

LO STRATEGICO RINVIO PREGIUDIZIALE DELLA CONSULTA SUL CASO TARICCO*

di **Valentina Faggiani** – *Professoressa di Diritto costituzionale, Università di Granada (Spagna)*

ABSTRACT: The strategic order n. 24/2017, with which the Constitutional Court has submitted an unexpected request for a preliminary ruling to the ECJ on the *Taricco* judgment, has opened a new chapter in the European judicial dialogue. The ECJ should clarify the controversial aspects of this judgment and adopt a solution of compromise between the obligations imposed by the EU on the Member States and the structural principles of Italian constitutional system. On the contrary the Constitutional Court has threatened to apply the weapon of counter-limits.

SOMMARIO. 1. L'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 nel contesto del dialogo giudiziario europeo. 2. I profili di incompatibilità con l'ordinamento italiano. 3. La soluzione proposta dalla Corte costituzionale.

1. L'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 nel contesto del dialogo giudiziario europeo

La difficoltà di risolvere i giudizi incidentali di legittimità sollevati sulla sentenza *Taricco*¹ dalla Corte di Appello di Milano² e dalla Corte di Cassazione³, dalle quali è invocata l'applicazione dei

* Contributo sottoposto a referaggio in base alle Linee guida della Rivista. Esso è stato realizzato nell'ambito del gruppo di ricerca: *Andalucía, la Unión Europea y el Estado Social* (SEJ-106) e del Progetto di ricerca DER2016-77924P: «*Los Derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*».

¹ Corte di giustizia UE, sentenza dell'8 settembre 2015, C-105/14, *procedimento penale a carico del Sig. Taricco e altri*. Su questo controverso caso *ex multis* si rinvia a: C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in www.sidi-isil.org, 15 settembre 2015; G. CIVELLO, *La sentenza «Taricco» della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in www.archiviopenale.it, n. 3, 2015; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 dicembre 2015; M. LASSALLE, *Taricco kills two birds with one stone for the sake of the PIF*, in www.europeanlawblog.eu, 27 ottobre 2015; S. MANACORDA, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, in www.archiviopenale.it, n. 3, 2015; F. ROSSI, *La sentenza Taricco della Corte di Giustizia e il problema degli obblighi di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*, in *Diritto penale e processo*, n. 12, 2015, 1564 ss.; G. SALCUNI, *Legalità europea e prescrizione del reato*, in www.archiviopenale.it, n. 3, 2015; D. SARMIENTO RAMÍREZ, *The scope of application of EU Law and national criminal law: some thoughts on*

controlimiti, ha indotto la Corte costituzionale a procrastinare il suo intervento e a sottoporre con l'ordinanza del 27 gennaio 2017 n. 24⁴ un inatteso rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia

Taricco (C-105/14), in <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/2015/09/08/>, 8 settembre 2015; M. SERRAINO, *Non ogni giorno che passa è un giorno che si aggiunge al libro dell'oblio. La Corte di Giustizia disvela la doppiezza della disciplina interna in materia di prescrizione*, in www.lalegislazionepenale.eu, 22 ottobre 2015; AA.VV., *Atti del Convegno: "Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo"*, Roma, Istituto Luigi Sturzo, 4 ottobre 2016, in www.rivistaaic.it, n. 4, 2016; E.M. AMBROSETTI, *La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?*, in www.processopenaleegiustizia.it, n. 1, 2016, 44 ss.; M. BASSINI, *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in www.giurcost.org/studi, n. 1, 2016, 94 ss.; E. BILLIS, *The European Court of Justice: A «Quasi-Constitutional Court» in criminal matters? The Taricco Judgment and Its Shortcomings*, in *New Journal of European Criminal Law*, n. 1, 2016, 20 ss.; R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 luglio 2016; V. FAGGIANI, *Ius puniendi europeo v. controlimiti. Riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2/3, 2016, 509 ss.; F. GIUFFRIDA, *The Limitation Period of Crimes: Same Old Italian Story, New Intriguing European Answers – Case Note on C-105/14, Taricco*, in *New Journal of European Criminal Law*, n. 1, 2016, 100 ss.; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in www.rivistaaic.it, n. 2, 2016; E. LUPO, *La Primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 febbraio 2016; V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cassazione penale*, vol. 56, n. 3, 2016, 1250 ss.; V. MANES, *La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»: le ragioni dei controlimiti*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 maggio 2016; S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cassazione penale*, vol. 56, n. 1, 2016, 362 ss.; F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di iva? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 settembre 2015; ID, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 maggio 2016; A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti: primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali: Atti del Convegno del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara. Ferrara, 7-8 aprile 2016*, Jovene, Napoli, 2017.

