

**LA MINACCIA DEI CONTROLIMITI E LA PROMESSA DEL DIALOGO:
NOTE ALL'ORDINANZA N. 24 DEL 2017 DELLA CORTE COSTITUZIONALE***

di Adriano Martufi

Abstract. *Con l'ordinanza n. 24 del 2017 i giudici costituzionali si pronunciano finalmente sulla controversa vicenda Taricco: la Consulta rinuncia ad attivare i controlimiti e sceglie, in modo opportuno e coraggioso, di percorrere la strada del rinvio pregiudiziale. Pur facendo proprio un approccio complessivamente dialogico, il provvedimento in esame si contraddistingue anche per alcune nettissime (e per certi aspetti inedite) prese di posizione relative alla portata e al contenuto di garanzia del principio di legalità penale, sottolineando con forza la necessità che il diritto UE rispetti i principi costituzionali supremi. A partire da queste premesse, il presente lavoro ripercorre i principali nuclei argomentativi che compongono la motivazione dell'ordinanza, ricavando l'impressione che la Consulta abbia lasciato aperto più di uno spiraglio a una possibile soluzione di compromesso. In particolare i giudici costituzionali sembrerebbero disposti ad ammettere una rinnovata interpretazione dell'art. 325 TFUE che, pur senza mettere in discussione il primato del diritto UE, consenta di fare salve alcune fondamentali esigenze di garanzia sottese alla legalità penale "nazionale".*

SOMMARIO: 1. Introduzione: il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale. – 2. Rinvio pregiudiziale e mancato ricorso ai controlimiti: dialogo o diktat? – 3. Identità costituzionale e primato delle norme europee: l'interpretazione dell'art. 4 par. 2 TUE e le sue ricadute per la materia penale. – 4. La legalità penale nei rapporti tra Costituzione e diritto UE: il ruolo dell'art. 53 della Carta dei diritti UE. – 4.1. L'illegittimità della "regola Taricco" e il principio di determinatezza: dalla disposizione alla norma. – 4.2. Il ruolo della prescrizione e l'ambito applicativo del diritto dell'Unione. – 5. Legalità penale e Carta dei diritti UE: la dimensione europea del principio di determinatezza. – 6. Conclusioni: le soluzioni proposte e i nodi irrisolti.

* Il presente contributo è in corso di pubblicazione in A. Bernardi, C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Ferrara il 24 febbraio 2017, Jovene, Napoli, 2017. Si ringraziano i curatori per averne concesso la pubblicazione anche in questa Rivista. Trattandosi di un contributo già accettato per la pubblicazione in quella sede, il lavoro non è stato sottoposto alla procedura di *peer review* prevista da questa Rivista.

1. Introduzione: il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale.

Mettendo fine a una lunga attesa la Corte costituzionale si è finalmente pronunciata, con l'ordinanza n. 24 del 2017¹, sulla controversa e divisiva "vicenda Taricco". A questa saga, inaugurata con l'ormai celeberrima sentenza della Corte di giustizia resa in data 8 settembre 2015 (causa C-105/14, Taricco e altri), i giudici costituzionali italiani aggiungono oggi un nuovo capitolo.

Come noto la Consulta era chiamata a pronunciarsi in merito alle questioni di legittimità dell'art. 2 della legge di ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona, nella parte in cui dà ingresso all'art. 325 TFUE, così come interpretato dai giudici europei nella sentenza dianzi richiamata. Evitando di ingaggiare uno scontro diretto con i loro omologhi di Lussemburgo i giudici costituzionali decidono, in modo opportuno e coraggioso, di percorrere la strada del rinvio pregiudiziale.

Va detto da subito, però, che il provvedimento che qui si annota appare tutt'altro che rinunciatario sul piano della difesa dell'identità costituzionale in materia penale: esso si contraddistingue anzi per alcune nettissime (e per certi aspetti inedite) prese di posizione relative alla portata e al contenuto di garanzia del principio di legalità penale, da sempre uno dei più significativi punti di attrito nei rapporti tra diritto criminale e fonti sovranazionali (anche, ma non solo, di diritto dell'Unione europea)².

Troppo noti gli antecedenti di questo intervento della Consulta perché se ne possa esaustivamente dare conto in questa sede: è sufficiente rammentare come la già

¹ Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24 in www.giurcost.com. Tra i molti contributi già comparsi a commento dell'ordinanza cfr. A. BERNARDI, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, in *Quad. cost.*, 2017, p. 109 ss.; M. CAIANIELLO, [Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?](#), in questa Rivista, 24 febbraio 2017; C. CUPELLI, [La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia](#), in questa Rivista, 30 gennaio 2017; L. DANIELE, *La sentenza Taricco torna davanti alla Corte di giustizia UE: come decideranno i giudici europei?*, in *Eurojus*, 10 aprile 2017; P. FARAGUNA, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: "Gauweiler in the Roman Campagna"*, in *Verfblog*, 31 gennaio 2017; R. E. KOSTORIS, [La Corte Costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controlimiti' e scontro tra paradigmi](#), in questa Rivista, 23 marzo 2017; V. MANES, [La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a Taricco](#), in questa Rivista, 13 febbraio 2016; F. PALAZZO, *La consulta risponde alla Taricco: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto in Dir. pen. proc.*, 2017, p. 285 s.; I. PELLIZZONE, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: principio di determinatezza, separazione dei poteri e ruolo del giudice penale*, in *Quad. cost.*, 2017, p. 112 ss.; O. POLLICINO, M. BASSINI, *The Taricco decision: a last attempt to avoid a clash between EU law and the Italian Constitution*, in *Verfblog*, 28 gennaio 2017; G. RICCARDI, [Patti chiari e amicizia lunga. La Corte costituzionale tenta il dialogo nel caso Taricco](#), in questa Rivista, 27 marzo 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. 24 del 2017)* in *Consulta Online*, 1, 2017, p. 81 ss.; C. SOTIS, [Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia](#), in questa Rivista, 3 aprile 2017; F. VIGANÒ, [Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco](#), in questa Rivista, 27 marzo 2017.

² Sul punto, cfr. O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, p. 2197 ss. Inoltre, da ultimo, si vedano i contributi raccolti nel volume collettaneo C.E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Risicato (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli 2016.

richiamata pronuncia della Corte di giustizia avesse nitidamente enunciato l'obbligo di disapplicare il regime del termine massimo di durata della prescrizione di cui agli artt. 160 e 161 c.p. per violazione del diritto europeo primario. Tale disciplina doveva segnatamente ritenersi in contrasto con l'art. 325 par. 1 TFUE qualora dalla sua applicazione derivasse l'impossibilità «di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea»³.

Sulla scorta di quanto disposto dall'art. 325 par. 2 TFUE, inoltre, la Corte di Lussemburgo aveva ritenuto contraria al diritto UE la circostanza che la legge italiana delineasse, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari nazionali, termini di prescrizione più lunghi «di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea»⁴.

In dottrina e nel dibattito tra gli operatori del settore non erano mancate critiche (anche veementi) alla pronuncia, in ragione soprattutto degli effetti che essa sembrava suscettibile di produrre sul versante dell'ordinamento interno⁵. A molti era parso, in particolare, che l'obbligo di disapplicare una componente della disciplina prescrizione con effetti pregiudizievoli per il reo, finisse per porsi in contrasto con taluni principi penalistici di rango costituzionale. Non solo: i dubbi alimentati dalla succitata sentenza circa la tenuta di alcuni "capisaldi garantisti" della materia penale avevano condotto più d'uno a denunciare apertamente il rischio che un ricorso incontrollato alla disapplicazione potesse confliggere, financo, con alcuni principi supremi afferenti al nucleo dell'identità costituzionale italiana. Si giungeva in tal modo a suggerire la possibilità di azionare il meccanismo dei "controlimiti" da opporre alla penetrazione del diritto UE nell'ordinamento nazionale.

Di tali perplessità si sono fatte carico le ordinanze di rimessione da cui origina la pronuncia in commento. Sollevando la questione di legittimità costituzionale della legge di ratifica ed esecuzione dei Trattati, i giudici rimettenti (la Corte d'appello di Milano⁶ e la terza sezione della Corte di cassazione⁷) chiedevano in sostanza alla nostra

³ Corte giust., sent. 8 settembre 2015, *Taricco e altri*, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555, punto 47.

⁴ Corte giust., sent. 8 settembre 2015, cit., punto 48.

⁵ La mole di contributi prodotti a commento della sentenza impedisce di procedere a una esaustiva rassegna della letteratura in argomento. A riprova della centralità e della trasversalità disciplinare delle questioni sollevate dalla sentenza Taricco è sufficiente rinviare a tre opere collettanee che, con varietà accenti, raccolgono oggi alcuni tra i più significativi interventi sul punto: cfr. A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017; C. PAONESSA, L. ZILLETI (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'UE: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, Pisa, 2016; nonché il numero monografico della rivista della Associazione italiana costituzionalisti dal titolo: *Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*, in www.rivistaaiic.it, n. 4/2016.

⁶ Corte app. Milano, sez. II, ord. 18 settembre 2015 in *questa Rivista*, 21 settembre 2015, con nota di F. VIGANÒ, [Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti'](#).

⁷ Cass., sez. III pen., ord. 30 marzo 2016, n. 28346, per cui si veda G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte eurounitaria tra limiti di attribuzione 'internazionale' e controlimiti 'costituzionali'*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 869 ss.

Corte costituzionale di azionare i "controlimiti" alle limitazioni di sovranità accettate dal nostro Paese con l'adesione all'Unione europea⁸. In particolare, tra i diversi parametri costituzionali indicati negli atti di promovimento (artt. 3, 24, 25 c. 2, 27 c. 3, 101 c. 2 Cost.), i giudici *a quo* deducevano la violazione dei tre fondamentali corollari del principio di legalità; segnatamente, i principi di irretroattività, riserva di legge e determinatezza.

I motivi di contrasto con tali fondamentali principi costituzionali possono essere qui solo sommariamente evocati.

In primo luogo, facendo leva sull'asserita natura sostanziale della prescrizione, i giudici rimettenti evidenziavano come il *dictum* di Lussemburgo, determinando un prolungamento dei termini massimi di prescrizione anche in relazione a fatti commessi anteriormente alla sentenza Taricco, finisse per produrre effetti retroattivi operanti a sfavore del reo⁹.

