

# Dialogo tra Corti o “rimprovero” della Corte? Note a margine dell’Ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale

Opinioni

GAETANO INSOLERA - PIETRO INSOLERA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La forte ed opportuna “riaffermazione” della legalità penale interna della Corte costituzionale. – 2.1. La “ragionevole prevedibilità” delle norme penali sfavorevoli. – 2.2. La determinatezza della “regola”. – 3. Prove di vero “cooperative constitutionalism”. – 4. Prospettive: il *dictum Taricco* può essere concretamente reso “conforme” ai principi fondamentali della Carta repubblicana? – 5. Quello che i giudici costituzionali dicono, anche se non espressamente.

## 1. Premessa.

Con l’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale<sup>1</sup>, l’ormai celebre “saga” *Taricco* si arricchisce di un ulteriore, avvincente, capitolo.

---

<sup>1</sup> Corte Cost., Ord. 26 gennaio 2017 (ud. 23 novembre 2016), n. 24, *Presidente GROSSI – Redattore LATTANZI*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*, 30 gennaio 2017; fra i primi commenti v. anche 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 [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), in corso di pubblicazione, 1 ss.; C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in [www.eurojus.it](http://www.eurojus.it), 29 gennaio 2017; A. LAURITO, *Brevi considerazioni a “prima lettura” dei tre quesiti oggetto del rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale (ord. n. 24/2017) nel caso Taricco.*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 27 gennaio 2017; in lingua inglese, e concentrandosi più sugli interessanti profili di c.d. *cooperative constitutionalism* che non su quelli penalistici in senso stretto, v. M. BASSINI, O. POLLICINO, *The Taricco Decision: a Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution*, in *VerfBlog*, 2017/1/28, <http://verfassungsblog.de/the-taricco-decision-a-last-attempt-to-avoid-a-clash-between-eu-law-and-the-italian-constitution/>; M. FERRANTE, *L’ordinanza della Corte costituzionale sull’affaire Taricco: una decisione “diplomatica” ma ferma*, in *Dirittifondamentali.it*, 2017, 1, 1 ss.

I giudici costituzionali – condividendo buona parte dei dubbi sollevati dai giudici remittenti<sup>2</sup> e tenendo nella giusta considerazione il prevalente orientamento della letteratura sviluppatosi all'indomani della sentenza *Taricco*<sup>3</sup> – hanno ritenuto che la “regola”, il “contenuto precettivo” della pronuncia, ovvero sia il *significato* attribuito all'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE dalla Corte di Giustizia<sup>4</sup>, debba essere meglio precisato, per potere essere ritenuto conforme al principio di legalità penale interno di cui all'art. 25, c. 2, Cost., nei suoi tre corollari di riserva di legge, divieto di retroattività e determinatezza.

A tal fine la Corte costituzionale ha operato un rinvio pregiudiziale alla CGUE<sup>5</sup>, formulando tre quesiti interpretativi relativi alla norma di cui all'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE, optando così per una soluzione che, se da un lato può apparire “di compromesso”, dall'altro non ci sembra riconducibile all'ideologia di un virtuoso, pacifico, dialogo tra le Corti: continuiamo a pensare che i conflitti possano essere salutari. Quando essi garantiscono maggiori *standard* di garanzia per i diritti fondamentali colpiti dallo strumento penale<sup>6</sup>.

D'altra parte, la Corte di Lussemburgo ci sembra che non avesse proprio seguito una logica di “fraterno dialogo”: più o meno velatamente aveva ignorato, nella sentenza, di

<sup>2</sup> Le questioni di legittimità costituzionale – trattate unitariamente dalla Corte costituzionale – sono state dapprima sollevate con Ordinanza della Corte d'appello di Milano, sez. II, 18 settembre 2015, Pres. Maiga, Est. Locutro, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 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”*, 21 settembre 2015. Successivamente è stata sollevata questione di legittimità costituzionale anche dalla Corte di Cassazione, sez. III, Ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), Pres. Grillo, Est. Riccardi, Ric. Cestari, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 15 luglio 2016. Entrambi gli atti di promovimento hanno investito la Corte costituzionale della questione di legittimità dell'art. 2, l. n. 130/2008 (Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007), nella parte in cui autorizza alla ratifica e rende esecutivo l'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE, come interpretato dalla sentenza della Grande Sezione della CGUE dell'8 settembre 2015 in causa C-105/14, *Taricco*. Mentre l'ordinanza della Corte d'appello di Milano limitava i dubbi di incostituzionalità al solo contrasto con il principio di legalità penale di cui all'art. 25, c. 2, Cost. (*sub specie* divieto di retroattività e riserva di legge), la Cassazione lamentava anche la violazione dei parametri di cui agli artt. 3, 11, 24, 27, c. 3 e 101, c. 2, Cost.

<sup>3</sup> Senza alcuna pretesa di esaustività, v. D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 5 ottobre 2016, 1 ss.; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016, 2, 15 aprile 2016, 1 ss.; R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 4 luglio 2016; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte europea può erigere il giudice a legislatore*, in Paonessa-Zillettì (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, Pisa, 2016, 93 ss.; A. CAMON, *La torsione d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in [www.latribuna.it](http://www.latribuna.it), 1 ss.; V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 6 maggio 2016; V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. pen.*, 2016, 3, 1250 ss.; C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Dal giudice garante*, cit., 151 ss.; C. SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 14 ottobre 2016.

<sup>4</sup> Com'è noto, nella sentenza *Taricco* la CGUE ha affermato che l'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE impone al giudice nazionale di non applicare il combinato disposto degli artt. 160, u.c. e 161, c. 2, c.p. 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 dello Stato membro sono soggette a termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

<sup>5</sup> La Corte costituzionale, alla luce del grave stato di incertezza sul significato da attribuire all'art. 325, TFUE, riguardante processi penali pendenti, e dell'importanza delle questioni di diritto sollevate, ha richiesto che il rinvio sia deciso con “procedimento accelerato” ai sensi dell'art. 105 del regolamento di procedura della CGUE. Sulle peculiarità di tale procedimento, v. TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, 358 ss.

<sup>6</sup> G. INSOLERA, *Cassandra e il grande potere giudiziario*, in *Dal giudice garante*, cit., 139 ss.

considerare l’identità costituzionale italiana<sup>7</sup> (ex art. 4.2 TFUE). Si era scelto di garantire “costi quel che costi” la protezione degli interessi finanziari europei.

Nonostante la natura *prima facie* interlocutoria del provvedimento, dunque, vale la pena approfondire le interessanti “*rivendicazioni di principio*” effettuate dalla Corte nel denso apparato motivazionale, per poi valutare quale potrà essere l’esito della domanda pregiudiziale, non potendosi comunque escludere che – qualora la CGUE non intenda “adeguarsi” ai rilievi del Giudice delle leggi – sorga la necessità di opporre effettivamente i “principi supremi dell’ordine costituzionale e i diritti inalienabili della persona umana”, *sub specie* principio di legalità, all’ingresso della “*regola Taricco*” nel nostro ordinamento.

## 2. La forte ed opportuna “riaffermazione” della legalità penale interna della Corte costituzionale.

Come si evince dal dispositivo dell’ordinanza, la CGUE viene sollecitata a chiarire se l’art. 325, §§ 1 e 2, TFUE, così come interpretato nella pronuncia *Taricco*, ed il conseguente obbligo di disapplicazione degli artt. 160, u.c. e 161, c. 2, c.p. con effetti retroattivi *in malam partem*, debba essere applicato anche in presenza di tre “circostanze”<sup>8</sup>: la carenza di una base legale sufficientemente determinata; la natura giuridica sostanziale della prescrizione, soggetta pertanto al principio di legalità nell’ordinamento italiano; il contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro.

Andiamo ad esaminare l’iter logico-giuridico che conduce i giudici costituzionali a rimettere la soluzione di tali dubbi interpretativi alla Corte europea.

Il tessuto argomentativo poggia su tre “pilastri” fondamentali.

Anzitutto, il riconoscimento del primato del diritto eurounitario, ai sensi dell’art. 11 Cost., quale dato acquisito e costantemente affermato nella giurisprudenza della Corte<sup>9</sup>, con la precisazione che “*l’osservanza dei principi dell’ordine costituzionale italiano e dei*

<sup>7</sup> Sulla natura apertamente *anti-dialogica* del *reasoning* nella sentenza *Taricco* v. M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, 15; V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen*, cit., 1257.

<sup>8</sup> Cfr. dispositivo ord. n. 24/2017 della Corte costituzionale: “*se l’art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea 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 tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata;*
- *anche quando nell’ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità;*
- *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”.*

<sup>9</sup> Cfr. in tal senso le note sentenze nn. 183/1973 (c.d. *Frontini*) (§ 9), 170/1984 (c.d. *Granital*) (§ 7), 232/1989 (§ 3.1).

*diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia*" (§ 2), spettando la verifica di tale osservanza in via esclusiva alla Corte costituzionale, tramite il controllo di legittimità *"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"* (§ 2).

In secondo luogo, la *qualificazione certa* del principio di legalità in materia penale, ex art. 25, c. 2, Cost., quale *"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)<sup>10</sup>.

