni dei giudici (eccetto quelle dei Giudici costituzionali) hanno dunque effetti circoscritti al caso deciso e i precedenti giurisprudenziali non sono vincolanti”<sup>30</sup>.

Sul «ruolo» del giudice è, del resto, impostata la differenziazione tra sistema di *civil law* e sistema di *common law* (e tra «precedente persuasivo» e «precedente vincolante»). Peraltro, la stessa Corte di giustizia se in ragione del potere normativo (seppur nei limiti sopra descritti) pretende nella sua ansia di primato di essere equiparata (non solo «avvicinata») alle Corti costituzionali, *non* è una Corte costituzionale per la semplice ragione che una Carta europea non esiste e, dunque, il suo agire può incontrare lo sbarramento dei contro-limiti, quando sia in gioco – come sottolinea con la propria ordinanza la Corte costituzionale, «custode unico di essi» – l'«identità costituzionale» dell'ordinamento nazionale<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> V. Manes, *La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»: le ragioni dei contro-limiti*, in A. Bernardi (a cura di), *I contro-limiti, Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, Jovene, 2017, p. 203 ss.

C. Paonessa, *Lo strano caso Taricco», ovvero le garanzie del tempore cedere alla mercé di un'eccentrica decisione europea?*, in *Criminalia*, 2015, p. 254 ss., parla in argomento di «lisbonizzazione» della Convenzione PIF: “si è di fatto provveduto ... all'assorbimento di tale strumento normativo – i cui limiti di vincolatività già sono stati messi in evidenza – all'interno di una norma del Trattato di Lisbona, dotata, invece, di forza cogente”.

<sup>28</sup> G. Riccardi, *op. loc. cit.*

<sup>29</sup> A. Vallini, *La portata della sentenza CGCE «Taricco»: un'interferenza grave in un sistema discriminatorio*, in *Criminalia*, 2015, p. 295 ss.

<sup>30</sup> M. Gambardella, *op. cit.*, p. 1352.

<sup>31</sup> M. Luciani, *op. cit.*, p. 203. In senso contrario F. Viganò, *op. ult. cit.*, p. 486, il quale rileva criticamente: «Disconoscere questo

Ora, se la Corte di giustizia intendesse «accreditare in via istituzionale» un paradigma della giuridicità diverso, incentrato sulla «fonte» giurisprudenziale (anche se intesa quale funzione integratrice della norma interpretata), questa scelta [inspiegabile, se non sul piano «politico» degli equilibri istituzionali, dal momento che con la Brexit residua un solo Stato membro, l'Irlanda, che presenta un ordinamento di *common law*] verrebbe a porsi in insuperabile contrasto con la differente scelta «identitaria» degli Stati di tradizione continentale, innescando un processo suscettibile di dar vita ad una vera e propria «sovversione di sistema».

Come ha inteso ammonire Pulitanò, i vincoli posti dai principi di origine illuministico-liberale individuano il «dover essere» del nostro ordinamento di *civil law*. Il disincanto rispetto alle cd. mitologie giuridiche non tocca il «dover essere» incorporato nel principio di legalità sancito dalla Costituzione italiana: riserva di legge e soggezione del giudice alla legge. Il «valore» del cd. formante giurisprudenziale nel sistema delle fonti di diritto di un ordinamento positivo dato non è competente a stabilirlo la teoria dell'interpretazione; è ricavabile, piuttosto dal modello di sistema formale delle fonti in concreto recepito. Il valore formale di legge discende dalle «scelte di politica del diritto» in concreto operate in ordine alla struttura dell'ordinamento<sup>32</sup>.

“Sarebbe un mutamento di sistema rispetto alla Costituzione italiana – prosegue l'Autore – arrivare ad ammettere la possibilità di una infrazione d'origine giurisprudenziale, nata cioè non con il testo di legge, ma da una successiva evoluzione giurisprudenziale in assenza di mutamenti legislativi ... *Infrazione d'origine giurisprudenziale* può essere una formula utile sul piano descrittivo, nella ricostruzione e critica storica della vita del diritto. Sul piano del dover essere del nostro ordinamento, varrebbe sempre e comunque come critica: per infrazioni d'origine giurisprudenziale non c'è spazio legittimo”.

