

“TRA ANTIGONE E CREONTE IO STO CON PORZIA”(*)

Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)

di Carlo Sotis

Abstract. Vengono qui analizzati tre specifici profili dell’ordinanza 24 del 2017 della Corte costituzionale: (1) il pluralismo come fattore costruttivo e distintivo dell’integrazione europea; (2) la “rottura delle molecole” tra prevalenza, effetto diretto e immediata applicabilità delle norme dell’Unione europea (e la connessa questione della ragionevole prevedibilità della disciplina della prescrizione); (3) il “ripudio” del giudice penale come giudice di scopo, premessa della riflessione che la Corte costituzionale fa sul canone della determinatezza.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I margini costituzionali sui diritti fondamentali come motore dell’unificazione europea e la portata generale della sentenza *Omega* della Corte di giustizia. – 3. La “rottura delle molecole” tra prevalenza, effetto diretto e immediata applicabilità. – 3.1. Quale è la ragionevole prevedibilità della prescrizione? – 4. Il «ripudio» del giudice penale di scopo.

1. Premessa.

Tullio Ascarelli in un suo gioiello sui modi di intendere e di fare giustizia suggerisce «prima che ai dotti a ricorrere ai saggi, e ancor prima che agli studiosi ai poeti»¹. Ci racconta quindi di Antigone e di Creonte e dell’eterno conflitto tra le ragioni della *polis* e quelle della coscienza. Entrambe poggiano su solidi argomenti, ma ponendosi su piani diversi, non riescono a confrontarsi. Mano a mano che la tragedia si compie allo spettatore si contorcono le budella perché avverte ciò che non riescono a capire i due protagonisti. Comprende che «Creonte non è il tiranno, come sembra ad

* Il presente contributo è in corso di pubblicazione in A. Bernardi - C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale*. Atti del convegno tenutosi all’Università degli Studi di Ferrara il 24 febbraio 2017, Jovene, Napoli, 2017. Si ringraziano i curatori per avere concesso la pubblicazione in questa *Rivista*. Trattandosi di contributo già accettato per la pubblicazione in un volume collettaneo, il lavoro non è stato sottoposto alla procedura di *peer review* prevista dalla nostra *Rivista*.

¹ T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, Torino, 1960, 107. Lo scritto, che trova anche altre collocazioni, costituisce il testo della conferenza tenuta all’istituto culturale italo-cileno di Santiago nel 1955 ed è stato per la prima volta pubblicato su la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1955, p. 756 s.

Antigone; Antigone non è anarchica come sembra a Creonte»². Sappiamo bene la tragedia come va a finire. Antigone viene rinchiusa viva. Creonte alla fine, dopo che l'indovino Tiresia gli ha vaticinato della vendetta divina, cede. Ma è troppo tardi. Antigone è già morta; Emone, il figlio di Creonte innamorato di Antigone, si è già ucciso.

Con chi stiamo? Con Antigone o con Creonte? *L'Antigone* è il racconto «perfetto»³ sulla giustizia anche perché, da migliaia di anni prima insinua questa domanda, ma poi ci fa capire che non è questa la domanda. Ciò che occorre chiedersi è perché sia Antigone, sia Creonte restano arroccati sulle proprie posizioni. Entrambi hanno buoni argomenti, ma l'eroismo, il coraggio e la difesa ad oltranza delle rispettive coerenze è la causa della tragedia. La domanda che ci pone *l'Antigone* allora è come riuscire a risolvere quel conflitto. Come trovare una “mossa del cavallo”⁴ con cui evitare uno scontro frontale in cui ne escano sacrificate o tutte le ragioni di Antigone o tutte quelle di Creonte.

Ed è qui che lo scritto di Ascarelli si fa capolavoro, facendo entrare in scena un altro grande racconto sulla giustizia: *Il mercante di Venezia* e la figura di Porzia. Come forse si ricorda, il mercante di Venezia (Shylock) aveva prestato una somma di denaro ad Antonio. Se tuttavia il debito non fosse stato restituito gli avrebbe tagliato una libbra di carne dal corpo. Antonio non rimborsa la somma e Shylock va a processo. Porzia entra in scena nel momento di massima tensione, con Antonio senza scampo, condannato a farsi tagliare la libbra di carne da Shylock. Porzia, travestita da avvocato patavino «afferma la validità del patto, ma poi osserva che questo non permette di fare versare nemmeno una goccia di sangue»⁵. Porzia, definita da Ascarelli, (in contrapposizione ad Antigone) «abile più che eroica, saggia ed esperta, anziché fanaticamente coraggiosa»⁶ trova la via di uscita. E la trova in un classico cavillo da legulei.