Infine, la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione nel sistema italiano – come viene stabilito da orientamento univoco del Giudice delle leggi<sup>11</sup> – che determina la soggezione dello stesso al principio di legalità in materia penale, imponendo che la disciplina sulla durata, sospensione ed interruzione del termine sia descritta con termini chiari, precisi e stringenti, e da disposizioni già vigenti al tempo della commissione del fatto (§ 4).

Partendo da questi "punti fermi", la Corte si interroga circa la compatibilità del *dictum Taricco* con il principio di legalità in materia penale nell'estensione riconosciutagli nell'ordinamento italiano.

Si tratta di comprendere *"se la regola tratta dalla sentenza resa in causa Taricco soddisfi il requisito della determinatezza, che per la Corte costituzionale deve caratterizzare le norme di diritto penale sostanziale. Queste ultime devono quindi essere formulate in termini chiari, precisi e stringenti, sia allo scopo di consentire alle persone di comprendere quali possono essere le conseguenze della propria condotta sul piano penale, sia allo scopo di impedire l'arbitrio applicativo del giudice"* (§ 5).

Giacché il profilo della determinatezza<sup>12</sup> si declina nel duplice senso di irretroattività e dello scopo di evitare l'arbitrio applicativo del giudice, occorre esaminarli partitamente, per cogliere l'importanza delle osservazioni svolte sul punto dai giudici costituzionali.

<sup>10</sup> Di tale "rango" del principio di legalità penale, in tutti i suoi corollari – espresso a chiare lettere nell'ordinanza – non pareva in realtà potersi dubitare, vista la sua intima compenetrazione con il principio di separazione dei poteri ed il suo peculiare significato di garanzia in ambito penale, imprescindibile "principio di civiltà giuridica" e baluardo in ogni Stato costituzionale di diritto: cfr. ad es. F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, 128; G. GRASSO, *Relazione di sintesi*, in Grasso, Illuminati, Sicurella, Allegrezza (a cura di) *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013, 733, il quale evidenzia che le limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost. non devono mai intaccare le scelte di fondo che caratterizzano il sistema costituzionale di riferimento, ed in materia penale si intende *"quell'insieme di limiti e garanzie, che caratterizzano il sistema penale in uno Stato di diritto e che rappresentano un momento essenziale dei rapporti tra autorità e libertà (anzitutto quindi il principio di legalità), costituiscano una componente ineliminabile di quel nucleo di principi fondamentali che debbono necessariamente riflettersi nella struttura costituzionale dell'organizzazione sovranazionale alla quale sia conferita una potestà penale"*. Va rilevato che autorevoli studiosi, non a caso, hanno fatto esplicitamente riferimento alla "posta in gioco" nel caso *Taricco* utilizzando l'espressione *"principi di civiltà giuridica"*, v. D. PULITANO, *La posta in gioco*, cit., 1 ss.; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 1 ss.

<sup>11</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentt. nn. 143/2013 (§ 3), 23/2013, 393/2006 (§ 4), 394/2006 (§ 6.1), 236/2011 (§ 10).

<sup>12</sup> Il principio di determinatezza, quale requisito fondamentale delle norme penali – come precisa la Corte costituzionale, richiamando la giurisprudenza della Corte di Giustizia – appartiene alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, quale corollario del principio di certezza del diritto (sentenza 12 dicembre 1996 in cause C-74/95 e C-129/95, punto 25). Su quest'ultimo principio, nella dimensione eurounitaria, v. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., 106 ss.

## 2.1 La “ragionevole prevedibilità” delle norme penali sfavorevoli.

Anche la verifica, sotto il versante della *ragionevole prevedibilità* della “regola Taricco”, quale diritto fondamentale del singolo a conoscere le conseguenze penali delle proprie condotte, deve svolgersi sulla base del *quadro normativo vigente al momento del fatto*.

È necessario cioè domandarsi se “*la persona potesse ragionevolmente prevedere, in base al quadro normativo vigente al tempo del fatto, che il diritto dell’Unione, e in particolare dell’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*” (§ 5).

La Corte risponde a tale quesito in maniera *tranchant*, affermando di essere “*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*” (§ 5).

Questa soluzione – argomentata dalla Corte facendo riferimento anche alla giurisprudenza-fonte della Corte Edu sul *nullum crimen, nulla poena sine lege* di cui all’art. 7 della Convenzione<sup>13</sup> – è l’unica conciliabile con l’esigenza fondamentale 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).

Tale presa di posizione, relativa all’imprevedibilità per il singolo dell’interpretazione della CGUE *In re Taricco* dell’art. 325 TFUE, è certamente condivisibile.

Come si è osservato da più parti<sup>14</sup>, la pacifica natura di *norma-principio* di tale disposizione, intrinsecamente indeterminata e tale da fissare un obbligo di risultato, senza però specificarne le modalità di perseguimento, rendeva impossibile per il soggetto prevedere ragionevolmente l’obbligo di disapplicazione della normativa nazionale.

A tale proposito, l’orientamento espresso dalla Corte di Cassazione, nella prima pronuncia “post-Taricco”, con la quale ha dato attuazione all’obbligo di disapplicazione della normativa sul prolungamento massimo del termine in caso di atti interruttivi, anche con riferimento a quei reati la cui prescrizione era già maturata, ma non ancora dichiarata,

<sup>13</sup> In particolare Corte E.D.U., Grande Camera, sentenza 21 ottobre 2013, Del Rio Prada contro Spagna, paragrafo 93. Sulla valorizzazione da parte della Corte costituzionale della istanze di “*prevedibilità soggettiva ed individuale*” (*foreseeability*) – mutate dalla giurisprudenza convenzionale sul *nullum crimen* – per tutelare l’affidamento del singolo rispetto all’azione dello Stato v. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, cit., 6-7.

<sup>14</sup> Per tutti v. D. PULITANO, *La posta in gioco*, cit., 9. Esclude la “ragionevole prevedibilità” del *dictum Taricco*, tramite una puntuale analisi del quadro normativo europeo precedente e successivo al Trattato di Lisbona, anche C. AMALFITANO, *Il ruolo dell’art. 325 TFUE nella sentenza Taricco*, cit., § 2.

sulla base della asserita “natura dichiarativa” della pronuncia della CGUE, è stato oggetto di fondate critiche in dottrina, anche da parte di chi ha mostrato aperture rispetto al superamento della legalità nazionale<sup>15</sup>.

A conferma dell'assoluta imprevedibilità dell'interpretazione milita infine un dato estremamente significativo: il G.U.P. del Tribunale di Cuneo, nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale<sup>16</sup>, pur essendo animato da “sdegno” rispetto all'ineffettività delle norme interne in materia di prescrizione ed all'effetto di sistematica impunità che esse determinavano in numerosi casi di frode grave, dubitava della loro compatibilità con un insieme di altre disposizioni eurounitarie, non già con l'art. 325 TFUE<sup>17</sup>. Soltanto una imponente (e discutibile) opera di riformulazione del *petitum* da parte dell'Avvocato generale Kokott consentiva alla CGUE di individuare la fonte dell'obbligo nell'art. 325 TFUE<sup>18</sup>.

Le affermazioni sull'impossibilità soggettiva di prevedere ragionevolmente la “norma” di cui alla sentenza *Taricco*, ed in particolare gli effetti retroattivi espansivi della punibilità scaturenti dalla disapplicazione del combinato disposto degli art. 160 e 161 c.p., sono coerenti con la granitica giurisprudenza costituzionale che vuole l'intera disciplina della prescrizione – istituto di diritto penale sostanziale, la cui *ratio* attiene all'*an* della punibilità e trae fondamento dalla necessità che lo Stato, trascorso un determinato lasso di tempo dalla commissione del reato e diminuito l'allarme sociale, rinunci alla sua pretesa punitiva – coperta dal divieto di retroattività sfavorevole<sup>19</sup>.

Analogo l'orientamento maggioritario in letteratura<sup>20</sup> – con alcune, pur autorevoli, eccezioni<sup>21</sup> – propenso ad accordare la piena garanzia del divieto di retroattività sfavorevole a *tutte* le norme in materia di prescrizione, per tutelare il legittimo affidamento del singolo a che non vengano arbitrariamente “cambiate le regole del gioco” dopo la commissione del fatto.

<sup>15</sup> Il riferimento è a Cass. Pen., Sez. III, n. 2210 del 20.1.2016, Pennacchini, la quale, sulla base di un'asserita “natura squisitamente processuale” delle norme in materia di prescrizione, ha dato immediata applicazione al *dictum Taricco*, riscontrate le *condizioni* indicate dalla CGUE, non ravvisando profili di incostituzionalità (§§ 17, 18, 20, 21, 22). Critiche unanime a tale impostazione: v. V. VALENTINI, *La ricombinazione genetica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva? Su Taricco, Varvara e altre mine vaganti*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 20 giugno 2016, 1 ss., 11-12; F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9 maggio 2016, 26-28; E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale (Riflessioni sulla sentenza Taricco)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 29 febbraio 2016, 12-13; P. FARAGUNA, P. PETRINI, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza “Taricco” alla prova dei controllimiti*, 30 marzo 2016, 10; M. GAMBARDILLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2016, 4, 1462 ss., 1477-1479.