Analogamente alla vicenda «Contrada» si propone una ri-scrittura della legalità non coerente con il principio di riserva di legge penale, «elemento strutturale» dell'ordinamento italiano che dà forma al sistema delle garanzie, comprensivo della garanzia di legalità. Ridurre la «legalità» alla «prevedibilità della norma e delle sue conseguenze» equivarrebbe ad innescare sul piano teorico-culturale un processo di chiaro stampo regressivo.

Come ha avvertito la stessa Consulta, è indispensabile che sia la «disposizione incriminatrice scritta»

---

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 incostituzionali».

<sup>32</sup> D. Pulitanò, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2015 n. 2, p. 46 s.

V. anche in argomento G. Lattanzi, *Il dialogo tra le Corti nei casi Melloni e Taricco*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2131 ss., il quale – fra l'altro rileva –: «E ancora ci si è chiesti se le frodi prescritte prima della sentenza Taricco siano ancora perseguibili e per lo più si è risposto negativamente, ritenendosi che in tali casi il reato debba considerarsi estinto. Ma anche questa opinione è apparsa contestabile, considerando che, se alla sentenza di riconosce una mera funzione interpretativa, *la regola Taricco va ricondotta direttamente all'art. 325 del TFUE, e non alla sentenza*, che si è limitata a dichiararla, questa non può costituire un punto di riferimento per stabilire se si è verificata la prescrizione. Se è l'art. 325 del TFUE a comportare una diversa regolamentazione della prescrizione, per stabilire se questa si è o no verificata prima che gli artt. 160 e 161 c.p. siano divenuti, come vuole la regola Taricco, inapplicabili è al momento dell'entrata in vigore dell'art. 325 del Trattato, e non al momento della pronuncia della sentenza, che occorrerebbe fare riferimento. *Ma la questione principale ovviamente è quella relativa alla compatibilità della "regola Taricco" con l'art. 25, secondo comma, Cost.* ... L'art. 25 Cost. esprime per noi un principio supremo non solo perché sancisce la regola fondamentale della irretroattività, ma anche e soprattutto perché pone il vincolo della riserva assoluta di legge in materia penale, richiedendo che le scelte relative alla punibilità vengano assunte esclusivamente dal legislatore mediante norme sufficientemente determinate. Perciò anche per la prescrizione nel nostro ordinamento costituzionale il principio di stretta legalità è assolutamente insuperabile. La determinazione delle regole in materia è rimessa esclusivamente al legislatore, in considerazione del grado di allarme sociale provocato dal reato e dell'idea che, trascorso del tempo sulla sua commissione, si attenuino le esigenze di punizione e maturi per l'autore il diritto all'oblio (sentenza n. 23 del 2013). E deve trattarsi di regole ben determinate. Oltre alla certezza del diritto e alla prevedibilità delle decisioni, che pure rilevano, sono in questione, da un lato, il principio democratico, che vuole nella materia penale l'intervento di un legislatore, e, dall'altro, i limiti rigorosi della funzione giurisdizionale. *Il giudice non è legittimato a operare scelte basate su valutazioni discrezionali, anche se finalizzate a un risultato predeterminato, come può essere quello di dare attuazione all'art. 325, paragrafi 1 e 2, del TFUE*» [corsivi di chi scrive].

a permettere “una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo”. Qui, d’altra parte, ai principi di legalità, irretroattività e di riserva di legge penale si lega il principio di colpevolezza al fine di perseguire una «comune» finalità: garantire al cittadino libere scelte d’azione sulla base di una valutazione preventiva delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta [Non a caso Flora definisce l’ordinanza della Consulta “manifesto del diritto penale liberale sul versante della legalità, così come la sentenza 364 del 1988 sul fronte della colpevolezza”].