Io credo che Sofocle, Shakespeare e Ascarelli avrebbero apprezzato l'ordinanza 24 del 2017 della Corte costituzionale. Una soluzione inclusiva e dialogica⁷ che indica una possibile via di uscita per salvare la capra (la prevalenza del diritto Ue e le

² T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, cit., p. 109.

³ Così la definisce T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, cit., p. 107. *L'Antigone* di Sofocle costituisce il grande racconto sulla giustizia. Troppo vasta, ricca e di qualità la letteratura per proporre qui una sintesi anche solo di quella personalmente effettuata sulla tragedia. Sull'*Antigone* il rinvio assolutamente essenziale quindi è alla lettura della tragedia.

⁴ Per riprendere la splendida metafora con cui Vittorio Foa spiega la distinzione tra metodi (e quindi soluzioni) inclusive e esclusive «La Torre, che procede in linea retta, come confronto e scontro su un terreno imposto a cui non si può sfuggire, e il Cavallo, che salta lateralmente, come ricerca di terreni e livelli diversi. La mossa del cavallo è molto più facile sulla scacchiera che nell'azione pratica. Ma si può tentare» V. FOA, *Il cavallo e la torre*, Torino 1991, p. 3. Sono legato sin dai tempi dell'università a questo libro, mi permetto così di ricordare che ho mutuato quella metafora per etichettare gli strumenti dialogici elaborati dal pluralismo giuridico in C. SOTIS, *La “mossa del cavallo”. La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo* in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 2012, pp. 464 s., (riflessione poi ripresa e sviluppata in ID., *Le “regole dell'incoerenza”. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012).

⁵ Così T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, cit., p. 111.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Sottolineare il carattere dialogico di questa sentenza non vuol dire credere alla mitologia del dialogo tra corti. Su cui v. le condivisibili riflessioni di G. RICCARDI, [“Patti chiari, amicizia lunga”. La Corte costituzionale tenta il ‘dialogo’ nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controllimiti](#), in questa *Rivista*, 27 marzo 2017 p. 1 s.

competenze della Corte di giustizia) e i cavoli (i principi fondamentali). Come Porzia inoltre, la Consulta trova in un cavillo il suo *deus ex machina* che le permette di rinviare pregiudizialmente alla Corte di giustizia. Una formula di stile⁸ con cui la Corte di giustizia nella Sentenza Taricco, avendo a mente un altro problema, cioè quello dei fatti su cui fosse già maturata la prescrizione, scrive che il giudice nel disapplicare la disciplina italiana sull'interruzione della prescrizione «dovrà assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati»⁹. E la Corte costituzionale fa leva su questo cavillo per tessere la sua trama. La trama di un racconto che merita l'applauso.

Ora, come succede con ogni buon racconto, la 24 del 2017 fa venire una gran voglia di sapere come prosegue la storia¹⁰ (a partire dal prossimo atto, cioè dirà la Corte di giustizia). Come accade però solo con gli ottimi racconti, si apprezza di per sé, anche lasciando in sospeso ciò che succederà.

Io vorrei occuparmi di questo piano di lettura, soffermandomi in particolare su tre specifici profili di questa decisione «abile, saggia e esperta» come Porzia

Il primo è l'idea che il pluralismo sia *fattore costruttivo* e distintivo dell'integrazione europea. In particolare segnalando l'importanza del richiamo alla sentenza *Omega* della Corte di giustizia¹¹.

Il secondo è la *rottura delle molecole* che fa questa ordinanza tra *primauté*, effetto diretto e immediata applicabilità delle norme dell'Unione europea. E da qui riflettere sulla connessa questione della garanzia di ragionevole prevedibilità della disciplina della prescrizione.

Il terzo è il *ripudio del giudice penale come giudice di scopo*, premessa della riflessione che la Corte costituzionale fa sul canone della determinatezza.

⁸ Lezione nella lezione: cavilli e clausole di stile emesse per garbo e formale rispetto di competenze non solo mai solo tali.