<sup>16</sup> GUP Cuneo (Dott. A. Boetti), ord. 17 gennaio 2014, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 7 febbraio 2014.

<sup>17</sup> I parametri “battezzati” dal giudice piemontese erano gli artt. 101, 107 e 119 TFUE, e le disposizioni di cui alla direttiva 2006/112/CE.

<sup>18</sup> Condivisibili sul punto le osservazioni di V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovrersione di sistema”*, cit., 6 e nt. 25 e C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco*, cit., § 4, che parla di “*riformulazione dei quesiti pregiudiziali ... al limite del contorsionismo giuridico*”.

<sup>19</sup> Cfr. le pronunce della Corte costituzionale citate *supra* alla nota 11.

<sup>20</sup> Si vedano per tutti: M. NOBILI, L. STORTONI, M. DONINI, M. VIRGILIO, M. ZANOTTI, N. MAZZACUVA, *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro It.*, 1998, V, 317 ss. e M. ROMANO, *Art. 157*, in M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. III, Milano, 2011, 65.

<sup>21</sup> G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., 2001, 263 ss.; V. GREVI, *Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale*, in AA.VV., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, 1997, 279; D. PULITANO, *Diritto penale*, VI ed., 2015, 600.



Ribadendo lo statuto inderogabile dell'irretroattività sfavorevole anche in materia di prescrizione, la Corte, da un lato, non recepisce alcune sollecitazioni a rivisitare la propria linea interpretativa consolidata, di matrice tanto giurisprudenziale<sup>22</sup> quanto dottrinarie<sup>23</sup>, dall'altro, riafferma un fondamentale principio di civiltà, posto a garanzia della libertà di autodeterminazione dell'individuo nei confronti dei pubblici poteri.

## 2.2 La determinatezza

In motivazione la Corte pare confermare con nettezza quanto già era stato oggetto di ampie e condivisibili osservazioni in sede di commento: il profilo di maggiore inconciliabilità, se così si può dire, insanabile, fra il *dictum Taricco* e la legalità penale interna è quello costituito dalla assoluta indeterminatezza delle *condizioni*, verificate le quali il giudice dovrebbe omettere l'applicazione delle norme interne, ed in particolare l'impunità in un *numero considerevole di casi* e la *gravità* delle frodi<sup>24</sup>.

Aspetto questo assai delicato e centrale, poiché chiama in causa gli stessi limiti che vengono posti alla funzione giurisdizionale nel nostro ordinamento, primo fra tutti la soggezione del giudice "soltanto alla legge", ai sensi dell'art. 101, c. 2, Cost.

Sul punto l'argomentazione del Giudice delle leggi è ineccepibile<sup>25</sup>.

Il profilo dell'intrinseca indeterminatezza delle condizioni, alla cui verifica da parte del giudice è subordinata la disapplicazione con effetti *in malam partem*, sta particolarmente a cuore alla Corte costituzionale: al § 9 dell'ordinanza si osserva che la CGUE *in re Taricco*

<sup>22</sup> In particolare Cass. Pen., Sez. III, n. 2210, cit.

<sup>23</sup> In tal senso, con diverse declinazioni, v. F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., 29 ss.; P. FARAGUNA, P. PERINI, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato*, cit., 15.

<sup>24</sup> Sulla sicura incompatibilità delle *condizioni* – all'accertamento delle quali è subordinato l'obbligo di disapplicazione del giudice della normativa interna di cui agli artt. 160, u.c. e 161, c. 2 c.p. – con i principi di certezza del diritto e di "ragionevole prevedibilità" della sanzione applicabile (*i.e.* nel linguaggio della Corte costituzionale: determinatezza e divieto di retroattività delle norme penali sfavorevoli) v. da ultimo le condivisibili 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 ad opera della Corte di giustizia?*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 5 ottobre 2016, § 4.

<sup>25</sup> Cfr. § 5: "è necessario interrogarsi, sia sul rispetto della riserva di legge, sia sul grado di determinatezza assunto nell'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. In tale prospettiva si tratta di verificare se la regola enunciata dalla sentenza resa in causa Taricco sia idonea a delimitare la discrezionalità giudiziaria e anche su questo terreno occorre osservare che 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. Questa Corte non dubita 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. Nell'ordinamento italiano, come anche nell'ordinamento europeo, l'attività giurisdizionale è soggetta al governo della legge penale; mentre quest'ultima, viceversa, non può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo al giudice. Non si può allora escludere che la legge nazionale possa e debba essere disapplicata se ciò è prescritto in casi specifici dalla normativa europea. Non è invece possibile che il diritto dell'Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale e che, in difetto di una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni, quest'ultimo sia tenuto a raggiungerlo con qualunque mezzo rinvenuto nell'ordinamento".

“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”, principio generale del diritto dell'Unione appartenente alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Ciò induce a fare ritenere che l'art. 49 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) debba essere “interpretato in armonia con dette tradizioni”, ex art. 52, § 4, CDFUE.

Anche se la prescrizione avesse natura processuale o si ritenesse accettabile che essa fosse regolata da disposizioni entrate in vigore dopo la commissione del fatto di reato, 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 di potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano 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”.

Vi è dunque un espresso e doveroso ripudio dell'idea del “giudice di scopo” – vero e proprio *leitmotiv* della vicenda *Taricco*, a partire dal rinvio pregiudiziale fino alla decisione<sup>26</sup>, tutt'improntata ad una lettura “esasperatamente” funzionalistica dell'art. 325 TFUE<sup>27</sup> – che tanto e giustamente ha allarmato, non soltanto gran parte della penalistica, ma più in generale una componente consistente e autorevole della “cultura giuridica” italiana.

Sul punto si impongono ulteriori considerazioni.

È la *tipologia di verifica* che si chiede di effettuare al singolo giudice, svincolata da criteri e parametri determinati con precisione, che esorbita dai limiti assegnati alla funzione giurisdizionale. Essa si traduce a tutti gli effetti in una pura *valutazione di politica criminale* sul merito dell'adeguatezza repressiva delle disposizioni in materia di interruzione del termine di prescrizione, che va oltre la fisiologica attività interpretativa e fa sfociare la discrezionalità in arbitrio.

Come si è acutamente rilevato, il *contenuto precettivo* della sentenza *Taricco* dovrebbe essere ritenuto costituzionalmente illegittimo anche se fosse trasposto in una ipotetica “*Legge Taricco*”, emanata dal Parlamento italiano: pur rispettando la riserva di legge in senso formale, infatti, vi sarebbe un *vulnus* irrimediabile al principio di separazione dei poteri ed al principio penalistico di legalità (riserva di legge e determinatezza), in virtù dell'attribuzione al giudice di un potere sostanzialmente normativo<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Su tali profili diffusamente V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”*, cit., 15 ss.

<sup>27</sup> C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco*, cit., § 3.

<sup>28</sup> D. PULITANÒ, *La posta in gioco*, cit., 7, secondo cui “È in gioco un potere che eccede quello del giudice interprete della legge e responsabile del giudizio sul fatto. La questione dei poteri attribuiti al giudice, rilevante ex art. 101 Cost., si rispecchia anche nelle questioni sollevate con riferimento al principio penalistico di legalità (art. 25): la riserva di legge e la determinatezza della legge penale sarebbero incrinata anche se il dictum della sentenza *Taricco* fosse pronunciato dal legislatore. Sarebbe il giudice, e non il legislatore, a decidere in ultima analisi sulla norma applicabile in materia di prescrizione. Il vulnus formale alla riserva di legge, e il



A ciò si aggiunge la *vis expansiva* formidabile e la “capacità distruttiva” del *dictum*, subito segnalata in dottrina<sup>29</sup> e della quale si mostra ben consapevole anche la Corte, ove afferma che “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” (§ 9).

Si tratta del rischio – o meglio del pericolo – tremendamente vicino a trasformarsi in danno, che era stato subito fotografato con lucidità da sensibile dottrina<sup>30</sup>, all’indomani della sentenza.

Ancora, si era segnalata la portata “voracemente espansiva” della logica retrostante alla pronuncia, e del generalizzato “livellamento punitivo verso l’alto” dalla stessa derivante.

Conseguenza determinata dal fatto che le sentenze pregiudiziali ex art. 267 TFUE hanno valore generale e vincolano tutti i giudici nazionali, e nel caso di specie, inoltre, si va ad incidere su un istituto di “parte generale” – la cui configurazione nazionale si ritiene idonea ad ostacolare la repressione di un certo insieme di reati posti a presidio delle finanze dell’UE – producendo uno schema facilmente ripetibile su numerose altre ipotesi<sup>31</sup>.

La precisa *volontà politica* espressa dalla CGUE, quando ha scelto di non porre argini precisi ed effettivi alla portata applicativa del suo *dictum*, non poteva essere acriticamente avallata dalla Corte costituzionale, che infatti ha insistito molto sull’indeterminatezza della *regula iuris*.

E qui è doveroso aprire una breve parentesi, già molto bene approfondita in dottrina<sup>32</sup>: la decisione *Taricco* non pretende di fare penetrare nell’ordinamento italiano “ad uso e consumo del giudice comune” una regola o un principio, ma un “*canone di razionalità materiale*”, un puro *standard di adeguatezza*<sup>33</sup>, che “non può, per le sue caratteristiche intrinseche, essere accertata dal giudice nazionale, per un limite inerente alla natura dell’attività giurisdizionale”<sup>34</sup>.