In secondo luogo, il fatto di riconoscere alle sentenze del supremo organo giurisdizionale dell'UE effetti pregiudizievoli per l'imputato, avrebbe comportato non solo una surrettizia attribuzione di competenze penali dirette all'Unione ma anche "la mutazione genetica della riserva di legge nella differente riserva di diritto; con il conseguente dissolvimento delle garanzie legate, storicamente e istituzionalmente, al monopolio legislativo del diritto penale"¹⁰.

In terzo e ultimo luogo, si faceva notare come la normativa risultante dall'intervento della Corte UE non fosse adeguatamente determinata, non essendo chiaro né quando le frodi dovessero ritenersi gravi, né quando potesse dirsi soddisfatto il requisito del "numero considerevole di casi di impunità", con la conseguenza di rendere oltremodo vaghi i presupposti dell'obbligo di disapplicazione¹¹.

L'ordinanza che qui si annota sceglie di incentrare il proprio scrutinio sul corollario della determinatezza, richiamando solo indirettamente il divieto di irretroattività della legge penale¹². La Consulta omette invece di raccogliere le

⁸ In merito alla categoria dei "controlimiti" (alle limitazioni di sovranità concesse in favore del diritto internazionale ed eurolunitario) si rinvia, anche per ulteriori approfondimenti bibliografici, a A. BERNARDI, *I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in ID. (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., p. VII ss.

⁹ E ciò anche indipendentemente dal fatto che, secondo attenta dottrina, proprio la pronuncia della Corte di giustizia in causa Taricco (o più correttamente le conclusioni rese in questa causa dall'avvocato generale Kokott) avrebbero permesso di distinguere, ai fini della rilevanza della questione di legittimità costituzionale, a seconda che alla data dell'8 settembre 2015 il termine di prescrizione fosse o meno scaduto; cfr. F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti'*, *questa Rivista*, 21 settembre 2015, par. 5.

¹⁰ G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte eurolunitaria tra limiti di attribuzione 'internazionale' e controlimiti 'costituzionali'*, cit., p. 882.

¹¹ Sino ad attribuirgli il compito di svolgere valutazioni politico criminali direttamente afferenti all'an della punibilità. Cfr. in questo senso e per tutti V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione del sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., p. 203 ss.

¹² Cfr. ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., punto 2: "non vi è inoltre dubbio che il principio di legalità in materia penale esprima un principio supremo dell'ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili

sollecitazioni dei giudici rimettenti in merito alla possibile violazione della riserva di legge e di tutti gli altri parametri costituzionali indicati negli atti di promovimento.

Così ricostruito il parametro costituzionale alla base del giudizio, la Corte costituzionale giunge a ritenere contraria all'art. 25 c. 2 Cost. la regola elaborata dalla Corte di giustizia in Taricco. Non solo: la Consulta sembra ricondurre nella sua interezza il principio di legalità penale al novero dei principi supremi, la cui violazione attiva il ricorso ai "controlimiti". Da tale conclusione non discende però (come sarebbe stato lecito attendersi) una dichiarazione di illegittimità costituzionale. Come si è detto, la Corte costituzionale opta – in modo forse inaspettato – per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, dimostrando almeno formale deferenza nei confronti della Corte di giustizia.

Senonché i quesiti rivolti alla Corte di Lussemburgo risultano formulati in maniera anomala: essi muovono infatti dal presupposto di una sostanziale incompatibilità della sentenza Taricco con la legalità penale domestica e mirano scopertamente a ottenere una riscrittura della prima pronuncia da parte della Corte UE¹³.

Se questo è vero sembra tuttavia che i giudici costituzionali abbiano voluto evitare un approccio polemico¹⁴, lasciando intravedere agli omologhi europei la possibilità di un "compromesso". In particolare, come meglio diremo, la Corte costituzionale sembra lasciare aperto più di uno spiraglio a un'interpretazione del diritto UE che, pur senza rimettere in discussione il primato delle norme europee, consenta di ricalibrare gli effetti dell'art. 325 TFUE in modo da fare salve alcune fondamentali esigenze di garanzia sottese alla legalità penale "nazionale"¹⁵.

2. Rinvio pregiudiziale e mancato ricorso ai controlimiti: dialogo o diktat?

Come anticipato la Corte costituzionale, scegliendo la strada del rinvio pregiudiziale, rifugge la tentazione di utilizzare l'arma dei controlimiti. Occorre

dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e *non abbiano in nessun caso portata retroattiva*"; e ancora al punto 4 "nell'ordinamento giuridico nazionale il regime legale della prescrizione è soggetto al principio di legalità in materia penale, espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost. [...] è perciò necessario che esso sia analiticamente descritto, al pari del reato e della pena, da una norma che vige al tempo di commissione del fatto" (corsivi) aggiunti.

¹³ La maggioranza dei commentatori appare orientata in questo senso; cfr., con particolare chiarezza su questo punto, P. FARAGUNA, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: "Gauweiler in the Roman Campagna"*, cit.

¹⁴ In merito al carattere "non meramente polemico" ma "funzionale" di taluni "disaccordi interpretativi" tra Corti nazionali e sovranazionali, cfr., per tutti, G. MARTINICO, [*Corti costituzionali \(e supreme\) e disobbedienza funzionale. Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni \(CEDU e Convenzione americana sui diritti umani\)*](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, p. 303 ss.

¹⁵ In questo senso, già prima dell'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale, si vedano le considerazioni di C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione della Corte di giustizia?* in *Forum costituzionale*, 5 ottobre 2016, par. 6.

evidenziare da subito, tuttavia, che la scelta di rinunciare (almeno per il momento) all'attivazione di tale rimedio estremo non pare sottendere un rigetto delle censure avanzate dai giudici rimettenti. Nel merito, infatti, l'ordinanza esclude chiaramente che una regola di diritto come quella partorita dalla Corte di giustizia rispetti i requisiti della prevedibilità e della sufficiente determinatezza imposti dal principio costituzionale di legalità penale.

La premessa di tale ragionamento è che la disciplina della prescrizione, a differenza di quanto affermato dalla Corte UE in Taricco, abbia natura sostanziale e debba quindi essere analiticamente descritta, al pari del reato e della pena, da una norma in vigore al tempo di commissione del fatto. Pertanto se l'interpretazione dell'art. 325 TFUE resa nella causa Taricco comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria a tale configurazione del principio di legalità penale la Corte costituzionale avrebbe il dovere di impedirlo anche, se del caso, attraverso il rimedio estremo dei controlimiti¹⁶.

Orbene un simile approdo interpretativo equivale a un'aperta sconfessione delle conclusioni a cui era giunta la Corte UE nella citata sentenza, al punto da fare sembrare il rinvio pregiudiziale un semplice gesto di galateo istituzionale¹⁷. Come è stato autorevolmente evidenziato, infatti, la Corte costituzionale evita di procedere a una dichiarazione secca di incostituzionalità avvalendosi di quello che probabilmente è un mero "espediente argomentativo"¹⁸.

Senza mettere in discussione l'interpretazione data all'art. 325 TFUE dalla sentenza Taricco, i giudici costituzionali si chiedono tuttavia se da tale interpretazione discenda necessariamente un obbligo di disapplicazione in capo al giudice nazionale. Nel paragrafo 53 della sentenza Taricco la Corte di giustizia aveva in effetti cursoriamente affermato che "se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati". Tanto basta alla Corte costituzionale per formulare una richiesta di interpretazione pregiudiziale il cui reale obiettivo sembra quello di ottenere dalla Corte UE una rilettura costituzionalmente conforme della "regola Taricco"¹⁹.

Si potrebbe allora ritenere che l'unica via d'uscita per la Corte UE sia quella di riconoscere la supremazia dei controlimiti, legittimandone l'operatività in deroga al principio del primato. L'ordinanza in rassegna si caratterizza tuttavia per una motivazione ricca e articolata, che sfocia in tre distinte questioni interpretative. A

¹⁶ Cfr. ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., punto 2: "Se l'applicazione dell'art. 325 del TFUE comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale, come ipotizzano i rimettenti, questa Corte avrebbe il dovere di impedirlo".

¹⁷ In questi termini V. MANES, [La Corte muove e, in tre mosse, da scacco a Taricco](#), cit., p. 1.

¹⁸ F. PALAZZO *La consulta risponde alla Taricco: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto* cit., p. 288; ma vedi altresì C. SOTIS, [Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia](#), cit., p. 3.

¹⁹ L'espressione citata ("regola Taricco") è utilizzata dalla Corte costituzionale per indicare sinteticamente l'obbligo di disapplicazione della disciplina degli atti interruttivi imposto in capo ai giudici nazionali dalla sentenza della Corte UE.

ciascuna di queste corrispondono tre differenti nuclei argomentativi della motivazione che è qui opportuno analizzare separatamente²⁰.

Un primo argomento, più generale, richiama la Corte UE al rispetto dei principi generali dell'ordinamento costituzionale e preconizza l'attivazione dei controlimiti ove si accerti una loro violazione. Un secondo argomento, più specifico, fa invece perno sull'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali UE e sul maggior contenuto garantistico che il diritto italiano riconosce alla legalità costituzionale rispetto al corrispondente principio di diritto UE di cui all'art. 49 della Carta. Un terzo, e ultimo, argomento mira invece a fare dichiarare l'art. 325 TFUE contrario all'art. 49 della Carta nella parte in cui impone la disapplicazione delle norme interne senza vincolare l'attività del giudice al rispetto di "disposizioni legali sufficientemente determinate".

Va notato che la Corte costituzionale sembra avere impostato le questioni interpretative come mutualmente esclusive, lasciando intendere che l'accoglimento anche di uno solo dei rilievi proposti aprirebbe la strada a una soluzione compatibile con i nostri principi costituzionali. Occorre quindi cercare di dipanare la trama dell'argomentazione della Corte costituzionale, per mettere in evidenza quali siano gli spazi lasciati aperti dal giudice costituzionale a una possibile soluzione di compromesso²¹.