⁹ Così il passaggio in cui viene sviluppato il cavillo su cui poggia il rinvio pregiudiziale nel par. 7 della 24 del 2017 C. Cost: «Infatti, il paragrafo 53 della sentenza afferma che, «se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati». Il paragrafo 55 seguente aggiunge che la disapplicazione va disposta «con riserva di verifica da parte del giudice nazionale» in ordine al rispetto dei diritti degli imputati. Il convincimento di questa Corte, del quale si chiede conferma alla Corte di giustizia, è che con tali asserzioni si sia inteso affermare che la regola tratta dall'art. 325 del TFUE è applicabile solo se è compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro, e che spetta alle competenti autorità di quello Stato farsi carico di una siffatta valutazione.».

¹⁰ Il caso Taricco è così conosciuto che mi permetto di dare per noti i capitoli precedenti. Per una ricostruzione agile, ma puntuale, degli snodi della vicenda al momento culminati nella ordinanza qui in esame v. C. CUPELLI, [La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia](#), in *questa Rivista*, 30 gennaio 2017.

¹¹ Corte di giustizia dell'Unione europea sentenza 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs GmbH* contro *Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*.

2. I margini costituzionali sui diritti fondamentali come motore dell'unificazione europea e la portata generale della sentenza *Omega* della Corte di giustizia.

L'ordinanza n. 24 del 2017 nella sua brevità contiene alcune passaggi di portata storica. «I rapporti tra Unione e Stati membri sono definiti in forza del principio di leale cooperazione, che implica reciproco rispetto e assistenza. Ciò comporta che le parti siano unite nella diversità. Non vi sarebbe rispetto se le ragioni dell'unità pretendessero di cancellare il nucleo stesso dei valori su cui si regge lo Stato membro. E non vi sarebbe neppure se la difesa della diversità eccedesse quel nucleo giungendo ad ostacolare la costruzione del futuro di pace, fondato su valori comuni»¹². Afferma poi: «La Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, (...). Appare a ciò conseguente che l'Unione rispetti questo livello di protezione dei diritti della persona, sia in ossequio all'art. 53 della Carta di Nizza, (...), sia perché, altrimenti, il processo di integrazione europea avrebbe l'effetto di degradare le conquiste nazionali in tema di libertà fondamentali e *si allontanerebbe dal suo percorso di unificazione nel segno del rispetto dei diritti umani* (art. 2 del TUE).

Al contrario la Corte di giustizia ha riconosciuto che le modalità con le quali ciascuno Stato membro tutela i diritti fondamentali della persona, *anche* quando questo comporta una restrizione alle libertà attribuite dai Trattati, non devono necessariamente essere le stesse. Ogni Stato membro protegge tali diritti in conformità al proprio ordinamento costituzionale (sentenza 14 ottobre 2004, in causa C-36/02, *Omega*)»¹³.

È pienamente apprezzabile e condivisibile lo spirito che anima la Corte costituzionale. La rivendicazione della propria visione costituzionale di tutela dei diritti fondamentali *non si contrappone* al percorso di unificazione europea¹⁴. Al contrario

¹² Corte cost. 24 del 2017 par. 6.

¹³ Corte cost. 24 del 2017 par. 8, (corsivo aggiunto).

¹⁴ Mi trovo quindi in accordo con A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. 24 del 2017)* in *Consulta online*, fascicolo 1 n. 2017, p. 81 s. (link all'estratto anche in apice a 24 del 2017 su giurcost.it) quando ritiene «sommamente opportuno» (ivi. p. 82) il ricorso al rinvio pregiudiziale da parte della Consulta. *Non sottoscrivo* invece i rilievi dell'illustre autore secondo cui questa ordinanza non sarebbe espressiva di leale cooperazione, ma costituirebbe invece « un vero e proprio ultimatum» (ivi. p. 81). Credo sia fuorviante dire che l'ordinanza 24 del 2017 costituisca un *ultimatum*. Dialogicità ed inclusività sono il contrario di un *ultimatum*. Inoltre più che l'uso dell'ingeneroso sostantivo, è la diade che esso suggerisce nello scritto dell'illustre autore a non convincermi. Cioè l'idea che esposizione di una peculiare visione costituzionale e leale cooperazione si escludano a vicenda. La leale cooperazione può e deve avvenire anche mediante il conflitto e l'esposizione – dialogica (questo sì) – delle proprie ragioni. In questa prospettiva sottoscrivo in pieno quindi lo scritto da *Francesco Palazzo*, che nel suo commento all'ordinanza intende a mio avviso, sin dal titolo, veicolare questa impostazione cfr. F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla Taricco: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto* in *Dir. pen. e proc.*, 2017, p. 285 s.; in particolare v. la conclusione del lavoro del Maestro fiorentino: «I giudici della Consulta hanno dato prova di fermezza e lungimiranza, senza rifiutare – anzi alimentando – il dialogo (...) L'auspicio è che le tensioni create dalla sentenza *Taricco* e dal suo seguito possano alla fine risolversi in un momento di riassetto e di ulteriore maturazione dell'edificio europeo (ivi p. 289).