La Corte costituzionale – ovviamente non esprimendosi in termini così netti – pare essere ben consapevole di questo *dato di fatto*.

---

vulnus sostanziale alla determinatezza della norma, deriverebbero dalla incompetenza del giudice a effettuare valutazioni di politica legislativa, del tipo di quelle che nel caso in esame gli sono state richieste”.

<sup>29</sup> V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovrersione di sistema”*, cit., 15-17.

<sup>30</sup> V. ad es. in tal senso L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte europea*, cit., 93 ss., 96, il quale osserva criticamente che la portata precettiva del *dictum Taricco* “sarebbe come, infatti, se una disposizione interna dicesse al giudice: queste sono le norme legislativamente fissate in materia penale, ma ove tu, sulla base dell’esperienza che hai delle vicende giudiziarie, non le trovassi adeguate dal punto di vista dell’effettività applicativa (se non semplicemente dell’efficacia preventiva) disapplicale pure per le parti che ritieni di ostacolo” ... “una sorta di opposto in malam partem del giudizio di offensività”.

<sup>31</sup> V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovrersione di sistema”*, cit., 12; V. VALENTINI, *La ricombinazione genetica della legalità penale*, cit., 14-15; A. CAMON, *La torsione d’un sistema*, cit., § 5; *contra* C. AMALFITANO, *Il ruolo dell’art. 325 TFUE nella sentenza Taricco*, cit., § 5.

<sup>32</sup> C. SOTIS, *Il limite come controlimite*, cit., 9-15.

<sup>33</sup> Per una descrizione dettagliata dei passaggi del giudizio di adeguatezza imposto dai punti 47 e 49 della sentenza *Taricco*, v. ancora C. SOTIS, *Il limite come controlimite*, cit., 11-15.

<sup>34</sup> E. LUPO, *La primauté del diritto dell’UE*, cit., 11.

La motivazione ritiene destituite di ogni fondamento diverse ipotesi, formulate in più sedi, laddove si sosteneva la possibilità di “*tassativizzare*”, di rendere conforme alla Carta repubblicana, la natura intrinsecamente indefinita del precetto *Taricco*, in particolare sulle “*condizioni*” necessarie per procedere alla disapplicazione, in base alla “norma” desunta dall’art. 325, § 1, TFUE (*gravità delle frodi IVA e numero considerevole di casi*).

Due esempi.

Anzitutto, nell’incidente di costituzionalità, l’Avvocatura Generale dello Stato ha sostenuto che fosse in via di consolidamento un “*diritto vivente*”, ossia pronunce della Suprema Corte di Cassazione idonee a definire in modo stringente i contorni dei presupposti della *gravità* e del *numero considerevole di casi*<sup>35</sup>, rendendo così conforme al principio di determinatezza interno il *dictum Taricco*.

La Corte costituzionale – specialmente riguardo al secondo presupposto – è ferma: “*non dubita 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).

Si nega dunque in radice la possibilità di fare affidamento su un processo di seria e precisa definizione in via interpretativa dei contorni delle condizioni di disapplicazione da parte del c.d. diritto vivente. Una passaggio importante della decisione, e coerente con il significato più profondo del principio di determinatezza della legge penale, così come scolpito nei precedenti della Corte.

Una decisione su tutte: la sentenza n. 327/2008, nella quale si sono affermati limpidamente i valori fondamentali protetti dal principio di determinatezza, da intendersi quale requisito “*originario*” del testo di legge, quale imperativo rivolto al legislatore<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Cfr. Atto di Intervento dell’Avvocatura Generale dello Stato nella causa n. 212/2016 r.o., 15 ss.: “*la Corte di Giustizia ha correttamente rimesso ... ai giudici nazionali l’applicazione della sua decisione. Sarà compito della giurisprudenza interpretare nel modo più adeguato i principi della Corte di Giustizia. Un eventuale problema di insufficiente determinazione dei presupposti per la disapplicazione si potrebbe porre semmai qualora la giurisprudenza nazionale (ovvero anche il legislatore) non riuscisse a raggiungere un sufficiente grado di certezza. Ma già dalle prime decisioni della Corte di Cassazione si profilano soluzioni interpretative in grado di individuare i requisiti concreti in presenza dei quali il limite alla prescrizione introdotto con la legge n. 251/2005 vada disapplicato*”. A supporto di tale argomento si cita Cass. Pen., Sez. III, n. 44584/16, che, in punto *gravità della frode* rinvia criteri dell’art. 133 c.p., dovendosi valorizzare la quantità dell’imposta evasa e le modalità della condotta, e relativamente alle fattispecie rispetto alle quali dovrebbe operare la “regola *Taricco*”, non soltanto quelle che contengono il requisito espresso della fraudolenza nella descrizione della norma penale (reati di cui al D.lgs. n. 74/2000, artt. 2, 3, 11) ma anche le altre fattispecie delittuose comunque dirette all’evasione dell’IVA. Il requisito del “*numero considerevole di casi*”, secondo la succitata decisione, dovrebbe riferirsi solamente ai fatti oggetto di accertamento nel singolo giudizio – risultando al di fuori dell’orizzonte conoscitivo del giudice e non fondata su dati empirico-fattuali certi una valutazione sulla totalità dei procedimenti per frodi IVA pendenti dinanzi all’A.G. nazionale – dovendosi “*considerare il numero e la gravità dei diversi episodi di frode per i quali si procede, nonché il contesto complessivo e le ragioni di connessione fra gli stessi*”. Per una discussione approfondita degli irrisolvibili profili di incertezza relativi a tali problematiche interpretativo-applicative v. Cass. Pen., sez. III, ord. 30 marzo 2016, cit., 38-41.

<sup>36</sup> Principio di determinatezza, il cui rispetto mira ad “*evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e della riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore i confini tra il lecito e l’illecito; e, per un altro verso, nel garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico penali della propria condotta*” e che dev’essere garantito già in fase normativo- astratta, giacché “*l’esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non vale, di per sé, a colmare l’eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale*”

Da un lato, la necessità di evitare che il giudice assuma un ruolo “creativo”; dall’altro che il singolo possa apprezzare a priori *tutte* le conseguenze giuridico-penali della propria condotta.

Istanze ineludibili, calpestate irrimediabilmente dalla vaghezza delle *condizioni* enunciate nella sentenza *Taricco*, che si ritiene non possa essere “*riempita di contenuto attraverso l’esercizio della funzione interpretativa*”, *i.e.* attraverso un possibile (ma non certo) consolidamento del c.d. diritto vivente.

Anche in letteratura si erano avanzati argomenti tesi a ridimensionare l’arbitrio applicativo derivante dalla definizione incerta dei presupposti di disapplicazione *in malam partem*, evidenziando come la tipologia di valutazione rimessa “caso per caso” al singolo giudice non si ponesse *al di là* dei limiti della ordinaria attività ermeneutica e del consueto esercizio di discrezionalità “vincolata” in sede giudiziale<sup>37</sup>.

I giudici costituzionali si curano invece di ribadire l’insostituibilità della *legge* (intesa come *lex scripta parlamentaria*) nello Stato costituzionale di diritto (quantomeno nei sistemi di *civil law*) nella definizione analitica, chiara, precisa e stringente di tutti i presupposti della punibilità.

A tali forti rivendicazioni di principio – che possono legittimamente indurre ad accostare l’ordinanza in commento, quanto a peso ed importanza, a precedenti arresti della Corte assai noti, inerenti ai rapporti del sistema penale con le fonti sovranazionali ed alla necessità di “porre un freno”, o comunque di regolare secondo ragionevolezza, il processo di integrazione tra ordinamenti<sup>38</sup> – segue la parte più squisitamente “dialogica”, e, per così dire, “diplomatica”<sup>39</sup>, della decisione, ove vengono enunciati nel dettaglio i dubbi interpretativi sottoposti alla CGUE (§§ 6 ss.).

---

posto che “*affermare il contrario significherebbe ‘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 regola 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 vietato – non sarebbe rispettata perché tale garanzia deve sussistere fin 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*”, così sent. n. 237/2008 della Corte cost.

<sup>37</sup> F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 9 maggio 2016, 32 ss., ove si fa riferimento al requisito di “gravità” delle frodi quale “*parametro quantitativo indeterminato*”, non dissimile ad altri già presenti nel sistema positivo italiano. Ad esempio, quelli su cui si fondano diverse fattispecie nel d.P.R. n. 309/1990, tanto autonome, come il “fatto di lieve entità” di cui all’art. 73, c. 5, quanto circostanziali, come l’ipotesi dell’ingente quantità di sostanze stupefacenti, ex art. 80, che determinano modificazioni significative della risposta sanzionatoria editale (e della durata del termine di prescrizione, radicalmente differente se si inquadra il fatto nella fattispecie di cui all’art. 73, c. 1 o nell’ipotesi di cui all’art. 73, c. 5); ovvero parametri quantitativi indeterminati rilevanti persino ai fini della decisione sull’*an* della sanzione penale, come la “particolare tenuità del fatto” ex art. 131 bis c.p. Si può obiettare a queste considerazioni – in particolare sull’art. 131 bis – che alla significativa dilatazione dello spazio di discrezionalità giudiziale corrisponde un effetto in favore del reo, e non una retroazione con effetti peggiorativi, come nell’ipotesi normativa *Taricco*.