3. Identità costituzionale e primato delle norme europee: l'interpretazione dell'art. 4 par. 2 TUE e le sue ricadute per la materia penale.

Nel primo dei tre nuclei argomentativi che compongono il provvedimento in rassegna, i giudici costituzionali richiamano la Corte UE al rispetto dei principi generali dell'ordinamento costituzionale, ventilando l'attivazione dei controlimiti nel caso di una loro violazione

Nel più ampio dei tre quesiti pregiudiziali la Consulta chiede infatti alla Corte di giustizia se la sentenza Taricco debba interpretarsi nel senso di imporre la disapplicazione del regime degli atti interruttivi anche laddove "tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro".

Alla luce di un quesito così formulato si potrebbe pensare che l'unica via d'uscita per la Corte UE sia quella di riconoscere un'automatica prevalenza dei controlimiti sul diritto UE, accettando che gli Stati membri possano "disapplicare" il diritto dell'Unione in ipotesi di contrasto con i principi fondamentali del proprio

²⁰ Secondo V. MANES, [La Corte muove e, in tre mosse, da scacco a Taricco](#), cit., p. 12 "la formulazione dei quesiti riflette 'a specchio' l'intonazione globale dell'iter argomentativo".

²¹ Nello stesso senso, cfr. C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, cit., par. 4; D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, cit., par. 2;

ordinamento costituzionale²². La Corte costituzionale sembra, in effetti, paventare un'eventuale declaratoria di incostituzionalità nel caso in cui i giudici europei dovessero confermare i contenuti della loro prima pronuncia, conferendo in tal modo un'intonazione del tutto irrituale – secondo alcuni persino "retorica"²³ – alla richiesta di interpretazione.

Ai fini di una piena comprensione di questo passaggio dell'ordinanza assume particolare importanza la lettura che la Corte costituzionale dà al concetto di identità costituzionale, di cui all'art. 4 par. 2 TUE. Questa disposizione, come noto, prevede che l'Unione rispetti l'identità nazionale degli Stati membri quale risulta dalla loro "struttura fondamentale, politica e costituzionale"²⁴.

Orbene a giudizio di autorevole dottrina²⁵, per effetto di tale disposizione, il primato del diritto UE incontrerebbe oggi un limite intrinseco laddove siano messi a rischio i principi supremi dell'ordinamento degli Stati membri. Secondo questa impostazione la clausola di salvaguardia avrebbe cioè la funzione di integrare nel diritto UE la giurisprudenza costituzionale degli Stati membri relativa ai controlimiti, determinando un'automatica prevalenza dei principi costituzionali supremi (*rectius*, dell'identità costituzionale dello Stato membro) sul diritto dell'Unione nel caso di un conflitto tra questi²⁶.

È opportuno sottolineare che, ove si acceda a una simile interpretazione, si verrebbe a determinare una deroga al primato del diritto dell'Unione per tutti quei principi o istituti che la giurisprudenza costituzionale domestica decidesse di ricondurre, anche indirettamente, al novero dei principi supremi dell'ordinamento. Il riconoscimento dei controlimiti su scala europea (per effetto della clausola in discorso) vincolerebbe inoltre non solo la Corte di giustizia ma anche il legislatore dell'Unione, con la conseguenza che in taluni settori dell'ordinamento interno verrebbe a consolidarsi una vera e propria riserva di competenze statali²⁷. Infine, identificando i

²² In questo senso, con varietà d'accenti, cfr. A. BERNARDI, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, cit., p. 112; M. CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, cit., p. 19; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti*, cit., p. 92; F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., p. 2.

²³ R. E. KOSTORIS, *La Corte Costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controlimiti' e scontro tra paradigmi*, in questa Rivista, 23 marzo 2017, p. 19.

²⁴ Cfr. art. 4 par. 2 TUE: "L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro".

²⁵ A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Supremacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Comm. mark. law. rev.* 48, 2011, p. 1417 ss.; M. CARTABIA, *Art. 4, par. 2*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 23 ss.

²⁶ Su questo punto si sofferma anche l'ordinanza di rimessione Cass., sez. III pen., ord. 30 marzo 2016, n. 28346, par. 4.10.

²⁷ Si veda sul punto C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale: segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 202 ove si richiama, in nota, il pensiero di B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle*

controlimiti con un ampio concetto di "identità costituzionale", la clausola dell'art. 4 par. 2 TUE avrebbe fatto sì che in questa categoria non si riferisca più ai soli "principi e dei diritti fondamentali sanciti nelle Carte costituzionali nazionali", ma sia oggi da connettere "ad una formula più ampia e generale dell'identità costituzionale nazionale"²⁸.

A quanto consta, però, l'interpretazione che lega l'art. 4 par. 2 TUE alla teoria dei controlimiti (ancorché autorevolmente sostenuta) non ha finora trovato riscontro nella giurisprudenza della Corte di giustizia²⁹ e risulta per giunta alquanto controversa in dottrina³⁰.

Ci sembra quindi meritevole di nota il fatto che, nell'ordinanza in commento, il richiamo all'art. 4 par. 2 TUE sia fatto valere dalla Corte costituzionale per sviluppare la diversa tesi secondo cui i rapporti tra Unione e Stati membri sono definiti in forza del principio di leale cooperazione, dal quale discende un dovere di reciproco rispetto e assistenza. Da tale principio, in particolare, deriva "l'obbligo per le istituzioni dell'Unione di fare salvo un tasso di diversità minimo, necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro"³¹. Secondo l'interpretazione proposta dalla Corte costituzionale, quindi, il primato del diritto UE dovrebbe cedere il passo non già in forza di un'astratta prevalenza dell'identità costituzionale sulle norme europee, ma in ragione di un limite intrinseco allo stesso ordinamento dell'Unione, consistente nel rispetto delle tradizioni costituzionali, nazionali ed europee, su cui tale ordinamento si regge³².

L'importanza di questo passaggio dell'ordinanza è stata già evidenziata dalla dottrina più attenta, la quale non ha mancato di illustrarne le significative ricadute sul piano dei rapporti tra ordinamento nazionale e diritto dell'Unione³³. In particolare, pur con qualche distinguo³⁴, si è sottolineato come l'inciso in questione costituisca una delle

identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e "controlimiti europeizzati", in *Quad. cost.*, 2012, 152 ss.

²⁸ S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté comunitaria*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 538 il quale invero trae queste considerazioni da una lettura del celebre *Lissabon Urteil* del Tribunale costituzionale tedesco.

²⁹ G. DI FEDERICO, *Identifying National Identities in the Case Law of the Court of Justice of the European Union*, in *Dir. Un. eur.*, 2014, p. 769 ss.; B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e "controlimiti europeizzati"*, cit., p. 154.

³⁰ Per un'ampia panoramica delle posizioni dottrinali sul punto si veda, per tutti, M. STARITA, *L'identità costituzionale degli Stati membri dell'Unione europea nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. quest. pubb.*, 2015, p. 250 ss.

³¹ Cfr. ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., punto 6.

³² M. BASSINI, O. POLLICINO, *The Taricco decision: a last attempt to avoid a clash between EU law and the Italian Constitution*, cit., ult. par.

³³ F. PALAZZO, *La consulta risponde alla Taricco: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, cit., p. 289; ma vedi altresì R. E. KOSTORIS, [La Corte Costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controlimiti' e scontro tra paradigmi](#), in questa Rivista 23 marzo 2017, p. 7; V. MANES, [La Corte muove e, in tre mosse, da scacco a Taricco](#), cit., p. 4; C. SOTIS, [Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia](#), cit., p. 3 ss.

³⁴ 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)*, cit., par. 1.

principali spie dell'apertura al dialogo della Corte costituzionale: quest'ultima, infatti, anziché contrapporre l'identità costituzionale al primato delle norme europee, ricerca un difficile equilibrio tra "l'autonomia del diritto dell'UE e il suo ancoraggio ultimo al medesimo quadro di valori e di ideali delle costituzioni nazionali"³⁵.

Resta da vedere se la Corte di giustizia potrà fare propri questi argomenti e avallare l'interpretazione dell'art. 4 par. 2 TUE avanzata dalla Consulta, posto che ciò significherebbe comunque derogare al primato del diritto UE in forza di una specifica interpretazione data a un principio di diritto nazionale³⁶. Vero è che a conclusioni non dissimili la Corte UE è pervenuta nella ben nota vicenda Omega³⁷ (non a caso richiamata dalla Corte costituzionale) ove il concetto di dignità umana, nell'accezione datagli dalla Costituzione tedesca, era stato ritenuto prevalente sulla libertà di circolazione di merci e servizi proclamata dai Trattati³⁸.

Sennonché trattandosi di pronuncia alquanto isolata nell'ambito della giurisprudenza di Lussemburgo³⁹, si può forse dubitare dell'efficacia persuasiva del richiamo ai principi in essa enunciati. Ed è forse proprio la debolezza di tale riferimento ad aver spinto la nostra Corte costituzionale ad elaborare degli ulteriori argomenti per ottenere dalla Corte UE una riscrittura della pronuncia Taricco.

4. La legalità penale nei rapporti tra Costituzione e diritto UE: il ruolo dell'art. 53 della Carta dei diritti UE.

Come si è visto, un secondo nucleo argomentativo della sentenza fa perno sull'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali, il quale impone di far salvo il più elevato livello di protezione eventualmente sancito dalle costituzioni nazionali rispetto ai corrispondenti diritti e principi tutelati dalla Carta stessa. A differenza dell'art. 4 par. 2, quindi, tale disposizione sancisce la prevalenza dei principi costituzionali sul diritto dell'Unione, non già in forza della loro appartenenza al nucleo indistinto dell'identità nazionale, ma in virtù del più elevato livello di protezione da essi garantito⁴⁰.

³⁵ G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy*, cit., par. 3.

³⁶ Ne dubitano C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, cit., par. 4; L. DANIELE, *La sentenza Taricco torna davanti alla Corte di giustizia UE: come decideranno i giudici europei?*, cit., par. 7.

³⁷ Corte di giustizia, 14 ottobre 2004 C-36/02, *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs GmbH contro Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn in Comm. mark. law. rev.*, 42, 2005, p. 1107 ss. con nota di T. ACKERMANN.