² Corte di Appello di Milano, sezione II penale, ordinanza n. 399/2015, del 18 settembre. Al riguardo, si veda F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti'*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 settembre 2015.

³ Sebbene la Corte di Cassazione, sezione III, nella sentenza n. 2210/2016, udienza del 17 settembre 2015 (depositata il 20 gennaio 2016), adottata pochi giorni dopo l'emissione della pronuncia della Corte di giustizia sul caso Taricco, decise di disapplicare il combinato disposto degli artt. 160 e 161 c.p., poco dopo modificò il suo orientamento, prima, nella prudente pronuncia della sez. IV penale, n. 7914/2016, udienza del 25 gennaio 2016 (depositata il 26 febbraio 2016) e, finalmente, nelle udienze del 30 e 31 marzo del 2016, la medesima Corte di Cassazione, con due decisioni aventi un contenuto analogo, decise di rivolgersi in via incidentale alla Corte costituzionale (v. Cassazione penale, sezione III, ordinanza n. 28346/2016, udienza del 30 marzo 2016, depositata l'8 luglio 2016).

⁴ Corte costituzionale, ordinanza n. 24/2017, udienza del 23 novembre 2016 (depositata il 27 gennaio 2017). Tra i primi commenti «a caldo» sul rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale in relazione al caso Taricco si rinvia a: C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in www.rivista.eurojus.it, 29 gennaio 2017; M. BASSINI e O. POLLICINO, *The Taricco Decision: A Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution*, in verfassungsblog.de, 28 gennaio 2017; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in

dell'UE⁵, in cui si richiede di sciogliere, nell'ambito di un procedimento d'urgenza, i nodi di questa pronuncia e di adottare una soluzione di compromesso tra gli obblighi imposti dall'appartenenza all'UE e i principi strutturali dell'ordinamento italiano.

Un tentativo, senza dubbio, strategico da cui si deduce non solo la propensione della Consulta al dialogo giudiziario e la deferenza al primato del diritto dell'UE ma, soprattutto, l'intenzione di ribadire la sua posizione di supremo garante dei principi aventi ad oggetto il nucleo dell'identità nazionale. La soluzione del caso *Taricco* ed il suo impatto sull'ordinamento italiano, quindi, non sono più solo nelle mani della Corte costituzionale ma dipenderanno dalla risposta della Corte di giustizia, che dovrà proporre una lettura alternativa di questa pronuncia altrimenti la *Consulta* si vedrà costretta ad attivare i controlimiti.

Sin dai primi punti dell'ordinanza, la Corte costituzionale intende chiarire che, sebbene il fondamento del primato del diritto dell'Unione risieda nell'art. 11 Cost., la condizione indefettibile affinché possa essere applicato in Italia è che si osservino i principi supremi e i diritti inalienabili della persona (art. 2 Cost.) riconosciuti nella Costituzione⁶. Nel caso ritenuto, peraltro, estremamente «improbabile»⁷, in cui si producesse un conflitto tra il diritto dell'UE e gli elementi costitutivi dell'ordinamento costituzionale italiano, in conformità con quanto affermato sin dalle sentenze della Corte costituzionale nn. 232/1989, 170/1984 e 183/1973⁸, sarebbe necessario dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, di ratifica del Trattato di Lisbona (13 dicembre 2007), nella parte in cui rende esecutivo l'art. 325, parr. 1 e 2, del TFUE, come interpretato nella sentenza *Taricco*.

www.penalecontemporaneo.it, 30 gennaio 2017; P. FARAGUNA, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: «Gauweiler in the Roman Campagna»*, in *verfassungsblog.de*, 31 gennaio 2017; M. FERRANTE, *L'ordinanza della Corte costituzionale sull'affaire Taricco: una decisione «diplomatica» ma ferma*, in *www.dirittifondamentali.it*, 29 gennaio 2017; A. GUAZZAROTTI, *I paradossi della vicenda Taricco. La sovranità limitata in favore dell'UE e 'controlimitata' in favore della Costituzione*, in *www.lacostituzione.info*, 18 febbraio 2017; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco". Note minime all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 febbraio 2017; G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *www.diritticomparati.it*, 20 febbraio 2017; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *www.giurcost.org/studi*, n. 1, 2017, 81; D. TEGA, *Narrowing the Dialogue: The Italian Constitutional Court and the Court of Justice on the Prosecution of VAT Frauds*, in *www.icconnectblog.com*, 14 febbraio 2017.