costituisce l'essenza stessa dell'unificazione europea. Da qui i richiami alle norme del diritto dell'Unione europea che affermano questo: richiamare l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la sentenza *Omega* (cioè una sentenza della Corte di giustizia). La premessa del discorso è che la chiave del successo e dell'evoluzione dell'integrazione europea è «l'unità nella diversità». Il “pluralismo ordinato”, per evocare la felicissima formula di Mireille Delmas Marty¹⁵. La Corte costituzionale è pienamente consapevole del suo ruolo europeista ed è animata da questo spirito dialogico¹⁶. Sa bene che dalla sentenza n. 183 del 1973, la dottrina dei controlimiti è stata una “mossa del cavallo” che ha “fatto bene all'Europa”. Con la 183 del 1973 ed i controlimiti¹⁷ non si è tracciato un confine, ma si è indicato un percorso che sappiamo bene quanta strada ha fatto. Si è potuto inserire il tassello mancante del c.d. processo di costituzionalizzazione dei trattati e garantire in questo modo l'avanzamento dell'Europa. La Corte costituzionale insomma con questa ordinanza intende scrivere una pagina importante a favore dell'integrazione europea, *non* contro di essa.

In particolare, come visto, questo avviene anche citando la sentenza *Omega* della Corte di giustizia. Ora, per comprendere il valore di questo richiamo occorre ricordare che in questo notissimo caso¹⁸ era in gioco la legittimità del suo divieto all'importazione

¹⁵ “Ordonner le multiple” e “pluralisme ordonné” tracciano l'orizzonte etico e metodologico, che accompagna tutta la vita, e molte delle opere della grande studiosa. Già a partire dalla prima monografia in tema (M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, 1986). In particolare è il secondo volume della trilogia dedicata alla “Forces immaginate du droit” che è proprio così intitolato, M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Parigi, 2006. La riflessione contenuta in questo libro ha condotto a un'opera collettanea in cui viene offerta una teoria del pluralismo ordinato cfr. M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER (a cura di) *Les chemins de l'harmonisation pénale*. Parigi, 2008 (tradotto in inglese proprio evocando nel titolo il pluralismo ordinato: *Ordering pluralism: a conceptual framework for understanding the transnational legal world*, Oxford, Portland, 2009 e in spagnolo *Los caminos de la armonización penal*. Valencia 2009)..

¹⁶ Cfr. G. RICCARDI, “Patti chiari, amicizia lunga”. La Corte costituzionale tenta il ‘dialogo’ nel caso *Taricco*, cit., p. 4, in cui ricorda il differente atteggiamento del *Bundesverfassungsgericht*. Sul differente atteggiamento del tribunale costituzionale tedesco v. il bel lavoro di C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il contro limite della riserva di legge in materia penale*, in *Giur.cost.*, 2016, 433. Sempre sul differente spirito cooperativo della Corte costituzionale rispetto al *Bundesverfassungsgericht* v. O. POLLICINO, M. BASSINI, [When Cooperation Means Request for Clarification, or Better for “Revisitation”](#), in questa Rivista, 30 gennaio 2017. Secondo questi autori è già il piano linguistico a segnalare il differente atteggiamento. Questa riflessione me ne induce una assimilabile. Anche sul piano sintattico la 24 del 2017 della Corte costituzionale conferma il suo spirito dialogico. Breve, asciutta, priva di orpelli retorici, fatta di periodi brevi (a me ricorda la dichiarazione Shumann del 19 maggio 1950) è un'ordinanza da cui emerge un garbo e una premura ad essere in grado di comunicare con i suoi primi destinatari: cioè i giudici della Corte di giustizia.