³⁸ Come noto tale pronuncia ha sancito il principio (fino ad allora inedito) secondo cui, anche laddove un determinato principio di diritto nazionale non sia a tal punto condiviso da assurgere al rango di principio UE, sarà comunque il "il diritto eurolunitario, anche se leso in una sua libertà fondamentale, a cedere il passo", e ciò allorché risulti "che quel determinato principio sia fondamentale nella prospettiva domestica", cfr. C. SOTIS *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, cit., p. 3. Su questa pronuncia, cfr. altresì L. BESSELINK, *National and constitutional identity before and after Lisbon*, in *Utr. law rev.*, 42, 2010, p. 45.

³⁹ Cfr., nello stesso senso, G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy*, cit., par. 4.

⁴⁰ Cfr., sul punto M. STARITA, *L'identità costituzionale degli Stati membri dell'Unione europea nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 260 che riferisce di un utilizzo della clausola

A tale nucleo argomentativo fa riferimento il secondo dei quesiti pregiudiziali, ove si chiede alla Corte UE di chiarire se l'art. 325 TFUE possa interpretarsi nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione anche laddove tale istituto sia "parte del diritto penale sostanziale e soggetto al principio di legalità". Il più elevato livello di protezione che la Consulta chiede di salvaguardare risiede dunque nelle maggiori garanzie assicurate al reo dal fatto di attribuire natura sostanziale all'istituto della prescrizione.

Prima di affrontare questo fondamentale profilo della motivazione, è tuttavia opportuno soffermarsi nuovamente sulle ragioni che hanno indotto la Consulta a ritenere la "regola Taricco" contraria al principio di legalità penale. In particolare è necessario chiarire quale sia la portata riconosciuta a questo principio costituzionale dall'ordinanza in esame ed in quale misura la natura sostanziale della prescrizione conferisca al reo maggiori garanzie rispetto a quelle che gli sono riconosciute dal principio di legalità eurounitario.

4.1. L'illegittimità della "regola Taricco" e il principio di determinatezza: dalla disposizione alla norma.

La Corte costituzionale sceglie, come già anticipato, di incentrare il proprio scrutinio sul solo principio di determinatezza. Si tratta di una opzione che merita di essere evidenziata: la Consulta mette infatti "in vetrina" un corollario della legalità domestica riconducibile al suo versante c.d. storico-universale, cioè quella componente del principio tendenzialmente avulsa da condizionamenti di matrice-storico politica⁴¹. La Corte costituzionale sceglie quindi di utilizzare un linguaggio "familiare" ai giudici europei, insistendo su quei profili della legalità "comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri", oltre che alla stessa giurisprudenza delle Corti europee⁴².

Su queste basi la Corte costituzionale offre una ricostruzione tutto sommato originale del principio di determinatezza, "rischiando di nuova luce" taluni profili di

prevalentemente improntato alla giustificazione delle restrizioni alle libertà di movimento e alla tutela del diritto degli Stati membri di scegliere forme e mezzi nell'attuazione del diritto dell'Unione.

⁴¹ Sul punto cfr., per tutti, F. PALAZZO, *Introduzione ai principi di diritto penale*, Torino, 1999, p. 205 ss.; ID., *Corso di diritto penale*, Torino, 2011, p. 96 ss. Cfr., inoltre, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 8 ss.; A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 42 ss. il quale peraltro sottolinea come un esame approfondito dei "profili assunti dal principio di legalità nei sistemi giuridici europei consente di cogliere", anche in relazione ai corollari suddetti, "evidenti divergenze, a dimostrazione del fatto che le differenti culture giuridiche nazionali riescono in qualche misura a permeare di sé persino quei corollari dei principi costituzionali meno inclini ad elaborazioni di tipo localistico-statuale".

⁴² Come noto, infatti, la Corte EDU ha da tempo compendiato le garanzie del reo espresse dal principio di legalità nei requisiti dell'accessibilità e della prevedibilità della norma penale, cioè in due dei suddetti profili storico-universali del *nullum crimen*. O. DI GIOVINE, [Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, p. 174-175.

esso sin qui poco valorizzati nella giurisprudenza costituzionale⁴³. Per un verso, infatti, si ammette che dal principio costituzionale di legalità discenda un vero e proprio diritto alla *prevedibilità* dell'esito giudiziario, da sempre "componente essenziale del principio di legalità convenzionale dalla giurisprudenza di Strasburgo"⁴⁴. Per altro verso, si sceglie di ribadire il requisito della *precisione* delle norme penali, sottolineando il nesso che nel nostro ordinamento intercorre tra la legalità penale e la "separazione dei poteri", con la conseguente necessità di assoggettare l'attività del giudice a disposizioni legali sufficientemente determinate⁴⁵.

La doppia articolazione del principio di determinatezza messa in luce dall'ordinanza rispecchia, del resto, la duplice valenza garantista di questo corollario della legalità penale⁴⁶, il quale – come ricorda la stessa Consulta – impone che le norme penali siano "formulate in termini chiari, precisi e stringenti", da un lato, per "consentire alle persone di comprendere quali possono essere le conseguenze della propria condotta sul piano penale", dall'altro, per "impedire l'arbitrio applicativo del giudice"⁴⁷.

Muovendo da tali premesse l'ordinanza procede a verificare se la regola tratta dalla sentenza Taricco soddisfi il requisito della determinatezza. Tale verifica deve svolgersi su due piani: in primo luogo, si tratta di chiarire se la persona potesse ragionevolmente prevedere che dall'art. 325 TFUE sarebbe disceso l'obbligo di non applicare il regime degli atti interruttivi; in secondo luogo, va stabilito se la regola risultante dall'intervento della Corte UE risulti sufficientemente determinata e sia perciò idonea a circoscrivere la discrezionalità del giudice penale⁴⁸.

⁴³ A. MASSARO, *La risposta della Corte costituzionale alla (prima) sentenza Taricco: tra sillogismi incompiuti e quesiti retorici*, in *Giurisp. pen.*, 7 marzo 2017, p. 19.

⁴⁴ F. VIGANÒ, [Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità convenzionale?](#), in S. Tordini Cagli (a cura di), *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità*, in corso di pubblicazione, e in questa Rivista, 5 aprile 2017, p. 22; V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. Manes, V. Zagrebelsky (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, Milano, 2011, p. 81 ss.; A. BERNARDI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege, between european law and national law*, in M. C. Bassiouni (a cura di), *European cooperation in criminal matters: issues and perspectives*, Padova, 2008.

⁴⁵ Sulla determinatezza-tassatività come principio "diretto a fronteggiare gli arbitri del potere giudiziario", cfr. per tutti F. BRICOLA, *Art. 25, II e III comma*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili, artt. 24-26*, Bologna-Roma, 1981, p. 256; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, p. 163.

⁴⁶ Cfr., sul punto, F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula juris* in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 55; nello stesso senso S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel diritto penale italiano*, Napoli, 2001, p. 17. Ma vedi altresì Corte cost. sent. 1 agosto 2008, n. 327, punto 4 del considerato in diritto.

⁴⁷ Cfr. ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., punto 5.

⁴⁸ Sotto questo profilo, la regola presa in esame è soltanto quella derivante dal contrasto e gli artt. 160 e 161 c.p. e l'art. 325 c. 1 TFUE, che impone la disapplicazione in presenza di impunità riguardanti un "numero considerevole dei casi" di frodi "gravi" all'IVA. In merito alla maggior determinatezza della prima regola, quella derivante dall'art. 325 c. 2 TFUE (espressivo dell'obbligo di assimilazione), cfr. E. LUPO, [La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2016, p. 217 ss.

La Corte costituzionale risponde negativamente a entrambe le questioni: per un verso infatti non era possibile ragionevolmente prevedere che da una norma dei Trattati come l'art. 325 TFUE potesse derivare un allungamento dei termini di prescrizione per le frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione; per altro verso, si osserva come la regola varata dalla Corte di Lussemburgo non fosse sufficientemente determinata, risultando oltremodo vago il requisito del "numero considerevole dei casi" a cui è subordinato l'obbligo di disapplicazione della disciplina interruttiva.

Orbene mediante il riferimento alla prevedibilità della norma penale, la Corte costituzionale mira a dare risposta all'annosa questione degli effetti retroattivi della disapplicazione imposta dalla Corte UE in Taricco. La Consulta statuisce con chiarezza che l'omessa applicazione di una parte della disciplina prescizionale per contrasto con il diritto UE non può essere fatta retroagire ai fatti commessi anteriormente alla sentenza Taricco. In caso contrario, infatti, risulterebbe violata la garanzia soggettiva che la stessa giurisprudenza costituzionale fa discendere dal principio di determinatezza, consistente nell'assicurare al destinatario della norma penale la "conoscenza preventiva delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta"⁴⁹.

La Consulta riconduce quindi al succitato diritto alla prevedibilità anche l'istituto della prescrizione, sul presupposto (non meglio esplicitato) che il regime della punibilità sia parte integrante di quelle "conseguenze giuridico-penali della condotta" che il reo deve potere preventivamente conoscere. L'ordinanza sembra quindi innovativamente ricomprendere nella tutela offerta dal principio di determinatezza non solo il diritto a conoscere in anticipo la rilevanza penale della condotta (e le sue eventuali conseguenze sanzionatorie) ma anche una più generale aspettativa in merito all'estensione temporale della pretesa punitiva⁵⁰.

Vero è che l'irretroattività delle modifiche peggiorative al regime della prescrizione poteva già ritenersi implicitamente tutelata in forza dell'art. 25 c. 2 Cost., avendo la Corte costituzionale a più riprese affermato la natura sostanziale del regime della prescrizione⁵¹. Tuttavia nell'ordinanza in commento la Consulta si spinge a tematizzare un vero e proprio diritto soggettivo a conoscere in anticipo il momento in cui interverrà l'estinzione del reato per prescrizione.

Si tratta un'innovazione dirompente che avrebbe forse meritato un maggiore sforzo argomentativo. I precedenti richiamati dalla Consulta, del resto, non paiono del tutto conferenti giacché nella giurisprudenza costituzionale si rinvencono solo

⁴⁹ Corte cost. sent. 1 agosto 2008, n. 327, punto 4 del considerato in diritto.