⁵ Si tratterebbe del terzo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale alla Corte di giustizia dell'UE. Il primo è stato sollevato con l'ordinanza n. 103/2008, udienza del 13 febbraio 2008 (depositata il 15 aprile 2008), nell'ambito di un giudizio in via principale, ed il secondo con ordinanza n. 207/2013, udienza del 3 luglio 2013 (depositata il 18 luglio 2013), nell'ambito di un giudizio in via incidentale.

⁶ Corte costituzionale, ordinanza n. 24/2017, cit., cons. in dir. n. 2.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Corte Costituzionale, sentenze nn. 232/1989, udienza del 13 aprile 1989 (depositata il 21 aprile 1989); 170/1984, udienza del 5 giugno (depositata l'8 giugno 1984); e 183/1973, udienza del 18 dicembre 1973 (depositata il 27 dicembre 1973).

In questa decisione, la Corte di giustizia ha affermato l'incompatibilità della normativa italiana sull'interruzione e sui termini massimi di prescrizione dei reati con il principio fondamentale del dovere di leale cooperazione (art. 4, par. 3, TUE) perché incapace di tutelare in modo sufficientemente adeguato gli interessi finanziari dell'UE, affermando che il giudice comune dovrà disapplicare il combinato disposto degli artt. 160, ult. co., e 161, co. 2, c.p., dando piena efficacia all'art. 325, parr. 1 e 2, TFUE, in due ipotesi. La prima si verificherebbe quando tali disposizioni, in quanto inefficaci, impediscano allo Stato membro di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che pregiudicano gli interessi finanziari dell'UE; la seconda quando, in contrasto con il principio della tutela equivalente, si prevedano termini di prescrizione più lunghi per i casi di frode fiscale lesivi degli interessi finanziari nazionali di quelli che compromettono gli interessi finanziari dell'Unione, dando luogo a una disparità di trattamento. La disapplicazione di tali disposizioni, in virtù del primato del diritto dell'UE, si realizzerà *ipso iure*⁹ senza che il giudice nazionale «debba chiedere o attendere la previa rimozione di dette disposizioni in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»¹⁰.

Secondo i giudici rimettenti, la soluzione prospettata nella menzionata sentenza sarebbe contraria non solo al principio di legalità in materia penale (art. 25, co. 2, Cost.), in conformità al quale spetterebbe al legislatore stabilire in modo esclusivo il regime della punibilità mediante norme sufficientemente determinate e applicabili solo a fatti commessi quando esse erano già in vigore, ma violerebbe anche altri principi fondamentali e diritti inviolabili. Tra i parametri invocati si fa riferimento, in particolare, al principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), al diritto alla tutela giudiziaria effettiva (art. 24 Cost.), al principio di divisione dei poteri tra potere legislativo e potere giudiziario (art. 101, co. 2, Cost.), alla funzione rieducativa della pena e ai principi di colpevolezza e di proporzionalità tra il delitto commesso e la pena imposta (art. 27, co. 3, Cost.) e, infine, alla clausola che legittima le limitazioni della sovranità derivanti dall'appartenenza dell'Italia ad organizzazioni sovranazionali (art. 11 Cost.)¹¹. Tali «parametri di costituzionalità», come affermato dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza n. 28346 del 2016, sarebbero «talmente avvinti al “nucleo essenziale” della legalità» che non possono non essere considerati in una prospettiva sistematica di insieme¹².

Da una parte, infatti, la disapplicazione *in malam partem* del combinato disposto degli artt. 160 e 161 c.p. in relazione a condotte commesse anteriormente alla data di pubblicazione della sentenza *Taricco*, secondo i ricorrenti, legittimerebbe l'applicazione retroattiva di disposizioni penali sfavorevoli, mettendo in discussione il sistema di punibilità nel suo insieme, aggravandolo. Dall'altra, questa pronuncia assumerebbe per certi versi un carattere indeterminato, tenuto conto che non chiarisce né quando le fattispecie di frode debbano essere ritenute gravi né quando ricorra il

⁹ Corte di giustizia UE, *Taricco*, cit., par. 52.