<sup>38</sup> In particolare, si veda la sentenza n. 230/2012 della Corte costituzionale, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 673 c.p.p., nella parte in cui non prevede la revoca della sentenza di condanna nel caso di mutamento giurisprudenziale favorevole (decisione delle Sezioni Unite), riaffermando così con forza il modello di riserva di legge “formale” scolpito in Costituzione ed arginando le spinte “sostanzialistiche” della giurisprudenza di fonte CEDU. Per un efficace parallelismo volto ad accostare, per importanza e “peso”, la sentenza n. 230/2012 e l’ordinanza in commento, pronunce con le quali si pone un argine a mutamenti dell’assetto costituzionale, se non vere e proprie “sovversioni di sistema”, cfr. le osservazioni di V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, cit., 7.

<sup>39</sup> Cfr. sul punto M. FERRANTE, *L’ordinanza della Corte costituzionale sull’affaire Taricco*, cit., 17-19.

### 3. Prove di vero “cooperative constitutionalism”.

Si precisa fin da subito che chi scrive nutre più di un dubbio sul fatto che la scelta di rimettere in via pregiudiziale la questione alla CGUE costituisca la conclusione più logica, soprattutto se considerata alla luce delle premesse scolpite dalla Corte costituzionale in punto di natura giuridica sostanziale dell'istituto della prescrizione e conseguente integrale inclusione dello stesso nello spettro di protezione del principio di legalità penale di cui all'art. 25, c. 2, Cost. nell'ordinamento italiano.

Evidente che nel ragionamento della Corte entrano in gioco preoccupazioni di “opportunità politica”, relative ad un eventuale azionamento dei c.d. controlimiti nell'attuale, tumultuoso, momento storico, che sono state descritte in dottrina<sup>40</sup>.

Nondimeno, la Corte riesce a contemperare abilmente le diverse “spinte” – senza entrare in aperto contrasto né con il primato del diritto eurounitario, né con l'interpretazione prospettata dai giudici di Lussemburgo nel caso di specie – rivolgendo alla CGUE in maniera misurata ed “elegante”, ma ferma, il quesito interpretativo sul significato attribuito all'art. 325 TFUE nella sentenza *Taricco*.

Significative le premesse, intese a valorizzare massimamente principio di leale cooperazione eurounitario, sancito dall'art. 4, § 3, TUE.

Tale disposizione di diritto primario implica “reciproco rispetto ed assistenza” tra UE e Stati membri, parti che si assumono “*unite nella diversità*”. Le ragioni dell'unità non debbono però incidere sul “*nucleo stesso dei valori su sui si regge lo Stato membro*”. La rinuncia a spazi di sovranità degli Stati membri presuppone che “*la legittimazione e la forza stessa dell'unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo 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*”.

Il fondamento costituzionale europeo – in relazione alle diverse identità degli Stati membri, firmatari dei Trattati istitutivi – deve essere preservato: “*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 del suo ordine costituzionale*”.

Interessante notare il passaggio argomentativo in cui si afferma che la CGUE, interprete del diritto dell'UE, ha l'onere di valutare la compatibilità del diritto eurounitario con l'identità costituzionale di ogni Stato membro, soltanto allorquando tale valutazione sia di “*immediata evidenza*”<sup>41</sup>, altrimenti è necessario che “*il giudice europeo provveda a stabili-*

<sup>40</sup> Sugli inevitabili e onerosi “costi politici” di tale opzione, v. F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., 4-10.

<sup>41</sup> È questo un profilo di estrema delicatezza: fino a che punto di preciso la c.d. “europeizzazione dei controlimiti”, pur indubitabilmente scolpita in molteplici disposizioni di diritto primario (art. 4.2 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*”; art. 6.3 TUE “*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*”; art. 67.1 TFUE, ove si af-

re il significato della normativa dell'Unione, rimettendo alle autorità nazionali la verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento nazionale", controllo che in Italia spetta in via esclusiva alla Corte costituzionale<sup>42</sup>.

I giudici costituzionali si chiedono se la CGUE abbia ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla "regola *Taricco*" anche quando essa confligga con un principio cardine dell'ordinamento italiano.

Sulla base di quanto enunciato ai paragrafi 53 e 55 della sentenza *Taricco*, dove, rispettivamente, si 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"<sup>43</sup> e che la disapplicazione va disposta "con riserva di verifica da parte del giudice nazionale", si propende per una risposta negativa. La Corte si dice convinta 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".

Come si è osservato, si tratta di un'interpretazione alquanto "benevola", non del tutto coerente con il tenore complessivo della pronuncia dell'8 settembre 2015, ma funzionale alla richiesta di *reinterpretazione* (o, meglio dire, *rivisitazione?*) del *dictum*, per scongiurare un ricorso immediato ai controlimiti<sup>44</sup>.

Qualora fosse confermata la correttezza di tale prospettiva ermeneutica, verrebbe a cessare qualsiasi ragione di contrasto con i principi supremi costituzionali interni e la questione di legittimità costituzionale non sarebbe accolta, restando ferma la responsabilità dello

---

ferma che lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia viene realizzato dall'UE "nel rispetto dei diritti fondamentali, nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri"), imponga ai giudici di Lussemburgo una verifica sulla compatibilità tra diritto eurounitario, così come interpretato, e principi fondamentali dell'ordine costituzionale degli Stati membri.

<sup>42</sup> Tali *dicta* paiono sostanzialmente in accordo con le posizioni espresse dalla migliore dottrina: A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, Annali VIII, Milano, 2015, 263 ss., 268-269; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 9, il quale, in prospettiva scettica rispetto ad una "europeizzazione" dei controlimiti, sostiene che "l'identità nazionale (recte: costituzionale) che l'Unione deve rispettare è solo quella che viene dichiarata tale dallo Stato interessato, nelle forme e nei modi che la sua Costituzione stabilisce. Così, del resto, si darebbe un senso al riferimento al fatto che quell'identità è 'insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale: essendo 'insita' in quella 'struttura', infatti, è solo secondo le regole procedurali di quella struttura che può essere pienamente identificata"; ID., *Interpretazione conforme a Costituzione* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, Annali IX, Milano, 2015, 391 ss., 455 e nt. 480, laddove si fa riferimento al "dato di fondo che la natura e la funzione stesse dei controlimiti, posti a presidio dell'identità (appunto) nazionale, impongono la giurisdizione di un'autorità parimenti nazionale: nessun ordinamento può logicamente affidare l'identità propria precisamente all'altro nei cui confronti quell'identità va protetta"; v. anche A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, 51, secondo il quale la "interpretazione integrativa" non può spettare "direttamente e solipsisticamente" alla CGUE "salvo travalicare i suoi compiti istituzionali, visto che ad essa è precluso il sindacato di conformità del diritto interno al diritto dell'Unione"; sull'importanza di evitare "lo spettro di una tirannia della Costituzione europea, di fatto esercitata dalla Corte europea", v. D. PULITANÒ, *La posta in gioco*, cit., 13; cfr. anche V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, cit., 8.

<sup>43</sup> Si noti che gli stessi passaggi argomentativi sono stati valorizzati dalla seconda, più equilibrata e condivisibile, sentenza della Corte di Cassazione "post-*Taricco*" (Cass. Pen., Sez. IV, n. 7914 del 26.2.2016, Tormenti) e da parte cospicua della dottrina per sostenere l'inapplicabilità della "regola *Taricco*" alle situazioni processuali in cui il termine di prescrizione fosse già maturato alla data di pubblicazione della sentenza europea, e gli imputati avessero dunque maturato un "diritto quesito" prevalente rispetto all'istanza punitiva statale, ciò in disaccordo rispetto a quanto statuito dalla prima sentenza della Corte di Cassazione, che faceva dipendere l'applicabilità della "regola *Taricco*" dal dato "formale" dell'intervenuta dichiarazione da parte del giudice, in base all'asserita natura "dichiarativa" della pronuncia della CGUE.

<sup>44</sup> M. FERRANTE, *L'ordinanza della Corte costituzionale sull'affaire Taricco*, cit., 19.



Stato membro per aver omesso di apportare un rimedio efficace contro le gravi frodi fiscali contro gli interessi finanziari dell'Unione o in violazione del principio di assimilazione<sup>45</sup>.

Occorrerebbe valutare – aggiunge la Corte – l'idoneità in tal senso dell'intervento legislativo di cui all'art. 2, c. 36-vicies semel, lett. D), d.l. n. 138/2011, conv. in l. con modificazioni dall'art. 1, c. 1, l. n. 148/2011, che ha aumentato di un terzo i termini di prescrizione dei delitti puniti dagli artt. 2-10 del d.lgs. n. 74/2000, e se esso fosse ritenuto inidoneo, “*sarebbe urgente un intervento del legislatore per assicurare l'efficacia dei giudizi sulle frodi in questione*”<sup>46</sup>.