⁵⁰ Sul punto si leggano ora le articolate considerazioni critiche di F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., p. 6; nonché già ID., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 258 ss.

⁵¹ Nella sentenza n. 393 del 2006 la Corte ha affermato che il principio di retroattività favorevole (art. 2 cc. 2-4 c.p.) deve applicarsi a tutte "le norme [...] che incidono sulla prescrizione del reato". Da tale inciso parte della dottrina ha ricavato elementi per sostenere, *a fortiori*, l'applicabilità del principio di irretroattività della legge penale all'intera disciplina della prescrizione (ivi compresi dunque gli istituti dell'interruzione e della sospensione); cfr. M. GAMBARDELLA, *Il caso Taricco: obblighi di disapplicazione in malam partem e compatibilità con i principi costituzionali della riserva di legge e di irretroattività* in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., p. 393.

riferimenti alla previa conoscibilità del precetto e della pena⁵². La determinatezza della norma penale viene infatti generalmente intesa dalla Corte come un presidio alla libertà di autodeterminazione individuale e ricondotta alla capacità della legge penale di svolgere una funzione di orientamento comportamentale⁵³.

La Corte costituzionale avrebbe quindi dovuto spiegare perché il principio di autodeterminazione garantisca anche il diritto individuale a sapere quando si esaurirà la pretesa punitiva. Pare trattarsi infatti di un'aspettativa assai diversa da quella su cui si fonda il diritto di distinguere, attraverso l'esatta comprensione del precetto penale, tra cosa sia lecito e cosa sia vietato.

Non meno problematico è poi il riferimento al canone di precisione. La Corte costituzionale ha in effetti buon gioco a ritenere scarsamente determinato il requisito del "numero considerevole di casi", mentre preferisce sospendere il giudizio in merito al criterio della "gravità" delle frodi (forse nella convinzione che tale concetto possa essere più facilmente riempito di contenuto in sede interpretativa). Il primo requisito, invero, era parso da subito insuscettibile di essere precisato in via interpretativa e caratterizzato da una ineliminabile vaghezza⁵⁴, limitandosi in sostanza ad assegnare un obiettivo al giudice nazionale.

Appare tuttavia singolare il modo in cui la Consulta sceglie di strutturare il giudizio relativo alla precisione, incentrandolo non su una disposizione di legge ma su una norma risultante dall'attività interpretativa della Corte di giustizia: cioè la regola desunta dall'art. 325 TFUE. In particolare può stupire il fatto che la Corte pretenda di applicare i requisiti di "chiarezza" e "precisione" (attributi, in genere, riferibili al dato testuale di una disposizione) a quello che è pur sempre un esito interpretativo⁵⁵ (cioè la norma ricavata da una disposizione del Trattato).

Vero è che la giurisprudenza della Corte costituzionale mostra già da tempo di articolare in modo complesso il giudizio sulla determinatezza della legge penale, escludendo l'incostituzionalità delle disposizioni impugnate allorché una certa disposizione, pur essendo formulata in modo poco preciso, sia però "in grado di

⁵² Corte cost. sent. 1 agosto 2008, n. 327, punto 4 del considerato in diritto; sent. 22 aprile 1992, n. 185 punto 2 del considerato in diritto ove, richiamandosi alle ben note statuizioni espresse nella sentenza 364 del 1988 sull'*ignorantia legis*, si precisa come "la libertà e la sicurezza giuridica dei cittadini sarebbero pregiudicate" ove non siano rispettati "i requisiti minimi di riconoscibilità e di intellegibilità del precetto penale".

⁵³ Corte cost., sent. 364 del 1988, punto 8 del considerato in diritto: "nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento".

⁵⁴ Cfr., tra i primi commenti alla sentenza Taricco, E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale*, cit., p. 220; D. NEGRI, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di giustizia UE, Taricco*, in C. Paonessa, L. Zilletti (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'UE: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, cit., p. 69 ss.

⁵⁵ In merito alla distinzione tra disposizione e norma nel diritto penale cfr., per tutti, M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, p. 63 ss.

assumere dei significati normativi a seguito dell'opera interpretativa"⁵⁶: così, ad esempio, qualora l'esistenza di "interpretazioni giurisprudenziali costanti" (il c.d. diritto vivente)⁵⁷ consenta di colmare "l'assenza di precisione del precetto penale"⁵⁸.

Anche in quest'ottica, però, si è sempre tenuto separato il giudizio sulla "chiarezza" e la "precisione" del dato testuale dal giudizio relativo alla "prevedibilità" o "conoscibilità" della regola di diritto coniata dall'attività dei giudici. La verifica della precisione del dato testuale è anzi prodromica all'eventuale ricerca di un significato normativo consolidato che sia in grado di colmare uno o più elementi indeterminati della fattispecie. Si pensi alla celebre pronuncia relativa al concetto di "disastro" di cui all'art. 434 c.p., dove si riconosce il carattere polisemico e vago di tale espressione⁵⁹ ma si rileva l'esistenza di un orientamento interpretativo idoneo a far salva l'esigenza di conoscibilità della norma penale⁶⁰.

Quel che pare assai innovativo nell'ordinanza Taricco, invece, è il fatto che tanto il controllo sulla precisione quanto quello sulla prevedibilità vengano entrambi riferiti a una "norma", cioè l'interpretazione dell'art. 325 TFUE. Un'interpretazione alla quale si richiede sia di poter esser conosciuta in anticipo, sia di essere elaborata dal giudice UE in modo chiaro e preciso, per esempio evitando (come in questo caso) il ricorso ad elementi quantitativi incapaci di limitare significativamente la discrezionalità del giudice comune.

È allora legittimo chiedersi se, nel ritenere che il requisito della precisione si imponga anche alle norme, i giudici costituzionali non siano giunti implicitamente a equiparare alla "legge scritta" il contenuto normativo delle pronunce della Corte UE. Detto altrimenti: se si richiede a una fonte "giurisprudenziale" il rispetto dei requisiti imposti alla fonte legislativa, non si sta implicitamente affermando la loro sostanziale equivalenza?

Una conclusione di questo tipo, va detto per inciso, equivarrebbe a una presa d'atto dell'efficacia normativa ed *erga omnes* generalmente riconosciuta alle sentenze della Corte di giustizia, le quali si configurano a pieno titolo come fonti del diritto

⁵⁶ Cfr. F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola juris*, cit., p. 65.

⁵⁷ Ciò non significa che la Corte non possa altresì orientare l'interpretazione del giudice remittente in modo conforme a Costituzione, anche colmando il deficit di determinatezza della norma penale impugnata; cfr. sul punto A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, Milano, 1994, p. 197 ss.

⁵⁸ Corte cost. sent. 1 agosto 2008, n. 327, punto 6 del considerato in diritto. Cfr., per un ampio ricorso al parametro del "diritto vivente", anche Corte cost., sent. 11 giugno 2014, n. 172, soprattutto punti 4.1. e 4.2. del considerato in diritto.

⁵⁹ Il concetto di "disastro" è "di per sé, scarsamente definito: traducendosi in una espressione sommaria capace di assumere, nel linguaggio comune, una gamma di significati ampiamente diversificati"; cfr. Corte cost. sent. 1 agosto 2008, n. 327, punto 6 del considerato in diritto.

⁶⁰ La vaghezza del concetto di "disastro" non esclude tuttavia che un "indirizzo giurisprudenziale costante possa assurgere ad elemento di conferma della possibilità di identificare, sulla scorta d'un ordinario percorso ermeneutico, la più puntuale valenza di un'espressione normativa in sé ambigua, generica o polisensa"; cfr., ancora, Corte cost. sent. 1 agosto 2008, n. 327, punto 6 del considerato in diritto.

anche nella materia penale⁶¹. Sennonché ove si riconosca a una sentenza della Corte UE la possibilità di modificare *in peius* i presupposti della responsabilità penale occorrerà chiedersi se a tale esito non ostino altri principi costituzionali, e in particolare quello della riserva di legge al quale l'ordinanza in commento dedica solo un rapido accenno⁶².

4.2. Il ruolo della prescrizione e l'ambito applicativo del diritto dell'Unione.

Quanto detto in merito alla legalità costituzionale e alle garanzie offerte dal principio di determinatezza, permette alla Consulta di sviluppare un ulteriore e decisivo argomento: ad avviso dei giudici costituzionali l'art. 25 c. 2 Cost. garantirebbe infatti una tutela dei diritti fondamentali più estesa di quella offerta dal principio di legalità eurounitario di cui all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali. Da tale maggior grado di tutela discende, ai sensi dell'art. 53 della Carta, la necessità di interpretare il diritto dell'Unione in modo che ciò non contrasti con le più ampie garanzie riconosciute dal principio di legalità nel diritto italiano.

Occorre chiedersi allora sotto quale profilo l'art. 25 c. 2 Cost. offra al reo maggiori garanzie rispetto a quelle che gli sono accordate dal principio di legalità di diritto UE. Al riguardo, la Corte costituzionale si limita a osservare che “la Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità”⁶³.

È quindi l'applicabilità della legalità domestica anche al regime della prescrizione a far sì che questo principio offra “un livello di protezione più elevato di quello concesso agli imputati dall'art. 49 della Carta di Nizza e dall'art. 7 della CEDU”, dovendo per questo venire salvaguardato “ai sensi dell'art. 53 della Carta, letto anche alla luce della relativa spiegazione”⁶⁴.

Può forse stupire che la Consulta non abbia valorizzato il corollario della riserva di legge per invocare l'esistenza di un più esteso grado di tutela dei diritti nell'ordinamento interno. Sotto questo profilo sarebbe bastato sviluppare quanto già

⁶¹ In questo senso, cfr. M. GAMBARDILLA, *Il caso Taricco: obblighi di disapplicazione in malam partem e compatibilità con i principi costituzionali della riserva di legge e di irretroattività* in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., p. 385 ove si sottolinea come “le sentenze pregiudiziali della Corte di Lussemburgo hanno un valore generale, 'normativo' (il principio affermato vale *erga omnes*); nel senso che innovano nella materia dove vanno ad incidere (nel nostro caso, il diritto penale sostanziale). Le possiamo considerare allora vere e proprie fonti del diritto alla stregua di quelle interne. Il principio di diritto contenuto nella sentenza pregiudiziale si impone con effetti *erga omnes*: chiunque deve sottostare alla interpretazione della Corte di giustizia”.