¹⁰ Corte di giustizia UE, sentenza 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, 391/02 e 403/02, *Berlusconi e altri*, par. 72.

¹¹ Corte costituzionale, ordinanza n. 24/2017, cit., cons. in dir. n. 1.

¹² Cassazione penale, sezione III, ordinanza n. 28346/2016, cit., cons. in dir. n. 4.1.

c.d. «numero considerevole» di casi di impunità tali da imporre la disapplicazione della normativa italiana in questione, rimettendo la decisione sull'esistenza dei presupposti indicati alla valutazione soggettiva del giudice¹³.

2. I profili di incompatibilità con l'ordinamento italiano

Le perplessità dei giudici rimettenti sono state condivise dalla Corte costituzionale, convincendola della necessità di sottoporre, in via pregiudiziale, tre distinte questioni interpretative, tra loro strettamente collegate, per porre fine al grave stato di incertezza sul significato da attribuire al diritto dell'Unione in relazione ai processi penali nei quali troverebbe applicazione la dottrina *Taricco*¹⁴.

La Corte di giustizia dovrebbe chiarire se l'art. 325, parr. 1 e 2, del TFUE imponga al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che impedisce in un numero considerevole di casi la repressione di gravi frodi, che pregiudicano gli 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 qualora tale omessa applicazione possa ledere alcuni dei principi strutturali ed inderogabili dell'ordinamento.

A tal fine, la Corte di Lussemburgo dovrebbe valutare la compatibilità della regola «*Taricco*» con il principio di determinatezza, con il carattere sostanziale dell'istituto della prescrizione nell'ordinamento italiano e con i principi supremi dell'ordine costituzionale o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione, oltre che con analoghi principi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e con quelli derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Malgrado l'atteggiamento collaborativo e dialogico¹⁵, la Corte costituzionale parte dalla premessa irremovibile¹⁶ che la prescrizione nel sistema italiano è un istituto di diritto penale

¹³ In modo simile, si permetta il rinvio a V. FAGGIANI, *op. cit.*, in cui si includevano tra i punti deboli della summenzionata sentenza il ruolo troppo ampio attribuito dalla Corte di giustizia al giudice comune, il quale, in conformità con la dottrina *Taricco*, nel caso in cui avesse ravvisato un contrasto tra il diritto interno e il diritto dell'UE, non colmabile neppure mediante l'interpretazione conforme, avrebbe dovuto disapplicare *in malam partem* le disposizioni penali in questo ambito. Si osservava, altresì, che la valutazione circa l'opportunità di procedere in tal senso dipende da criteri (come quello dell'esistenza del «numero considerevole» e della «gravità delle frodi», senza specificare la soglia minima), che potrebbero rivelarsi, in determinate fattispecie, decisamente soggettivi e personali e contrari ai principi fondamentali del diritto penale.

¹⁴ Corte costituzionale, ordinanza n. 24/2017, cit., cons. in dir. n. 11.

¹⁵ Al contrario, secondo, A. RUGGERI, *op. cit.*, 81 e 82, non si tratterebbe di una «decisione espressiva di “leale cooperazione” tra la nostra Corte e quella dell'Unione». «Francamente, dubito però che sia appropriato far ricorso a siffatta qualificazione in relazione al caso odierno: quello che la Consulta indirizza alla Corte di giustizia – può piacere come non piacere – è, a me pare, un vero e proprio ultimatum col quale si chiede al giudice eurolunitario di ripensare ab ovo il verdetto emesso su *Taricco*, adeguandosi alle indicazioni contenute nella ordinanza di rinvio pregiudiziale. L'unica, labile traccia di “cooperazione” può vedersi nel tentativo di persuasione fatto, vale a dire nell'adozione di una

sostanziale, sottoposto, pertanto, al principio di legalità penale (art. 25, co. 2, Cost.) e da applicare in conformità con i principi di determinatezza e di irretroattività. Il principio di determinatezza richiede che la fattispecie penale sia descritta in modo analitico; mentre la garanzia dell'irretroattività della legge penale sfavorevole prescrive che la norma di riferimento sia quella vigente al momento del fatto, incidendo direttamente sulla punibilità della persona. Il passare del tempo, infatti, farebbe progressivamente venir meno l'esigenza di punire determinate fattispecie di reato che si distinguono per la loro gravità, maturandosi come la stessa Corte costituzionale ha messo in rilievo un diritto all'oblio in capo all'autore¹⁷.