¹⁷ Su cui v. ora A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, a partire dal grandioso affresco tracciato da A. BERNARDI, *Presentazione. I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, ivi. p. VII s., in particolare, su questa funzione c.d. “dinamica” dei controlimiti, e anche con i richiami ai vari contributi del libro, p. LII s.

¹⁸ Corte di giustizia, 14 ottobre 2004 C-36/02, *Omega* su cui v. per tutti l'analisi, nel quadro della più generale questione del conflitto tra diritti e libertà fondamentali, di M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea* in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, p. 42 s.

di un gioco di guerra, ritenuto offensivo della dignità umana, così come intesa e garantita dall'art. 1 della legge fondamentale tedesca¹⁹.

La Corte di giustizia in questo caso ha riconosciuto l'obiettivo e diretta contrarietà alle libertà fondamentale di circolazione delle merci e dei servizi, nonché il fatto che la lesione della dignità umana registrasse una bassa intensità. Tuttavia ha pure affermato che la tutela della dignità umana, anche se offesa solo ad uno stadio minimo, può giustificare una concreta e diretta compressione di una libertà fondamentale del diritto comunitario *solo* in quel paese – la Germania – in cui la dignità umana viene così ricostruita²⁰.

Prima di questa decisione la *strategia* della Corte di giustizia sui diritti fondamentali si era assestata su una logica binaria: a) “fare suo” un determinato principio costituzionale nazionale, affermando quindi che fosse divenuto anche principio di diritto europeo²¹; b) negare ad un principio costituzionale rango di diritto europeo. *Tertium non datur*.

Quindi, in caso di contrasto tra una norma comunitaria e una norma nazionale posta in adempimento di un principio costituzionale che la Corte di giustizia non può, o non vuole, “fare suo”, a soccombere, nella prospettiva del giudice di Lussemburgo, doveva per forza di cose essere quella norma nazionale.

Con la sentenza *Omega* affiora, invece, una nuova tecnica di aggiramento dell'incoerenza. Definibile come la “seconda strategia”. La Corte di giustizia afferma che, pur non riconoscendo ad un determinato principio di diritto costituzionale nazionale lo *status* di principio europeo, se ritiene, tuttavia, che quel determinato principio sia fondamentale nella prospettiva domestica, sarà il diritto eurounitario, anche se lesa in una sua libertà fondamentale, a cedere il passo.

Il corollario è ovvio: si produce in questo modo nella prospettiva del diritto UE un'incoerenza accettata dal diritto dell'Unione europea. Il riconoscimento di questo “margine costituzionale di bilanciamento” comporta, infatti, che una norma attuativa di una libertà fondamentale del diritto comunitario è recessiva in uno Stato (la Germania, nel caso in questione), ma non negli altri Stati membri.

Incoerenza vitalissima tuttavia perché riesce ad “ordinare il molteplice”: rendere pensabili le contraddizioni senza farle esplodere, indicare un cammino per risolverle.

Tuttavia – e arriviamo così al *novum* espresso dall'ordinanza 24 del 2017 – con la sentenza *Omega* si valuta la giustificazione di una restrizione all'esercizio di una libertà

¹⁹ Si trattava di un gioco condotto con pistole laser in cui si simula la guerra sparando su sensori posti sul petto degli altri partecipanti. Il gioco era stato concesso in *franchising* da una società inglese a una società tedesca che operava in Germania. Questi “svaghi” sono tuttavia vietati in Germania con provvedimento del 14 settembre 1994 poiché si ritiene che i giochi di omicidio siano una violazione della dignità umana stabilita dall'art. 1, n. 1 prima frase della Costituzione tedesca.

²⁰ Su cui v., in una recente importante indagine di diritto comparato, F. FURKEL, *Le principe de dignité en Allemagne et son effet irradiant en matière de biomedicine* in B. FEUILLET-LIGER, K. ORFALI (dir.), *La dignité de la personne: quelles réalités? Panorama international*, Bruxelles, 2017, p. 19 s.

²¹ Come per i principi penalistici è avvenuto, ad esempio, in tema di irretroattività della norma penale (Corte di giustizia 10 luglio 1984, causa 63/83, *Regina/Kirk*) e di divieto di analogia (Corte di giustizia, 7 gennaio 2004, C-58/02, *Commissione c/ Spagna*).

fondamentale e non era quindi pacifico se essa potesse avere questa portata generale. Attendiamo ovviamente la Corte di giustizia, però sin da ora possiamo dire che per la Corte costituzionale quella sentenza ha indubbiamente portata generale e può aiutare quindi a risolvere casi in cui si registra un conflitto tra essenziali vincoli costituzionali e vincoli europei.