⁶² Cfr. ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., par. 5: “è necessario interrogarsi, sia sul rispetto della *riserva di legge*, sia sul grado di determinatezza assunto dall'ordinamento penale in base all'art. 325 del TFUE, con riguardo al potere del giudice”.

⁶³ Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., punto 8.

⁶⁴ Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., punto 8.

affermato nella sentenza n. 230 del 2012⁶⁵ in relazione al principio di legalità di cui al citato art. 7 CEDU, ritenuto in quell'occasione "meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali) ad esso restando estraneo il principio – di centrale rilevanza, per converso, nell'assetto interno – della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25, secondo comma, Cost."

Se una simile rivendicazione di "superiorità assiologica"⁶⁶ non è stata ribadita anche al cospetto della legalità UE, ciò si deve verosimilmente alla volontà di non alzare i toni, posto che la scelta di enfatizzare il contenuto della riserva di legge "avrebbe portato ad uno scontro con la Corte di Giustizia"⁶⁷.

Sennonché l'affermazione di un più elevato grado di tutela ai sensi dell'art. 53 della Carta non è di per sé sufficiente a neutralizzare l'obbligo di disapplicazione affermato dalla Corte di giustizia in Taricco. In base a un'interpretazione ormai condivisa⁶⁸, infatti, la "clausola di maggior tutela" di cui all'articolo citato, sarebbe applicabile soltanto nella misura in cui le garanzie costituzionali domestiche non interferiscano con il campo di applicazione del diritto UE⁶⁹.

Inoltre a partire dal notissimo caso Melloni⁷⁰, si è affermata un'interpretazione ulteriormente "restrittiva" della clausola in esame. La Corte UE ha infatti precisato, in quell'occasione, che l'art. 53 consente di applicare gli standard costituzionali di tutela dei diritti fondamentali soltanto a condizione che ciò non comprometta "il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione"⁷¹.

Prendendo atto dell'interpretazione appena ricordata, l'ordinanza in commento chiarisce come le norme in materia di prescrizione si collochino nell'esclusivo ambito di applicazione del diritto nazionale e non costituiscano quindi una minaccia per il primato del diritto UE.

⁶⁵ Corte cost., sent. 12 ottobre 2012, n. 230, secondo cui la minore estensione della legalità CEDU rispetto alla legalità costituzionale "preclude una meccanica trasposizione nell'ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale". Su cui cfr. V. NAPOLEONI, [Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di \(supposto\) adeguamento ai dicta della corte di Strasburgo](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, p. 164 ss.

⁶⁶ L'espressione è di G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale: tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 34.

⁶⁷ I. PELLIZZONE, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: principio di determinatezza, separazione dei poteri e ruolo del giudice penale*, cit., p. 329.

⁶⁸ Per un'analisi dell'origine storica di tale disposizione, alla luce dei lavori preparatori della Carta, anche in rapporto a disposizioni di tenore analogo contenute in altri strumenti internazionali di tutela dei diritti fondamentali (su tutti, l'art. 53 CEDU) cfr. J.B. LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2001, 1172 ss. Sul punto cfr., da ultimo, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea e processo penale*, in S.M. Carbone (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht. Verso nuove regole*, Napoli, 2013, 405 ss., spec. 431 ss.

⁶⁹ In questo senso dovrebbe leggersi l'inciso di cui al citato art. 53 secondo il quale la Carta non lede i diritti dell'uomo "riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dalle costituzioni degli Stati membri".

⁷⁰ Corte giust., sent. 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni c. Ministero Fiscal*; tra i primi commenti alla sentenza cfr. A. TORRES PEREZ, *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue* in *Eur. Const. Law Rev.*, 2014, 10, p. 308 ss.

⁷¹ Corte giust., sent. 26 febbraio 2013, cit., punto 60.

Anzi, per i giudici costituzionali il caso Taricco “si distingue nettamente da quello deciso con la sentenza Melloni” poiché, mentre in quella vicenda le garanzie costituzionali domestiche finivano per derogare a un assetto normativo reso uniforme dall'intervento del diritto UE, nel caso Taricco la disciplina prescrizione si mantiene estranea al campo di applicazione del diritto eurounitario e non sembra perciò attentare all'unità e all'effettività di quest'ultimo.

Come già sottolineato in dottrina, il passaggio in questione non è esente da una certa contraddittorietà⁷². L'ordinanza infatti, non mette in discussione l'effetto diretto derivante dall'art. 325, né pare apertamente sconfessare quanto affermato in Taricco (e già prima nella celebre sentenza Fransson⁷³) in merito alla riconducibilità delle frodi all'IVA al campo di applicazione dell'art. 325 TFUE. Si arriverebbe quindi al paradosso di negare la diretta applicabilità a norme a cui la Corte di giustizia (e ora anche la Corte costituzionale) riconoscono l'effetto diretto.

Se queste critiche paiono in massima parte condivisibili, sembra però che il distinguo della Corte costituzionale si collochi su un altro piano. Le differenze con il caso Melloni, infatti, riguardano l'essenziale profilo concernente la diversa estensione riconosciuta, nei due casi, alle garanzie penalistiche.

In quella vicenda infatti la Corte di giustizia aveva preso atto di un “consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme” in merito alla portata da accordare al diritto di difesa nel contesto dell'esecuzione di un mandato di arresto emesso in contumacia. Come noto, infatti, veniva in rilievo l'applicabilità all'ordinamento spagnolo di una decisione quadro⁷⁴ che elencava tassativamente le ipotesi in cui l'assenza dell'imputato non poteva costituire motivo di rifiuto all'esecuzione del mandato⁷⁵.

In sostanza, si era venuto a creare un contrasto tra le garanzie costituzionali (che nel caso di specie avrebbero imposto una revisione del giudizio definito all'estero con sentenza contumaciale) e l'accordo raggiunto, in seno al Consiglio, in merito all'estensione da dare a un principio (il diritto all'equo processo) riconosciuto dalla Carta e dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri.

La Corte UE, interpretando le garanzie dalla Carta alla luce del diritto derivato⁷⁶, aveva risolto tale contrasto a sfavore dell'ordinamento spagnolo⁷⁷ al fine di

⁷² V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a Taricco*, cit., p. 10; C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, cit., par. 4.

⁷³ Corte giust., sent. 26 febbraio 2013, C-617/10, Åkerberg Fransson, in ECLI:EU:C:2013:105, punti 26.

⁷⁴ La decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo.

⁷⁵ Per una più dettagliata ricostruzione di tali profili nella vicenda Melloni, cfr. C. AMALFITANO, [Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali? Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia](#), in *questa Rivista*, 4 luglio 2013, p. 19.

⁷⁶ V. MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice*, in *New Jour. Eur. Crim. Law*, 2015, p. 470.

impedire la rottura dell'unità del diritto dell'Unione in una materia basata sulla fiducia reciproca: riconoscere il più elevato livello di tutela offerto dal diritto costituzionale domestico avrebbe infatti portato ad ammettere un nuovo motivo di rifiuto, diverso da quelli previsti dalla decisione quadro, ostacolando così il funzionamento del meccanismo di cooperazione.

Quella del mutuo riconoscimento è del resto una materia delicata e assai specifica, nella quale la Corte di giustizia pare da tempo orientata a garantire a ogni costo le esigenze di effettività della cooperazione giudiziaria, anche a scapito di una maggiore espansione dei diritti fondamentali. Il tutto in nome di un vero e proprio obbligo di fiducia reciproca tra Stati membri, che non autorizzerebbe deroghe al mutuo riconoscimento diverse da quelle tassativamente stabilite dal legislatore dell'Unione⁷⁸.

Ora nella vicenda Taricco non paiono sussistere né una simile esigenza di fiducia reciproca, né tanto meno un consenso tra gli Stati membri in merito alla portata da riconoscere alle garanzie penalistiche in gioco. Quel che più conta, tuttavia, è che non sembra esservi neppure quell'apprezzabile esigenza alla salvaguardia dell'unità del diritto UE che nel caso Melloni aveva indotto la Corte di giustizia a ritenere soccombente il più elevato livello di tutela garantito dall'ordinamento spagnolo.

A voler prendere sul serio i criteri elaborati in quella sentenza, infatti, sembrerebbe che un più elevato standard di garanzia nazionale non operi allorché il legislatore UE sia intervenuto, con una disciplina di dettaglio, a regolare una materia nella quale un certo grado di armonizzazione delle garanzie penalistiche sia strumentale al perseguimento degli obiettivi imposti dai Trattati: in quel caso si trattava del mutuo riconoscimento, il quale presuppone un livello minimo di ravvicinamento delle tutele sostanziali e processuali per poter realisticamente operare.

Tale regola non sembrerebbe invece potersi applicare ai casi in cui un'eventuale "geometria variabile" nelle garanzie riconosciute dai diversi Stati membri non entri di per sé in contrasto con quanto previsto da una norma UE. Così è per l'art. 325 TFUE il quale, nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia, si limita a richiedere dagli Stati la tutela effettiva degli interessi finanziari dell'Unione, ma non arriva a pretendere che nel realizzare siffatta tutela le garanzie siano armonizzate da uno Stato all'altro⁷⁹. Quale che sia l'esito del rinvio pregiudiziale, infatti, sembra chiaro come nella prima

⁷⁷ Corte giust., sent. 26 febbraio 2013, C-399/11, cit., punto 62 ove peraltro si ricorda come l'adozione della decisione quadro 2009/299 mirasse a rimediare alle difficoltà incontrate nel mutuo riconoscimento delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo. Difficoltà che avevano indotto gli Stati membri in seno al Consiglio a procedere a un'armonizzazione delle condizioni di esecuzione di un mandato d'arresto europeo in caso di condanna in assenza dell'imputato.