Precisata tale eventuale verifica da parte del legislatore, la Corte ha cura di puntualizzare i motivi per cui la propria lettura della “regola *Taricco*”, volta a preservare l'identità costituzionale italiana, “*non compromette le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione*” e si mostra “*conforme al principio di leale cooperazione e di proporzionalità*”, non ponendo in discussione il significato che la CGUE ha autoritativamente dedotto dall'art. 325 TFUE.

Si tratta di passaggi argomentativi di estremo interesse, ove viene instaurato un dialogo interpretativo su significato e portata delle fonti sovranazionali rilevanti.

Secondo il ragionamento della Corte, l'impedimento del giudice nazionale ad applicare la regola enunciata dalla CGUE deriva non già da un'interpretazione alternativa del diritto eurounitario – preclusa ai giudici costituzionali – ma da una “*circostanza estranea ... all'ambito materiale di applicazione di quest'ultimo*”, una “*qualificazione esterna rispetto al significato proprio dell'art. 325 del TFUE*” dipendente in via esclusiva dal diritto nazionale: la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione, soggetto dunque al principio di legalità di cui all'art. 25, c. 2, Cost.

Siffatta qualificazione viene considerata – condivisibilmente – espressione di un “*livello di protezione più elevato di quello concesso agli imputati dall'art. 49 della Carta di Nizza e dall'art. 7 della Convenzione*”.

Il principio di legalità penale nazionale non si limita infatti a coprire il binomio precetto-sanzione *stricto sensu* – differentemente da quanto previsto dall' art. 49 CDFUE, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU sull'art. 7 della Convenzione – ma, abbracciando ogni profilo sostanziale concernente la punibilità, costituisce un innalzamento del livello di tutela dei diritti fondamentali della persona, che non può essere intaccato nell'applicazione del diritto dell'Unione o dall'azione delle istituzioni eurounitarie.

<sup>45</sup> È questa una prospettiva imposta dalla natura “non penale” dell'art. 325 TFUE, disposizione che si rivolge agli Stati membri, ai loro sistemi di produzione delle leggi, la cui applicazione “diretta” da parte dei giudici nazionali provoca di fatto una lesione dei diritti fondamentali dell'individuo imputabile ad una infrazione dello Stato membro: cfr. sul punto ad. es. L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte europea*, cit., 97 ss.

<sup>46</sup> Si è osservato che la CGUE – in un'ottica di “compromesso” – potrebbe raccogliere l'invito implicitamente formulato dalla Corte costituzionale, ritenere superato il problema alla luce dell'idoneità della disciplina penale-tributaria introdotta nel 2011 a garantire la protezione degli interessi finanziari dell'UE lesi dalle frodi IVA, restando ferma però l'inapplicabilità della stessa ai reati commessi prima dell'entrata in vigore, v. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, cit., 10.

Nell’opportuno riferimento all’art. 53 della Carte di Nizza<sup>47</sup> – disposizione che prevede il c.d. criterio del *Best Standard* del livello di protezione dei diritti fondamentali, ossia del “*livello più elevato di tutela possibile*”<sup>48</sup> – è dato cogliere una forte rivendicazione della diversa e maggiore estensione del principio di legalità penale interno rispetto a quella ricavabile dalle fonti sovranazionali (UE e convenzionali), che non può essere derogata dall’applicazione del diritto dell’Unione<sup>49</sup>.

La decisa presa di posizione sul livello più elevato di tutela, determinato dal perimetro più ampio del principio di legalità penale dell’ordinamento italiano – che non pareva affatto scontata<sup>50</sup> – è, agli occhi della Corte, l’unico modo per garantire che il percorso di unificazione dell’Unione prosegua nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali (art. 2, TFUE), con la piena legittimazione per ogni Stato membro a proteggere più intensamente un diritto fondamentale, conformemente al proprio ordinamento costituzionale, non potendosi imporre un livellamento verso il basso in questo senso, rispetto al *minimum* fissato dalle disposizioni europee<sup>51</sup>.

In questo discorso si inserisce l’importante, benché forse leggermente “artificioso”, *distinguishing* rispetto al noto caso *Melloni*<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> “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 delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri”.

<sup>48</sup> Su tale disposizione e sulle evoluzioni giurisprudenziali v. approfondimenti in V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, 72-75.

<sup>49</sup> Questa pare essere peraltro lo “spirito” che ha portato la Corte costituzionale, in una recente pronuncia (Sentenza n. 49 del 2015, § 4 Cons. in diritto) – seppur nel diverso contesto del rapporto tra giurisprudenza-fonte della Corte Edu e interpretazione conforme alla stessa del diritto interno – ad affermare il “predominio assiologico” della Costituzione sulla CEDU: “*il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU, appena ribadito, è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU (sentenze n. 349 e n. 348 del 2007). Il più delle volte, l’auspicabile convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali ed internazionali verso approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell’uomo, offrirà una soluzione del caso concreto capace di conciliare i principi desumibili da entrambe queste fonti. Ma, nelle ipotesi estreme in cui tale via appaia sbarrata, è fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana*”.

<sup>50</sup> Cfr. ad es. V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”*, cit., 13 e nt. 54, il quale non vedeva “*un problema di livelli di tutela*”, giacché secondo la CGUE la disciplina degli atti interruttivi della prescrizione sarebbe al di fuori dello spettro di tutela del *nullum crimen* europeo ed avrebbe natura puramente processuale.

<sup>51</sup> La possibilità per la Corte costituzionale di preservare lo standard di tutela più elevato deriva dalla statuizione precedente secondo cui il diritto eurounitario non impone uniformità quanto alla natura giuridica della prescrizione: cfr. § 4, “*su questo aspetto, che non riguarda direttamente né le competenze dell’Unione, né norme dell’Unione, non sussiste alcuna esigenza di uniformità nell’ambito giuridico europeo. Ciascuno Stato membro è perciò libero di attribuire alla prescrizione dei reati natura di istituto sostanziale o processuale, in conformità alla sua tradizione costituzionale*”. Il ragionamento della Corte costituzionale si mostra pienamente condivisibile: il tema della natura e dell’operare della prescrizione, attualmente oggetto di un serrato dibattito e di progetti di modifica legislativa, riguarda un istituto caratterizzato da molteplici intersezioni sistemiche, condizionate dalle caratteristiche proprie, e differenziate, dei diversi ordinamenti europei. Da ciò consegue una forte limitazione di prospettive comparatistiche finalizzate a trovare soluzioni omogenee: senza entrare nell’analisi dei molteplici snodi e dell’impatto diversificato che le varie opzioni producono nei singoli ordinamenti nazionali, basti citare la peculiarità del nostro sistema, caratterizzato dalla previsione costituzionale di obbligatorietà dell’azione penale. Su tale importante profilo, relativo all’esclusione dal “*campo di attrazione della need of harmonization del diritto UE*” delle norme in materia di prescrizione, che debbono essere lasciate al “*margine nazionale di apprezzamento degli Stati membri*” cfr. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, cit., 5.

<sup>52</sup> Sentenza 26 febbraio 2013 in causa C-399/11, Melloni. In tale decisione la CGUE ha risposto al quesito posto in via pregiudiziale

In quell'occasione la CGUE escluse che, in forza delle disposizioni costituzionali di uno Stato membro, potessero aggiungersi ulteriori condizioni all'esecuzione di un MAE, rispetto a quelle pattuite con il "consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme a proposito della portata da attribuire, secondo il diritto dell'Unione, ai diritti processuali di cui godono le persone condannate *in absentia*".

Una risposta affermativa a tale quesito avrebbe però inciso direttamente sulla disciplina eurounitaria<sup>53</sup>, comportando "*la rottura dell'unità del diritto dell'Unione in una materia basata sulla reciproca fiducia in un assetto normativo uniforme*"<sup>54</sup>, circostanza che deve recisamente negarsi nel caso di specie, poiché l'interpretazione dell'art. 325 TFUE non viene messa in discussione, e l'impedimento all'applicazione della "regola Taricco" "*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*".

Il primato del diritto UE non viene così sacrificato, preservandosi al contempo il più elevato livello di tutela accordato dalla Costituzione italiana.

Una volta precisata, in maniera decisiva, la natura puramente "esterna" dell'impedimento – la qualificazione giuridica della prescrizione, nei confronti della quale l'Unione non impone alcuna omogeneità tra Stati membri – e la non incidenza dello stesso sull'uniforme applicazione e sul primato del diritto dell'UE, la Corte può ritornare sul profilo che reputa centrale: l'indeterminatezza della "regola Taricco".

Profilo sul quale si era particolarmente appuntata la difesa dell'imputato nella questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'appello di Milano, anche a causa delle limitazioni del *petitum*, che lamentava soltanto la violazione dell'art. 25, c. 2, Cost., senza invocare ulteriori parametri.