Dunque, la «disposizione scritta» [nella portata assegnatale da una appropriata, non solo non analogica ma, piuttosto, non debordante attività di interpretazione], non la «regola» coniatà dalla Corte di giustizia o dal giudice ordinario; regola frutto del preteso potere di co-normazione della giurisprudenza, vuoi sul piano sostanziale dei contenuti effettivi della «base legale», della dimensione applicativa della norma, vuoi, più in generale, sul piano delle concrete scelte di politica criminale. In quest’ultimo senso, infatti, verrebbe estesa la garanzia della «legalità europea» al diritto giurisprudenziale e la «prevedibilità europea» risulterebbe “adeguatamente garantita, anche in presenza di un testo legale oscuro, grazie all’apporto chiarificatore del *diritto vivente consolidato*”<sup>33</sup> [corsivi di chi scrive].

A non considerare la scarsa plausibilità dello spostamento regressivo del canone di determinatezza dal testo legale al «prodotto normativo» risultante dall’attività interpretativo-applicativa del giudice, non è dato intendere in cosa possa consistere il diritto vivente «consolidato» in un sistema punitivo (ed in un ordinamento giudiziario), quale quello italiano, in cui il precedente non è vincolante [neppure la pronuncia a Sezioni Unite] con conseguente, tristemente nota, «volatilità» della cd. legalità giurisprudenziale.

Come di recente ha osservato Manes, “in materia penale si avverte soprattutto, e non da poco, il rischio che la (conclamata) dimensione giudiziale del diritto comporti un intollerabile saldo negativo non solo in punto di tenuta della “separazione dei poteri” (su cui pure –come si è visto– sono edificate le basi più tradizionali del *nullum crimen*, quantomeno nella sua dimensione «continentale» e di «*civil law*»), ma anche e soprattutto in punto di «certezza soggettiva del diritto»: un saldo negativo evidenziato espressamente da chi denuncia – al fondo dello scenario europeo – una «ridefinizione al ribasso» delle garanzie individuali che presidiano lo *ius puniendi*”<sup>34</sup>.

Il diritto «detto dai giudici», trasferito il presidio della garanzia nella «prevedibilità», almeno nell’esperienza continentale non è in grado di stabilire il livello di «consolidamento necessario» per poter in esso riconoscere la «base-legale» *accettabile*.

“L’esperienza vissuta (in ruoli diversi) nella fabbrica processuale delle interpretazioni –afferma Pulitanò– mi ha mostrato l’importanza fondamentale della critica, dell’argomentazione, di un *dare ragioni* cui tutte le parti del processo possano accedere in un contesto aperto, vincolato alla legge e non a precedenti fabbricati altrove ... Per l’argomentazione (anche in *diritto*) della parte, cioè del cittadino, la soggezione del giudice alla legge è un punto di forza: è ciò che consente di poter contare sulla protezione del diritto, anche di fronte a indirizzi giudiziari autorevoli, ma ragionevolmente *discutibili* o francamente sbagliati”<sup>35</sup>.

Del resto, secondo lo stesso disposto dell’art. 53 CEDU “nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i Diritti riconosciuti *in base alle leggi (laws, lois)* di ogni parte contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi” [corsivo di chi scrive]. Ora, non essendo dubitabile che tra questi diritti vi sia tuttora in Italia quello, costituzionalmente sancito, per il quale le scelte di politica criminale sono effettuate dalla legge e non dal giudice, “la teoria della giurisprudenza-fonte è – per dirla con Di Martino – costituzionalmente intollerabile”<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> M. Gambardella, *op. cit.*, p. 1354. V. sostanzialmente in tale senso F. Palazzo, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2698 ss.

<sup>34</sup> V. Manes, *Common Law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 970.

<sup>35</sup> D. Pulitanò, *op. ult. cit.*, p. 50. Sul tema della «stabilizzazione» e della «pubblicizzazione» del precedente v. il recente lavoro di R. Orlandi, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione «politica» delle Corti di legittimità*, 2017, p. 2596 ss.

<sup>36</sup> A. Di Martino, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014, p. 91 ss.