Pensiamo ad una ipotesi in cui sembrerebbe porsi un frontale contrasto tra interpretazione conforme a Costituzione e interpretazione conforme al diritto comunitario²²: il caso del reato italiano di *pedopornografia virtuale*, previsto e punito dall'art. 600 *quater* 1 c.p., che è in bilico tra la definizione stabilita dalla decisione quadro 2004/64/GAI sulla lotta alla pornografia infantile e il principio costituzionale di offensività. La decisione quadro chiedeva di punire anche la detenzione del materiale pedopornografico originariamente virtuale («immagini realistiche di un bambino inesistente»²³). Il principio di offensività impone invece di limitare l'applicazione della norma alle immagini ottenute a partire dalla elaborazione grafica di immagini contenenti minori esistenti.

Questo caso trovava la sua soluzione, a mio avviso, proprio nel concetto di “margine nazionale di bilanciamento”, sancito con la citata sentenza *Omega*. Il principio costituzionale nazionale di offensività, infatti, pur non essendo anche un principio del diritto Ue è tuttavia un principio costituzionale (italiano nel caso di specie) irrinunciabile e il giudice nazionale, magari a seguito di rinvio pregiudiziale, avrebbe dovuto mettere da parte l'obbligo di interpretazione conforme al diritto Ue, interpretando la norma in senso conforme al principio costituzionale di offensività²⁴.

Il richiamo alla sentenza *Omega* effettuato dalla 24 del 2017 in un caso che non ha a che fare con le libertà fondamentali del Trattato permette quindi di affermare che per la Corte costituzionale italiana la sentenza *Omega* ha portata generale.

3. La “rottura delle molecole” tra prevalenza, effetto diretto e immediata applicabilità.

Il secondo punto deriva da quella che definirei una nuova “mossa del cavallo”. chiarisce infatti la Corte che «Il *primato* del diritto dell'Unione non è posto in discussione nel caso oggi a giudizio, perché, come si è già osservato, non è in questione la regola enunciata dalla sentenza in causa Taricco, e desunta dall'art. 325 del TFUE, *ma solo l'esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice.*»²⁵. La Corte costituzionale in altri termini “rompe le molecole” tra principio di prevalenza, effetto diretto e immediata applicabilità.

²² Per questa ipotesi rinvio al mio C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, p. 304 s.

²³ Così l'art. 1 decisione quadro 2004/64/GAI

²⁴ Parliamo al passato, perché la vigente legislazione eurolunitaria in materia ha, infatti, rinunciato alla richiesta di pena per queste ipotesi, facendo così venire meno questo contrasto cfr. Direttiva 2011/92/UE del 13 dicembre 2011 “relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio”.

²⁵ Corte cost. 24 del 2017 par. 8.

Questa “rottura delle molecole” offre spunti di riflessione di portata più generale, a cui, da penalista, mi permetto giusto di accennare cursoriamente. Sono convinto infatti che ci siano importanti differenze tra negare la prevalenza di una norma dell’Unione europea e negare l’immediata applicabilità di quella stessa norma di cui si riconosce però la prevalenza. A cambiare sono i bilanciamenti e il modo di disporsi sui due piatti della bilancia del fascio di interessi coinvolti.

Negare la prevalenza di una norma del Trattato dell’Unione vuol dire affermare che le ragioni che fondano i controllimiti sono ritenute prevalenti sulle ragioni dell’integrazione europea, e quindi delle limitazioni di sovranità previste dall’art. 11 Cost.. Se così fosse si tratterebbe quindi non solo di contrapporre norme europee e norme costituzionali, ma di contrapporre principi costituzionali parimenti fondamentali (in sintesi art. 11 Cost. *versus* artt. 25, 101 e 136 Cost.)²⁶.