Sul punto si sottolinea come la Corte di Lussemburgo abbia valutato la compatibilità della regola affermata con il principio di legalità di cui all'art. 49 CDFUE, ma soltanto sul

---

dal *Tribunal Constitucional* spagnolo, denegando la possibilità di fare valere un grado più elevato di garanzia costituzionale interna rispetto quanto previsto dal diritto dell'Unione, in un caso di cooperazione giudiziaria in materia penale, nel quale la Spagna – invocando il criterio del *Best Standard* di tutela dei diritti fondamentali ex art. 53 CDFUE – intendeva dare piena attuazione al più intenso diritto costituzionale di difesa e ad un processo equo così come previsto dalla Carta fondamentale nazionale (art. 24), rifiutando l'esecuzione di un MAE emesso dall'autorità giudiziaria italiana, a seguito di un processo svoltosi *in absentia*, e che non prevedeva alcuna possibilità di revisione della sentenza di condanna irrogata. Cfr. tra i tanti, sulla pronuncia, C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Dal giudice garante*, cit., 151 ss., 152-153, e letteratura ivi citata alla nt. 5; C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio*, cit., § 2.

<sup>53</sup> In particolare sulla portata della Decisione quadro 26 febbraio 2009, n. 2009/299/GAI (Decisione quadro del consiglio che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo).

<sup>54</sup> Sulle peculiarità di una disciplina, come quella relativa al MAE, caratterizzata da un alto grado di armonizzazione, anche in punto di difesa dei diritti fondamentali, e sulla considerazione secondo cui "*la legittimazione degli stati membri a opporre un proprio standard di tutela dei diritti fondamentali all'applicazione del diritto UE possa variare a seconda dell'ampiezza del margine di discrezionalità di cui essi godano nell'applicare il diritto dell'Unione e, correlativamente, della presenza o meno di scelte armonizzate del legislatore europeo*", v. V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali*, cit., 74.

versante del divieto di retroattività, non approfondendo “*la necessità che la norma relativa al regime di punibilità sia sufficientemente determinata*”.

Tale omissione potrebbe essere “corretta” in seconda battuta dalla Corte di Giustizia, se il “suggerimento” dei giudici costituzionali dovesse essere tenuto nella debita considerazione.

In questo passaggio si riscontra un significativo sforzo dialogico della Corte italiana, che diviene co-interprete delle previsioni sovranazionali segnalando come la determinatezza della legge penale costituisca “*un’esigenza comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, presente anche nel sistema di tutela della CEDU e come tale incarna un principio generale del diritto dell’Unione*”, ed è pertanto necessariamente inclusa nel contenuto di protezione dell’art. 49 CDFUE, giusto il disposto dell’art. 52, § 4, CDFUE<sup>55</sup>.

L’aspetto forse più interessante dell’argomentazione, con cui la Corte costituzionale giunge ad ipotizzare un contrasto tra *dictum Taricco* e art. 49 CDFUE<sup>56</sup>, riguarda il *linguaggio* impiegato: non quello, forte e “divisivo”, dell’identità costituzionale, ma quello, di gran lunga più “coesivo”, delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri<sup>57</sup>.

Tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri di *civil law* che – come si è visto *supra* – “*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).

Dunque, un invito espresso a garantire (pur tardivamente) la salvaguardia di quanto in realtà è già scolpito nel “codice genetico” dell’Europa, almeno nei sistemi di *civil law*: la divisione dei poteri e il limite della funzione giurisdizionale – particolarmente “rigidi” in ambito penale – messi a repentaglio dall’indeterminatezza della “regola *Taricco*”.

#### 4. Prospettive: il *dictum Taricco* può essere concretamente reso “conforme” ai principi fondamentali della Carta repubblicana?

Fermo il grande significato delle statuizioni dei Giudici costituzionali, rimane da concentrarsi brevemente su quella che potrà essere la risposta della Corte di Lussemburgo.

In dottrina si è subito rilevato che l’alternativa pare secca<sup>58</sup>: o ci sarà un netto passo indietro della CGUE, tramite una “*reinterpretazione correttiva*” per rendere “costituzionalmente conforme” la regola, ad esempio con una precisazione sul regime prescrizione

<sup>55</sup> L’art. 52, § 4, CDFUE recita: “*Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni*”.

<sup>56</sup> Cfr. § 9: “*Se si ritiene che l’art. 325 del 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*”.

<sup>57</sup> M. BASSINI, O. POLLICINO, *The Taricco Decision: a Last Attempt*, cit., § *Final Remarks*.

<sup>58</sup> C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco*, cit., § 8.

derivante dall'omessa applicazione; ovvero la Corte costituzionale, coerentemente con le affermazioni dell'ordinanza di rinvio, azionerà i controlimiti<sup>59</sup>.

Al contempo, non sono mancati apprezzabili (e probabilmente ottimistici) sforzi, volti ad ipotizzare una sentenza della Corte di Giustizia in grado di soddisfare, quantomeno nella sostanza, i rilievi svolti dal Giudice delle leggi, seguendo diverse "diretrici"<sup>60</sup>.

Anzitutto, condividere il ragionamento e cogliere l'invito al dialogo della Corte costituzionale in punto di "estensione" del principio di legalità penale eurounitario di cui all'art. 49 CDFUE, ampliandone la portata ai requisiti di "ragionevole prevedibilità" e "determinatezza" delle norme penali sfavorevoli, anche in materia di prescrizione, sulla base delle "tradizioni costituzionali comuni" agli Stati membri (art. 52, § 4, CDFUE), in modo tale da preservare l'identità costituzionale italiana ex art. 4, § 2, TFUE, tramite una "acquisizione" dei controlimiti nel sistema giuridico dell'UE<sup>61</sup>.

Dal punto di vista degli effetti retroattivi sfavorevoli e non "ragionevolmente prevedibili", la CGUE potrebbe decidere di limitare nel tempo gli effetti della propria decisione, avendo cura di precisare che la disapplicazione della normativa nazionale controversa, in presenza delle *condizioni* indicate in sentenza, dovrebbe essere limitata ai soli delitti commessi dopo la pronuncia della nuova sentenza pregiudiziale.

Tale soluzione, tuttavia, oltre ad essere problematica, in base ai principi consolidati della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo<sup>62</sup>, nonché foriera di ulteriori incertezze e disparità di trattamento, non consentirebbe un adeguamento alle forti istanze di determinatezza veicolate dalla Corte costituzionale nei suoi *dicta*, di meglio precisare e definire i requisiti, le condizioni, verificate le quali il giudice nazionale deve procedere alla disapplicazione con effetti *in malam partem*.

Ed è proprio qui che risiede la criticità più seria: è lecito dubitare che la Corte di Giustizia disponga del *potere* per meglio specificare tali condizioni<sup>63</sup>, di trasformare cioè lo *standard* in regola direttamente applicabile.

Una cosa è però certa: l'opera di "concretizzazione" non può essere demandata al giudice dello Stato membro.

<sup>59</sup> In questo senso, ad es. v. C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio*, cit., § 1.

<sup>60</sup> In particolare v. C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco*, cit., § 6; ID., *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio*, cit., § 4.

<sup>61</sup> Su tale ipotesi, orientata al massimo livello di tutela dei diritti in gioco v. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, cit., 11.

<sup>62</sup> Sui requisiti stringenti richiesti dalla giurisprudenza della CGUE per procedere alla limitazione nel tempo degli effetti di una sentenza resa in sede pregiudiziale: v. C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco*, cit., § 6; ID., *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio*, cit., § 4; nella manualistica v. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., 326-333.

<sup>63</sup> V., problematicamente, le considerazioni di C. SOTIS, *Il limite come controlimite*, cit., 13-15. L'opzione di una "rilettura tassativizzante" dei criteri da parte dei giudici del Kirchberg – pur appagando le istanze di determinatezza – consacrerrebbe l'"efficacia diretta" dell'art. 325 TFUE, lasciando "drammaticamente" aperto il problema della compatibilità di tale assetto con la riserva di legge nazionale. In futuro ne deriverebbe infatti una definitiva legittimazione da parte del Parlamento europeo – aggirando l'art. 83 TFUE – a fissare condizioni vincolanti per le politiche criminali degli Stati membri in materia di contrasto alle frodi contro gli interessi finanziari europei, mediante l'emanazione di direttive, e anche una competenza penale diretta, da esercitarsi tramite l'emanazione di regolamenti. Sul punto v. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, cit., 9-11.



## 5. Quello che i giudici costituzionali dicono, anche se non espressamente.

Molteplici i profili di incostituzionalità – in particolare quelli lamentati nell’ordinanza della Corte di Cassazione – che non sono stati esaminati nel dettaglio dalla Corte costituzionale<sup>64</sup>.

Eppure, non si può certo essere critici nei confronti di un’ordinanza che rimane “alta” nel suo significato: l’esigenza di evitare uno “scontro frontale” con l’Europa, un saggio *self-restraint* e le stesse limitazioni “istituzionali” della Corte hanno consigliato una pronuncia in apparenza “interlocutoria”, ma in realtà piuttosto definitiva in molti dei suoi *dicta*.

Questo non esime quei giuristi – che, si è detto, nel criticare, anche aspramente, la sentenza *Taricco*, hanno fatto il loro mestiere<sup>65</sup> – dal continuare a svolgerlo.

E allora, sia consentita una riflessione: l’argine posto dalla Corte – pur se “formalmente” travestito da *ultimatum* in chiave dialogica – merita grande apprezzamento, essendo invero funzionale a proteggere il nucleo più “duro” e irrinunciabile del diritto penale italiano: il *personalismo*, insito in una molteplicità di parametri costituzionali, interconnessi sul piano sistematico.