Inoltre, sebbene alcuni Stati dell'UE abbiano accolto, ispirandosi anche alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, una concezione processuale della prescrizione, l'Italia non sarebbe l'unica a considerarla un istituto di diritto sostanziale. L'ordinamento spagnolo, ad esempio, la qualifica in modo analogo¹⁸. La sentenza *Taricco*, infatti, non ha negato che gli Stati membri possono mantenere la propria concezione della prescrizione dei reati in conformità alle loro tradizioni costituzionali, non ravvisandosi al riguardo né un problema di distribuzione di competenze né l'esigenza di armonizzare tale profilo al fine di garantirne l'uniformità¹⁹.

La Corte di giustizia dovrà precisare, pertanto, se l'art. 325 del TFUE sia coerente con l'art. 49 della Carta dei diritti, sotto il profilo del rispetto del principio di determinatezza (la cui compatibilità con la sopracitata disposizione non sarebbe stata valutata nella sentenza *Taricco*), qualora incida sui diritti degli imputati nel processo penale, violandoli. In conformità con questo principio, il quale appartiene alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, essendo corollario del principio di certezza del diritto²⁰, le norme penali devono essere formulate in termini chiari, precisi e stringenti a prescindere dalla natura sostanziale o processuale della prescrizione, sia allo scopo di consentire alle persone di comprendere quali possono essere le conseguenze della propria condotta sul piano penale sia di impedirne un'applicazione arbitraria da parte del giudice. Questo sarebbe un «tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil*

pronunzia interlocutoria che – come dico nel titolo dato a questa succinta riflessione – espone, ma non ancora oppone, i controlimiti. Questi ultimi, però, cisono già tutti, nella loro corposa ed ingombrante presenza; tant'è che, ove dovesse cadere nel vuoto l'appello fatto dal giudice nazionale, la pronunzia di merito sarebbe già bell'e pronta e potrebbe essere estratta di peso dalla decisione di oggi».

¹⁶ A questo proposito, v. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco". Note minime all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017*, cit., 1, definisce l'ordinanza della Corte costituzionale «garbata nella forma, rocciosa nella sostanza», un'ordinanza «ampiamente "vestita", molto articolata e densa di contenuti assiologici, che mette a nudo tutti i rischi e le tensioni di una integrazione tra diritto UE e diritto penale "a marce forzate" o "a strappi", e le ricadute scardinanti che essa minaccia per il patrimonio costituzionale domestico, e/o per i "controlimiti", il cui innesco è declinato dal giudice delle leggi al tempo di un futuro possibile, ancorché solo eventuale e pure – si rimarca con toni volutamente esorcistici – "sommamente improbabile"».

¹⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 23/2013, udienza dell'11 febbraio 2013 (depositata il 14 febbraio 2013).

¹⁸ *Tribunal constitucional español* (TC), sentenza n. 63/2005, del 14 marzo.

¹⁹ Corte costituzionale, ordinanza n. 24/2017, cit., cons. in dir. n. 4.

²⁰ Corte di giustizia UE, sentenza 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, *procedimenti penali pendenti a carico di X*, par. 25.

law»²¹, i quali, in virtù del principio di divisione dei poteri, considerano la legge un ambito riservato al monopolio esclusivo del Parlamento, non ammettendo una *vis* creatrice del giudice. Spetta alla legge definire non solo gli obiettivi che il giudice è legittimato a perseguire ma anche con quali mezzi e con quali limiti ciò possa avvenire.

La valutazione sul rispetto del principio di determinatezza dovrebbe realizzarsi, innanzitutto, sotto il profilo dell'incompatibilità con il principio di legittimo affidamento, che è alla base della certezza del diritto e della sicurezza giuridica, e con la garanzia della riserva di legge. Si tratta di stabilire se la persona potesse ragionevolmente prevedere, in base al quadro normativo vigente al tempo del fatto, che il diritto dell'Unione, e in particolare l'art. 325 del TFUE, avrebbe imposto al giudice di non applicare gli artt. 160, ult. co., e 161, co. 2, c.p. in presenza delle condizioni enunciate nella sentenza *Taricco*²². In questo senso, al fine di percepire la portata dell'art. 325 TFUE, è necessario che la Corte di giustizia specifichi quali fatti si debbano punire, con quale pena, entro quale limite temporale e se, ai sensi dell'art. 7 CEDU, tale regola fosse prevedibile e disponesse di un'opportuna base legale²³.