⁷⁸ Questo orientamento si rinviene in numerose pronunce della Corte di giustizia dedicate al settore del mutuo riconoscimento; cfr., per tutti, Corte giust., sent. 30 maggio 2013, C-168/13, *Forest*, par. 50: "il principio del riconoscimento reciproco su cui si fonda il sistema del mandato d'arresto europeo si basa esso stesso sul principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri circa il fatto che i rispettivi ordinamenti giuridici nazionali sono in grado di fornire una tutela equivalente ed effettiva dei diritti fondamentali, riconosciuti a livello dell'Unione, in particolare nella Carta".

⁷⁹ Sembrano andare nello stesso senso le considerazioni di L. DANIELE, *La sentenza Taricco torna davanti alla Corte di giustizia UE: come decideranno i giudici europei?*, cit., par. 7.

sentenza Taricco, l'ostacolo al rispetto del principio di efficacia-proporzionalità (di cui all'art. 325 par. 1 TFUE) sia stato rinvenuto nella sola disciplina degli atti interruttivi e non già nelle garanzie (più o meno ampie) accordate al reo in relazione al più generale istituto della prescrizione.

5. Legalità penale e Carta dei diritti UE: la dimensione europea del principio di determinatezza.

Il terzo e ultimo nucleo argomentativo riguarda, come anticipato, la compatibilità della norma ricavata dall'art. 325 TFUE con il principio di legalità enunciato dall'art. 49 della Carta. Sembra opportuno ribadire come, in questo passaggio della motivazione, si delinea un itinerario argomentativo diverso e alternativo rispetto a quelli prospettati nel resto dell'ordinanza. Seguendo il ragionamento qui proposto dalla Consulta, infatti, sarebbe lo stesso art. 49, e non già il principio di legalità domestico, ad imporre dei limiti all'obbligo di disapplicazione.

Come si ricorderà, nella sentenza Taricco i giudici europei avevano valutato la legittimità di tale obbligo soltanto alla stregua del principio di irretroattività, anch'esso sancito dal medesimo articolo della Carta. Si era incidentalmente notato come tale principio non fosse violato allorché la disapplicazione avesse l'effetto di allungare il termine prescrizione solo ai procedimenti già pendenti, lasciandosi intendere che tale modifica non avrebbe avuto effetto per i reati la cui la prescrizione fosse già maturata⁸⁰.

Nell'ordinanza in commento i giudici costituzionali invitano la Corte UE ad ampliare l'oggetto del proprio scrutinio e ad esaminare "l'altro profilo proprio del principio di legalità, ovvero la necessità che la norma relativa al regime di punibilità sia sufficientemente determinata"⁸¹. I giudici di Lussemburgo sono invitati a chiarire, in particolare, se sia compatibile con il succitato art. 49, un'interpretazione dell'art. 325 TFUE che finisca per mettere nelle mani del giudice comune la "creazione" di un nuovo regime prescrizione non previsto dalla legge⁸².

L'obiettivo a cui mira apertamente questo ultimo nucleo dell'argomentazione è quello di ottenere una riscrittura della "regola Taricco", portando la Corte UE a precisare meglio in quali circostanze il giudice nazionale deve procedere alla disapplicazione del regime interruttivo della prescrizione. Nel quesito rivolto alla Corte UE, si richiede infatti se l'art. 325 TFUE debba essere interpretato nel senso di

⁸⁰ Corte giust., sent. 8 settembre 2015, cit., punto 55: "con riserva di verifica da parte del giudice nazionale, la disapplicazione delle disposizioni nazionali di cui trattasi avrebbe soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale *pendente*", corsivo aggiunto. Sul punto cfr. F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 164 ss.

⁸¹ Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., punto 9.

⁸² Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., punto 9: "l'art. 325 del TFUE [...] omette di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo. In questo modo però si potrebbe permettere al potere giudiziario di disfarsi, in linea potenziale, di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato".

imporre al giudice penale di disapplicare la disciplina sulla prescrizione “anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata. I giudici costituzionali, quindi, ribadiscono con forza che l'art. 325 TFUE pur indicando “un obbligo di risultato chiaro e incondizionato, secondo quanto precisato dalla Corte di giustizia, omette di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo”.

Si chiede in questo modo alla Corte UE di rifiutare il paradigma del “giudice penale di scopo”⁸³, riconoscendo il nesso che lega il principio di determinatezza e la soggezione del giudice alla legge negli ordinamenti costituzionali di civil law, i quali “non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano l’idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire”⁸⁴.

Per accogliere i rilievi della Consulta, la Corte di giustizia dovrebbe però ampliare il raggio di tutela del principio di legalità dell'art. 49 della Carta. Se infatti tale articolo sancisce, senza alcun dubbio, un diritto alla prevedibilità dell'esito giudiziario in forza del richiamo (assicurato dall'art. 52 della Carta) all'art. 7 CEDU, sembra più discutibile che in esso trovi riconoscimento il diverso principio secondo cui le disposizioni legali debbono essere sufficientemente determinate al fine di delimitare la discrezionalità del giudice.

In questo senso non potrebbe utilmente richiamarsi il principio di certezza del diritto, dal quale una consolidata giurisprudenza europea fa discendere quale corollario⁸⁵ il principio di legalità penale⁸⁶. Come è stato di recente dimostrato in un studio monografico dedicato al tema⁸⁷, il principio di legalità nella giurisprudenza UE sembra infatti configurarsi ancora quale diritto soggettivo⁸⁸. Allo stato attuale, rimane

⁸³ Su questo profilo dell'ordinanza cfr. C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte*, cit., p. 13 ss. Più in generale per una riflessione critica in merito all'ineliminabile contraddizione tra funzione giurisdizionale e obblighi politico-criminali di scopo, cfr. L. EUSEBI, [Nemmeno la Corte di giustizia può erigere il giudice a legislatore](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, p. 45 ss.; D. NEGRI, *Il dito della irretrattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di giustizia UE, Taricco*, in C. Paonessa, L. Zilletti (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'UE: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, cit., p. 69 ss.

⁸⁴ Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., punto 9

⁸⁵ In merito ai principi generali del diritto dell'Unione e, segnatamente, al principio di legalità penale cfr. T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU law*, Oxford, 2006, p. 244 ss.; A. BERNARDI, “Principi di diritto” e diritto penale europeo, in *Ann. Univ. Ferrara – Scienze giuridiche*, vol. II, 1988, p. 145 ss.

⁸⁶ Come ricordato da L. DANIELE, *La sentenza Taricco torna davanti alla Corte di giustizia UE: come decideranno i giudici europei?*, cit., par. 6.

⁸⁷ C. PERISTERIDOU, *The Principle of Legality in European Criminal Law*, Antwerpen, 2015, p. 177 ss. e in particolare p. 300 ss. Ma vedi anche A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, cit., p. 51 ss. in merito al deludente sviluppo dato ai contenuti del principio di legalità convenzionale (art. 7 CEDU) dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

⁸⁸ Cfr., anche per la chiarezza della massima ivi espressa, Corte giust., sent. 3 maggio 2007, *Advocaten voor de wereld*, C-305/03, in *Racc.*, p. I-3633, punto 50: “Il principio della legalità dei reati e delle pene implica che le disposizioni comunitarie definiscano chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questa condizione è soddisfatta quando il soggetto di diritto può conoscere, in base al testo della disposizione rilevante e, se

invece estranea al diritto eurounitario la dimensione della legalità quale “principio ordinamentale”, riconducibile all'esigenza di separazione dei poteri evocata dall'ordinanza in commento⁸⁹.

Per giungere alle conclusioni auspiccate dalla Corte costituzionale, i giudici di Lussemburgo dovrebbero quindi cimentarsi in una difficile opera di comparazione e dare vita a una nozione autonoma di legalità, non mutuata dalla giurisprudenza di Strasburgo. Si tratterebbe quindi di valorizzare il richiamo alle tradizioni costituzionali comuni, di cui all'art. 6 TUE, per ridefinire il contenuto del principio di legalità penale sancito dalla Carta. Come noto, infatti, la succitata disposizione del Trattato consente alla Corte di giustizia di ricavare il contenuto dei principi di diritto UE a partire dalle Costituzioni nazionali, e ciò anche al fine di integrare i diritti e principi enunciati dalla Carta⁹⁰.

Invero, nell'interpretare la Carta, la Corte UE si è fino ad ora mostrata poco incline all'uso della comparazione⁹¹. Tuttavia non può escludersi che la Corte di giustizia decida di fare lievitare i contenuti del principio di determinatezza all'interno del principio di legalità europeo, e richiamandosi al criterio dell'“orientamento prevalente”⁹², prenda atto del largo consenso diffuso tra gli Stati membri in merito a questo corollario della legalità⁹³ attribuendogli una rilevanza sovranazionale.

Ove ciò accadesse, peraltro, molteplici sarebbero le conseguenze per i rapporti tra diritto penale interno e diritto UE. Basti pensare al fatto che una “costituzionalizzazione” su scala europea del principio di determinatezza consentirebbe alla Corte di Lussemburgo di censurare, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale o di un ricorso in annullamento, le disposizioni contenute in atti di diritto derivato qualora esse concorrano a determinare o aggravare le responsabilità penale dei singoli⁹⁴.

del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici, gli atti e le omissioni che chiamano in causa la sua responsabilità penale”. Nello stesso senso Corte giust. sent. 12 dicembre 1996, *Procura della Pretura circondariale di Torino c. X*, C-74/95 e C-129/95, punto 25.

⁸⁹ Sul punto, cfr. già C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., p. 88 ss.; nonché A. BERNARDI, “*Riserva di legge*” e fonti europee in materia penale, in *Ann. Univ. Ferrara – Scienze giuridiche*, vol. XX, 2006, p. 1 ss.

⁹⁰ Cfr., sul punto, A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, cit., p. 58 ss.

⁹¹ Cfr. G. DE BURCA, *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator*, in *Maastricht Journ.*, 2013, p. 176 ss.

⁹² Si tratta di uno dei possibili criteri per il recepimento, nell'ambito dei principi di diritto UE, dei diritti e principi riconosciuti dalle Costituzioni nazionali. Per una ricognizione completa delle tecniche argomentative utilizzabili dalla Corte UE ai fini di una siffatta opera di recepimento, cfr. A. BERNARDI, “*Principi di diritto*” e diritto penale europeo, cit., p. 177 ss.