Come si è precisato, infatti, l’indeterminatezza dello *standard* da applicarsi, e la conseguente enorme dilatazione del potere del giudice, strumentalizza il singolo per scopi politico-criminali<sup>66</sup>, e ciò sulla base di un bilanciamento irragionevole tra valori mercantili e valori personalistici<sup>67</sup> (tutela delle finanze eurounitarie *versus* diritti fondamentali del reo), che manifesta una volta di più le enormi difficoltà nel processo di integrazione politico-giuridica dell’Unione Europea.

Difficoltà nel consolidamento effettivo di una identità costituzionale condivisa, o quantomeno non manifestamente frantumata, e di una “gerarchia assiologica” comune, che ponga al centro del sistema la persona.

<sup>64</sup> I lamentati *vulnera* agli artt. 3, 24, 27, c. 3, Cost., molti dei quali probabilmente fondati: un esame più dettagliato in M. FERRANTE, *L’ordinanza della Corte costituzionale sull’affaire Taricco*, cit., 15 ss.

<sup>65</sup> D. PULITANÒ, *La posta in gioco*, cit., 13. A differenza di pochi altri che ad essa hanno plaudito, forse pensando che con “colpi di mano” penalistici si possa supplire alla crisi politica dell’Unione europea.

<sup>66</sup> Cfr. le condivisibili considerazioni critiche di D. PULITANÒ, *La posta in gioco*, cit., 8; A. VALLINI, *Un’ingerenza grave in un sistema discriminatorio*, in *Dal giudice garante*, cit., 130; C. SOTIS, *Il limite come controlimito*, cit., 15-17; V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovrersione di sistema”*, cit., 9.

<sup>67</sup> M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 13, secondo il quale nel *reasoning* dei giudici di Lussemburgo “*Nessun peso è assegnato alla diversa natura degli interessi in giuoco (libertà personale e riserva di legge penale da un lato; interesse finanziario dell’Unione e – dunque – delle sue istituzioni, Corte di giustizia compresa, dall’altro). La centralità dei diritti della persona, tante volte proclamata a dimostrazione dell’alto livello di protezione raggiunto dal diritto europeo, non la si ravvisa*”, osservazioni che si ricollegano a quanto lo stesso autore sottolinea a proposito della necessità che i percorsi interpretativi non si riducano ad una partita a tre (legislatore, giuristi e giudici), dimenticando “*il quarto e più importante giocatore, che è il comune soggetto di diritto*” (M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, cit., 415); cfr. anche, per una serrata critica alle operazioni di bilanciamento tra valori effettuate dalla CGUE nel caso *Taricco*, G. CIVELLO, *La Cassazione “rinvia” alla Consulta la sentenza Taricco: notizia di decisione (in attesa delle motivazioni)*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 6; vede il “nuovo” rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale come buona occasione per riponderare i bilanciamenti troppo “sbrigativi” effettuati precedentemente da parte della CGUE, C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio*, cit., § 4.

Si è fermamente convinti che tale coesione vada perseguita con grandi sforzi, su tutti i piani e con tutti i mezzi, nelle opportune sedi politiche, culturali, scientifiche etc.

Al contempo, si dubita seriamente che lo strumento penale sia il più adeguato e ragionevole per perseguire tale scopo<sup>68</sup>.

La presa di posizione della Corte, infine, dev'essere salutata con favore anche per un altro fondamentale motivo, che non viene del tutto taciuto in motivazione, ma neanche approfondito quanto gli aspetti relativi alla violazione dei principi di determinatezza e della "ragionevole prevedibilità", rimanendo, se così si può dire, "in filigrana": la riserva di legge<sup>69</sup>.

Con l'ordinanza in commento si è posto un forte freno all'inarrestabile ascesa del *potere giudiziario*, ribadendo la necessità di rispettare le ineludibili istanze della riserva di legge in materia penale: nella vicenda *Taricco* – come ha rilevato la Corte di Cassazione nell'atto di promovimento – si è assistito all' "Apogeo della giurisprudenza fonte"<sup>70</sup>.

La Corte costituzionale – in continuità rispetto a noti precedenti<sup>71</sup> – ha, seppur soltanto implicitamente, ribadito l'inderogabilità della riserva di legge, quale garanzia di monopolio

<sup>68</sup> Una chiara ed interessante ricostruzione delle fasi di "stasi politica" della Comunità Europea (poi Unione Europea), alle quali sono puntualmente corrisposti altrettanti periodi di "eroismo giudiziario" da parte della Corte di Lussemburgo, che con le sue sentenze più importanti ha contribuito in modo fondamentale all'integrazione politica europea, in C. SOTIS, *Il limite come controlimito*, cit., 4-9, il quale fa presente (7) come la sentenza *Taricco* si iscriva paradigmaticamente in questa dinamica, fornendo numerosi esempi: "anche il diritto penale è coinvolto in questo fenomeno della propulsione giuridica che surroga le difficoltà di avanzamento politico".

<sup>69</sup> Qualche riflessione in punto "tradizioni costituzionali comuni" forse si deve fare considerando come con la *Brexit* non ci si debba più confrontare con un importante ordinamento non di tradizione giuspositivistica continentale: anche prima, peraltro, la peculiarità di quell'ordinamento lo smarcava completamente da un assolutamente maggioritario *mainstream* europeo. Cfr. in proposito le perspicue osservazioni di M. GALLO, *Appunti di diritto penale – Le fonti rivisitate*, in corso di pubblicazione.

<sup>70</sup> Cass. Pen., sez. III, ord. 30 marzo 2016, § 4.3; "un'immagine che ben si attaglia al nucleo essenziale delle questioni sollevate, in una considerazione unitaria", secondo l'autorevole opinione di D. PULITANÒ, *La posta in gioco*, cit., 8; ulteriori riflessioni in G. INSOLERA, *Cassandra e il grande potere giudiziario*, in *Dal giudice garante*, cit. 139 ss.; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte europea*, cit., 94-96; A. CAMON, *La torsione d'un sistema*, cit., 7, secondo il quale si assiste ad un "innalzamento del potere giudiziario, che in buona sostanza s'inserisce tra gli autori della normazione penale: la fonte del trattamento deteriore che sarà riservato agli imputati di frodi in materia di IVA non è il TFUE, bensì la sinergia fra il giudice di Cuneo e la Corte di giustizia"; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 15.

<sup>71</sup> In particolare la già citata sentenza n. 230/2012, riguardante l'irrevocabilità del giudicato penale in caso di mutamento giurisprudenziale *in bonam partem*, ove si afferma: "L'altra affermazione – che riflette, per contro, un orientamento della Corte europea da tempo consolidato – è quella in virtù della quale la nozione di "diritto" ("law"), utilizzata nella norma della Convenzione, deve considerarsi comprensiva tanto del diritto di produzione legislativa che del diritto di formazione giurisprudenziale. Tale lettura "sostanziale", e non già "formale", del concetto di "legalità penale", se pure stimolata dalla necessità di tenere conto dei diversi sistemi giuridici degli Stati parte (...) è stata ritenuta valevole dalla Corte europea anche per gli ordinamenti di civil law, alla luce del rilevante apporto che pure in essi la giurisprudenza fornisce all'esatta portata e all'evoluzione del diritto penale (tra le altre, sentenze 8 dicembre 2009, *Previti contro Italia*; Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola contro Italia*; 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. ed altri contro Italia*; Grande Camera, 24 aprile 1990, *Kruslin contro Francia*). Proprio tale seconda affermazione dimostra, peraltro, come, nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, il principio convenzionale di legalità penale risulti 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 (sentenze n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989), 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". Una opportuna valorizzazione delle istanze espresse nella sentenza n. 230/2012, come ostacolo all'ingresso nel sistema interno del *dictum* della pronuncia *Taricco*, in D. PULITANÒ, *La posta in gioco*, cit., 12-13.

parlamentare assoluto sulle scelte normative d’incriminazione, di aggravamento del regime sanzionatorio o che comunque determinano una modifica *in peius* per il reo, tra le quali rientrano quelle relative al regime della prescrizione<sup>72</sup>.

Sta ora alla Corte di Lussemburgo valutare attentamente se prendere in considerazione tali fermi “suggerimenti” – ad esempio raccogliendo l’invito al dialogo sull’art. 49 CDFUE, riletto alla luce delle “tradizioni costituzionali comuni” – ovvero perseverare per la sua strada, facendo degenerare inevitabilmente il dialogo in un conflitto tra ordinamenti.

---

<sup>72</sup> Ciò, peraltro, in piena conformità al disposto letterale dell’art. 25, c. 2, Cost. Anche se da diverse prospettive, sottolineano di recente l’importanza di applicare anche al testo della Costituzione criteri interpretativi che preservino il valore del dato linguistico utilizzato, la sua direzione di senso, M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, cit., 435 ss.; A. BARBERA, *Costituzione*, cit., 325 ss. A questo proposito si deve cogliere la forza che, in materia di riserva di legge penale, esprime il lemma “punito” a cui si è fatto ricorso: esso è capace di raccogliere tutte la vicende che convergono sulla sanzione penale.