Successivamente, si dovrà considerare se la sentenza *Taricco* è idonea a delimitare la discrezionalità giudiziaria. Sebbene sia evidente che il requisito del «numero considerevole» di casi si riferisca alla sistematica impunità di fattispecie che comportano una violazione degli interessi finanziari dell'UE, tuttavia questo concetto continua ad essere ambiguo e rimesso ad una valutazione *ad hoc*, caso per caso, in evidente contraddizione con il principio di separazione dei poteri di cui all'art. 25, co. 2, Cost., eccedendo i limiti della «funzione giurisdizionale nello Stato di diritto»²⁴.

3. La soluzione proposta dalla Corte costituzionale

Dopo aver presentato i possibili profili di incompatibilità dell'applicazione della sentenza *Taricco* nell'ambito dell'ordinamento italiano, la Consulta propone alla Corte di giustizia una lettura alternativa dell'art. 325 del TFUE, condizionata al rispetto dell'identità costituzionale di ciascuno Stato, la quale, a suo parere, farebbe venir meno ogni ragione di contrasto, permettendole di non accogliere la questione di legittimità costituzionale.

La soluzione prospettata dalla Corte costituzionale si basa su un'interpretazione sistematica del principio di leale collaborazione (art. 4, par. 3, TUE) insieme al principio del primato del diritto europeo (art. 11 Cost.) e ai paragrafi 53 e 55 della sentenza *Taricco*. Il principio di leale cooperazione, che costituisce la regola su cui si fondano i rapporti tra l'Unione e gli Stati membri, «implica reciproco rispetto e assistenza», al fine di garantire che «le parti siano unite nella

²¹ Corte costituzionale, ordinanza n. 24/2017, cit., cons. in dir. n. 9.

²² *Ivi*, cons. in dir. n. 5.

²³ Corte EDU (Grande Camera), sentenza 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, par. 93.

²⁴ Corte costituzionale, ordinanza n. 24/2017, cit., cons. in dir. n. 9.

diversità»²⁵. Tale esigenza, tuttavia, non può porsi in contrasto con i valori fondamentali di ciascuno Stato membro, annullandoli. In modo simile, anche il primato del diritto dell'Unione, sebbene obblighi a cedere spazi di sovranità sempre maggiori, incluso se sanciti a livello costituzionale, al tempo stesso, impone di salvaguardare l'identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, par. 2, TUE), includendo un grado di diversità minimo²⁶.

Il giudice europeo dovrebbe chiarire, quindi, il significato e la portata della sentenza *Taricco*, la quale si sarebbe limitata ad affermare l'efficacia diretta dell'art. 325 TFUE e l'obbligo di disapplicare *in malam partem* il tetto massimo di prescrizione previsto nell'ordinamento italiano ma non si è preoccupata di affrontare il problema concernente la compatibilità con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano, sembrando aver demandato espressamente questo compito agli organi nazionali competenti. A conferma di tale impostazione, il paragrafo 53 della sentenza afferma che, «se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati», e di seguito il paragrafo 55 aggiunge che la disapplicazione va disposta «con riserva di verifica da parte del giudice nazionale» in ordine al rispetto dei diritti degli imputati²⁷.

Secondo la Corte costituzionale, questa interpretazione dell'art. 325 TFUE sarebbe applicabile solo se compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro, spettando alle autorità competenti, nel caso di specie alla Consulta, in quanto «custode dei controlimiti»²⁸, accertarne nell'ambito di un incidente di legittimità costituzionale la non conformità e, conseguentemente, escludere che la regola possa avere applicazione nell'ordinamento italiano, a causa del carattere sostanziale della prescrizione dei reati, la quale è sottoposta al principio di legalità ex art. 25, co. 2, Cost.

La qualificazione di questo istituto, che dipenderebbe esclusivamente dal diritto nazionale, sarebbe esterna al significato proprio dell'art. 325 del TFUE, presentando nel sistema giuridico italiano un livello di protezione più elevato di quello concesso agli imputati dall'art. 49 della Carta e dall'art. 7 della CEDU. In questo senso, l'oggetto conferito al principio di legalità è più ampio, non limitandosi alla descrizione della fattispecie di reato e della pena ma estendendosi ad ogni profilo sostanziale concernente la punibilità.