⁹³ Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., punto 9 : “Il largo consenso diffuso tra gli Stati membri su tale principio cardine della divisione dei poteri induce a ritenere che l'art. 49 della Carta di Nizza abbia identica portata, ai sensi dell'art. 52, paragrafo 4, della medesima Carta”.

⁹⁴ Il problema del grado di determinatezza delle direttive di armonizzazione penale si è posto in Corte giust., sent. 3 giugno 2008, *Intertanko C-308/06*, punti 72 e 73. Sul punto cfr. C. PERISTERIDOU, *The Principle of Legality in European Criminal Law*, cit., p. 307 ss.; nonché, volendo, A. MARTUFI, *Qualità intrinseche delle*

Quanto alla Corte costituzionale, la richiesta di interpretare di nuovo l'art. 49 mira ad ottenere dalla Corte di giustizia un chiarimento in merito al grado di determinatezza che le disposizioni UE debbono possedere per potere essere invocate in un processo penale e condurre alla condanna dell'imputato. Agli occhi della Consulta è infatti necessario, perché si possano validamente dispiegare questi effetti, che il contenuto della norma europea sia – quanto meno – prevedibile e idoneo a vincolare la discrezionalità del giudice nazionale⁹⁵.

6. Conclusioni: le soluzioni proposte dalla Consulta e i nodi irrisolti.

Come si è cercato di mettere in evidenza in queste brevi note, l'ordinanza in commento delinea diversi itinerari interpretativi che la Corte UE potrebbe seguire nella risposta al rinvio pregiudiziale. A ben vedere gli argomenti portati a supporto delle tre questioni sollevate dalla Consulta si presentano assai variegati e non sovrapponibili. Ciò sembra coerente con il fatto che le questioni interpretative siano tra loro mutualmente esclusive: ove la Corte UE accolga una qualsiasi tra le soluzioni proposte, la Corte costituzionale non avrebbe motivo per dichiarare fondate le eccezioni di incostituzionalità.

Come si è visto un primo argomento (corrispondente all'ultima e più ampia delle questioni pregiudiziali) richiama la Corte UE al rispetto dei principi generali dell'ordinamento costituzionale e preconizza l'attivazione dei controlimiti ove si accerti una loro violazione. Tuttavia la stessa ordinanza si affretta a bollare come “sommamente improbabile” il rischio di una declaratoria di incostituzionalità. Inoltre, come si è visto, la clausola dell'art. 4 par. 2 non sembra essere stata interpretata dalla Corte costituzionale per suggerire una apodittica prevalenza dei controlimiti sul diritto UE e, in ogni caso, non sembra che la Corte di giustizia possa realisticamente spingersi a riconsiderare i rapporti tra ordinamento interno e diritto eurounitario, “accettando o viceversa escludendo che gli Stati membri possano disapplicare il diritto dell'Unione in caso di contrasto con i principi fondamentali del proprio ordinamento costituzionale”⁹⁶.

norme penali europee e controllo di legalità, in G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse e alla luce del trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 445 ss.

⁹⁵ Parte della dottrina trae da questa presa di posizione della Corte la conclusione secondo cui l'ordinanza in commento avrebbe escluso la “contrarietà della disapplicazione *in malam partem* di norme interne contrastanti con norme dell'Unione direttamente applicabili al nucleo duro dei principi costituzionali elevabili a controlimiti”, a condizione però che “tale disapplicazione sia imposta da una norma *ab origine* chiara e precisa al riguardo, ovvero operi solo successivamente alla esplicitazione del suddetto contrasto da parte della Corte di giustizia e si fondi su criteri giurisprudenziali tassativi”; cfr. A. BERNARDI, *L'ordinanza Taricco della Corte costituzionale alla prova della pareidolia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, in corso di pubblicazione, par. 5.

⁹⁶ L. DANIELE, *La sentenza Taricco torna davanti alla Corte di giustizia UE: come decideranno i giudici europei?*, cit., par. 7.

Un secondo argomento, più specifico, fa invece perno sull'art. 53 della Carta, e sul maggior contenuto garantistico che il diritto italiano riconosce alla legalità costituzionale rispetto al corrispondente principio di diritto UE. Si è visto, come l'ordinanza cerchi di dimostrare l'applicabilità al caso Taricco della suddetta norma, la quale fa salvo il più elevato livello di tutela assicurato dal diritto costituzionale rispetto a quanto previsto dalla Carta. La Corte di giustizia potrebbe ritenere persuasive le osservazioni della Consulta ed ammettere che l'istituto della prescrizione, essendo garantito dal principio di legalità nazionale, sia sottratto alla disapplicazione. Per giungere a queste conclusioni la Corte UE dovrebbe però ritenere che tale istituto si collochi al di fuori del campo di applicazione dell'art. 325 TFUE, modificando l'orientamento espresso sul punto dalla sentenza Fransson e dalla prima pronuncia Taricco.

Un terzo, e ultimo, argomento mira invece a fare dichiarare l'art. 325 TFUE contrario all'art. 49 della Carta nella parte in cui impone un obbligo di disapplicazione senza vincolare l'attività del giudice mediante disposizioni legali sufficientemente determinate. In questo impegnativo passaggio della motivazione i giudici costituzionali sembrano suggerire la soluzione che più di ogni altra permetterebbe alla Corte UE di raggiungere un onorevole compromesso: nel togliere di mezzo ogni riferimento all'identità costituzionale e all'art. 53, infatti, i giudici costituzionali spalancano le porte a un esito del caso Taricco tutto interno al diritto dell'Unione⁹⁷. Limitandosi a interpretare un principio di diritto UE i giudici di Lussemburgo eviterebbero di pronunciarsi in merito alla spinosa questione dei rapporti tra norme costituzionali e diritto eurolunitario. Un esito conforme a quanto auspicato richiederebbe comunque una lievitazione sul piano europeo di profili garantistici che, come si è visto, risultano fino ad ora sconosciuti alla dimensione sovranazionale del *nullum crimen*.

In sintesi: l'argomentazione della Corte costituzionale, qui sommariamente ripercorsa, lascia spazio a diverse possibili soluzioni nell'ambito della risposta al rinvio pregiudiziale. Impossibile però non leggere, tra le pieghe della motivazione, un messaggio rivolto anche ai giudici comuni. Si tratta anzitutto del richiamo al ruolo della Corte costituzionale quale unico interprete dei controlimiti⁹⁸, “un significativo momento di cesura nel processo di irradiazione in sede diffusa – ormai pienamente

⁹⁷ Significativo in questo senso il fatto che la Corte costituzionale sembri disposta a tollerare anche che la Corte di Lussemburgo mantenga qualificazione della prescrizione come istituto di natura processuale, evidenziando che “anche se si dovesse ritenere che la prescrizione ha natura processuale, o che comunque può essere regolata anche da una normativa posteriore alla commissione del reato, ugualmente resterebbe il principio che l'attività del giudice chiamato ad applicarla deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate”, cfr. Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., punto 9.

⁹⁸ Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, cit., punto 6, ove si ricorda come “La Costituzione della Repubblica italiana, a tale proposito, la rimette in via esclusiva a questa Corte, e bene hanno perciò fatto i rimettenti a investirla del problema, sollevando una questione di legittimità costituzionale”.

dispiegato – del controllo accentrato di costituzionalità⁹⁹ che dovrà essere letto come un obbligo di investire l'organo di giustizia costituzionale di ogni eventuale profilo di tensione tra primazia del diritto UE e principi supremi dell'ordinamento costituzionale.

Invero la decisione della Corte non offre indicazioni decisive in merito a uno dei problemi più delicati con cui l'ordinanza era chiamata a confrontarsi, vale a dire la possibilità che le norme UE con effetto diretto possano essere invocate a sfavore del reo. In particolare la Corte ha omesso di chiarire, se ed entro quali limiti, un'incidenza in malam partem del diritto UE contrasti con il principio della riserva di legge, scegliendo di non affrontare le questioni sollevate sul punto dai rimettenti¹⁰⁰.

Significativi limiti a un'incidenza del diritto UE con effetti sfavorevoli per il reo paiono invece discendere dal richiamo al principio di determinatezza, oggi elevato al rango di principio costituzionale supremo. Dall'obbligo di rispettare i principi di prevedibilità e precisione sembrano infatti derivare dei vincoli assai stringenti agli effetti che le norme UE dispiegano all'interno del sistema penale: in particolare, a seguito della presa di posizione della Consulta, sembra gravare in capo al giudice l'obbligo di individuare, prima di disapplicare la norma interna, una norma sufficiente determinata in grado di sostituirla¹⁰¹.

Solo l'esperienza applicativa potrà dire se i vincoli così imposti sapranno ricondurre l'attività del giudice penale all'interno dei limiti che la Costituzione assegna alla funzione giurisdizionale. Alla Corte costituzionale va il merito di avere posto l'accento su di essi, sottolineando il legame che intercorre tra il principio di legalità e la separazione dei poteri. Spetta ora alla Corte di giustizia stabilire quale rilievo assumano queste garanzie nel diritto dell'Unione europea. La speranza è che si scelga la strada di una progressiva espansione dei diritti e della libertà individuali: l'unica davvero capace di restituire slancio al progetto europeo.

⁹⁹ V. MANES, [La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a Taricco](#), cit., p. 3. In questo senso, cfr. altresì e per tutti F. PALAZZO, *Armonizzazione europea e costituzionalismo penale tra diritto e politica*, in A. BERNARDI (cit.), *I controlimiti*, cit., p. 273 ss.

¹⁰⁰ Su questo punto si era soffermata l'ordinanza di rimessione Cass., sez. III pen., ord. 30 marzo 2016, n. 28346. In argomento, oggi, con accenti critici cfr. G. RICCARDI, *Patti chiari e amicizia lunga. La Corte costituzionale tenta il dialogo nel caso Taricco*, cit., p. 14.

¹⁰¹ Per una panoramica delle molte problematiche forme in cui si articola l'interpretazione dei giudici penali "alle prese" con le norme europee, cfr. F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell'attuale momento storico*, in *Ars interpretandi*, 2016, p. 76 ss. e in particolare p. 78.