Una soluzione di questo tipo non comprometterebbe le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione e rispetterebbe il principio di leale cooperazione e di proporzionalità, non mettendo in discussione il significato attribuito dalla Corte di giustizia alla sopracitata disposizione. Pertanto, nel caso in cui, contrariamente a quanto disposto nell'art. 53 della Carta, le disposizioni di suddetto testo fossero interpretate come limitative o lesive dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti dalle Costituzioni degli Stati membri, «il processo di integrazione

²⁵ *Ivi*, cons. in dir. n. 6.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ivi*, cons. in dir. n. 7.

²⁸ In tal senso, v. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco". Note minime all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017*, cit., 9.

europea avrebbe l'effetto di degradare le conquiste nazionali in tema di libertà fondamentali e si allontanerebbe dal suo percorso di unificazione nel segno del rispetto dei diritti umani (art. 2 del TUE)²⁹. La stessa Corte di giustizia, sin dalla sentenza *Omega*³⁰, ha ribadito che ogni Stato membro protegge tali diritti in conformità al proprio ordinamento costituzionale.

A questo proposito, la Corte costituzionale ci tiene a sottolineare, sebbene con un'argomentazione non troppo convincente, che tale interpretazione sarebbe possibile perché non si tratta di una fattispecie simile a quella risolta nella sentenza *Melloni*³¹. Nella summenzionata pronuncia la Corte di giustizia affermò che la decisione quadro 26 febbraio 2009, n. 2009/299/GAI³², mediante la quale si sono armonizzate le condizioni di esecuzione di un mandato d'arresto europeo in caso di condanna *in absentia*, «riflette il consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme a proposito della portata da attribuire, secondo il diritto dell'Unione, ai diritti processuali» delle persone che si trovano in tali circostanze³³.

Se si fosse permesso ad uno Stato membro di avvalersi dell'art. 53 della Carta per subordinare la consegna di una persona condannata in contumacia alla condizione, non prevista dalla decisione quadro n. 2009/299/GAI, che la sentenza di condanna potesse essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e dei diritti della difesa garantiti dalla Costituzione dello Stato membro di esecuzione, si sarebbe messa in

²⁹ Corte costituzionale, ordinanza n. 24/2017, cit., cons. in dir. n. 8.

³⁰ Corte di giustizia UE, sentenza 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, par. 39.

³¹ Corte di giustizia UE, sentenza del 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni c. Ministerio Fiscal*. Tra i numerosi commenti sulla sentenza *Melloni*, si rinvia a: A. TINSLEY, *Note on the reference in case C-399/11 Melloni*, in *New Journal of European Criminal Law*, vol. 3, 2012, 19 ss.; C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali. Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 luglio 2013; G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il «caso Melloni»*, in www.forumcostituzionale.it, 5 maggio 2013; N. DE BOER, *Addressing rights divergence under the Charter: Melloni*, in *Common Market Law Review*, vol. 50, n. 4, 2013, 1083 ss.; S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale «à la carte»? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 maggio 2013; P.J. MARTÍN RODRÍGUEZ, *Crónica de una muerte anunciada: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11*, in *Revista General de Derecho Europeo*, n. 30, 2013; A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 2, 2013, 399 ss.; V. SKOURIS, *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2013, 229 ss.; V. FAGGIANI, *Verso la definizione di uno «standard comune» di protezione del diritto a un processo equo (gli effetti della «sentenza Melloni» nello spazio europeo di giustizia penale)*, in www.federalismi.it, n. 19, 2014, n. 19; A. TORRES PÉREZ, *Melloni in three acts: from dialogue to monologue*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 10, n. 2, 2014, 308 ss.

³² Decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo, OJ L 81, 27.3.2009, pp. 24-36.

³³ Corte di giustizia, *Melloni*, cit., par. 62.

discussione l'uniformità dello standard di tutela dei diritti fondamentali definito da tale decisione quadro e si sarebbero lesi i principi della fiducia e del riconoscimento reciproco che essa mira a rafforzare, pregiudicando l'effettività della suddetta decisione quadro. Di conseguenza, in quella circostanza si ritenne opportuno applicare lo standard di tutela garantito in sede europea che era inferiore a quello previsto nella Costituzione spagnola.

Nel caso *Taricco*, al contrario, secondo la Corte costituzionale, sarebbe più proporzionato che l'Unione rispetti il più elevato livello di protezione accordato dalla Costituzione italiana agli imputati dal momento che non si intende mettere in discussione il primato del diritto dell'UE e concretamente l'interpretazione dell'art. 325 TFUE ma solo l'esistenza di un impedimento di ordine costituzionale, esterno quindi all'ordinamento UE, alla sua applicazione diretta da parte del giudice e dato dal fatto che in Italia la prescrizione appartiene al diritto penale sostanziale. Una simile interpretazione permetterebbe, a suo giudizio, di superare le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici rimettenti.

Tuttavia, è abbastanza discutibile che la mancata applicazione della regola *Taricco* non integrerebbe un'eccezione al primato del diritto dell'UE. Piuttosto, la Corte di giustizia sarebbe costretta ad accettare implicitamente il controlimite opposto dalla Corte costituzionale, prima che questa lo dichiari apertamente³⁴. Una simile impostazione, sebbene intenda pervenire ad una soluzione conciliatrice, che ponga fine alla battaglia giudiziaria scatenata dal caso «*Taricco*» non pare reggere. Sia la disciplina sul mandato d'arresto europeo sia quella sulle sanzioni per frode fiscale³⁵ rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE. L'unica differenza è costituita dal fatto che il mandato d'arresto europeo sarebbe un settore totalmente armonizzato, che non lascia spazi di discrezionalità agli Stati membri, i quali sono tenuti a rispettare lo standard previsto a livello europeo; l'IVA, invece, sarebbe un settore parzialmente armonizzato, in relazione al quale le autorità e i giudici nazionali possono adottare i propri standard purché tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, come interpretata dalla Corte di giustizia, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione³⁶.

Infine, per quanto riguarda i possibili scenari che potrebbe aprire la «nuova» sentenza *Taricco*, anche qualora la Corte di giustizia decidesse di modificare l'interpretazione dell'art. 325 del TFUE, tenuto conto che se non lo facesse la Corte costituzionale potrebbe attivare i controlimiti, è improbabile che arrivi ad includere l'istituto della prescrizione del reato nella portata del principio di irretroattività della norma penale sfavorevole ai sensi dell'art. 49 della Carta, come accade sulla base dell'art. 25, co. 2, Cost. Benché una simile lettura, secondo quanto disposto nell'art. 52, par. 3, del TUE, innalzerebbe il livello di protezione garantito sia dall'art. 49 della Carta sia dall'art. 7 della CEDU, contraddirebbe la dottrina *Taricco*. È prevedibile, invece, che la Corte di giustizia

³⁴ In questo senso, si veda C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, cit.

³⁵ Corte di giustizia UE, sentenza del 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. H. Åkerberg Fransson*, par. 27-29.

³⁶ Corte di giustizia UE, *Melloni*, cit., par. 60.

riformuli i quesiti sottoposte, adottando una soluzione di sintesi che le permetta di accogliere, almeno parzialmente, i suggerimenti della Corte costituzionale, evitando lo scontro tra le due Corti.

Dall'analisi dell'ordinanza n. 24/2017 sull'applicazione della sentenza *Taricco* si può osservare che la Consulta mostra un atteggiamento deferente e collaborativo ma al tempo stesso autorevole, non disposto a scendere a compromessi sui principi fondamentali dell'ordinamento interno che costituiscono il nucleo duro dell'identità costituzionale nazionale, come il principio di legalità in materia penale. In questo senso pare chiaro ed esplicito il messaggio della Corte costituzionale: se la Corte di Lussemburgo non specificherà gli aspetti più controversi della sentenza *Taricco*, dandone un'interpretazione che la renda maggiormente compatibile con i principi strutturali dell'ordinamento italiano, si vedrà costretta ad applicare l'arma dei controlimiti. D'altro canto, è evidente che il rinvio pregiudiziale ha permesso alla Corte costituzionale di rimettere il risultato definitivo di questa controversia alla Corte di giustizia, esimendosi per il momento dalla responsabilità di risolvere questo caso. Tuttavia, al di là dell'interesse di questa vicenda dal punto di vista del dialogo giudiziario europeo, resta ferma l'esistenza nell'ambito dell'ordinamento italiano di un problema strutturale che dovrebbe essere risolto mediante l'intervento del legislatore affinché modifichi il regime della prescrizione dei reati.