Negare la immediata applicabilità, ma non la prevalenza, comporta invece che su un piatto della bilancia c’è – per così dire “solo” – questa qualità della norma, non anche il suo contenuto²⁷. La Corte ribadisce infatti che le ragioni dell’art. 325 TFUE e le inadempienze dello Stato italiano potranno e dovranno trovare altri strumenti di giustificabilità, a partire dal ricorso in inadempimento. Inoltre tutto questo viene stabilito con un rinvio pregiudiziale, che indipendentemente da come andrà a finire, per ciò solo comunque significa che la Corte costituzionale riconosce la competenza della Corte di giustizia a giudicare lei se i “principi supremi dell’ordine costituzionale italiano” possano giustificare una incoerenza dell’ordinamento comunitario.

La Consulta non contesta la prevalenza della norma europea²⁸ e ricorda che «la sentenza resa in causa Taricco ha stabilito che l’art. 325 del TFUE ha efficacia diretta»²⁹. Afferma però «l’esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice». Sappiamo che per la Corte di giustizia effetto diretto e diretta applicabilità (o, comunque, la diretta non applicabilità della norma nazionale in contrasto) sono considerati sinonimi. Non per la Corte costituzionale in questo caso in cui affiora l’eccezione di una norma di cui si riconosce la prevalenza e non si contesta l’effetto diretto, ma da considerarsi non immediatamente applicabile (o comunque non in grado di rendere direttamente non applicabile la norma nazionale in contrasto, in questo caso gli artt. 160 e 161 del codice penale).

Eccezione che finisce per confermare la *regola* generale secondo cui le norme di diritto dell’Unione europea chiamate a svolgere effetti espansivi del penalmente rilevante *non sono mai direttamente applicabili*.

Per comprendere questa regola è opportuno fare un breve passo indietro. L’incontro tra il principio di prevalenza delle norme eurounitarie e la riserva di legge penale dà infatti luogo ad un bizzarro universo giuridico, composto per un verso da

²⁶ Sulla difficoltà di pensare i principi fondamentali in contrapposizione con l’art. 11 Cost. cfr. A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco*, cit. p. 82.

²⁷ La Corte costituzionale insiste molto su questo punto nella ordinanza in esame. Al par. 8 ad esempio afferma che «L’impedimento del giudice nazionale ad applicare direttamente la regola enunciata dalla Corte non deriva da una interpretazione alternativa del diritto dell’Unione (...)».

²⁸ Cfr. C. cost. 24 del 2017 par. 2.

²⁹ C. cost. 24 del 2017 par. 7: ««La sentenza resa in causa Taricco ha stabilito che l’art. 325 del TFUE ha efficacia diretta e comporta l’obbligo di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione dei reati che, nei casi e alle condizioni individuate, compromette l’effettività della sanzione».

norme prevalenti, ma incompetenti, cioè quelle di diritto dell'Unione europea e, per altro verso, da norme subordinate alle prime, ma competenti in via esclusiva ad esercitare lo *ius puniendi*, cioè le norme nazionali di diritto penale. Come ben sappiamo per regolare queste interferenze un primo, essenziale, criterio è quindi costituito dal *test* sull'effetto, espansivo o riduttivo del penalmente rilevante, che la norma dell'Unione europea interferente con la norma penale è chiamata a dispiegare³⁰.

Ora, il *test* sugli effetti espansivi o riduttivi che può eventualmente dispiegare la norma eurounitaria rispetto a quella nazionale interferente si riverbera sulla dotazione di effetto diretto della norma eurounitaria. Approfondendo la questione e osservando la giurisprudenza, ci si avvede di come sia possibile affermare due regole speculari e di portata generale. Segnatamente che le norme di diritto Ue chiamate a dispiegare effetti riduttivi del penalmente rilevante sono sempre dotate di effetti diretti, mentre le norme di diritto Ue chiamate all'opposto, a dispiegare effetti espansivi, non hanno mai effetto diretto³¹.

La sentenza Taricco della Corte di giustizia invece contraddiceva questa regola. «La madre di tutti i problemi»³² stava proprio nell'attribuzione di effetto diretto all'art. 325 TFUE norma di diritto Ue primario. Da qui la richiesta da parte della Corte di giustizia affinché i giudici nazionali direttamente disapplicassero la contrastante normativa nazionale, cioè la disciplina generale dell'interruzione della prescrizione stabilita negli artt. 160 e 161 del codice penale.

Ecco allora affiorare *l'eccezione che conferma la regola*: la Corte costituzionale nel negare l'immediata applicabilità a queste norme afferma *l'eccezione* di norme prevalenti dotate di effetto diretto, ma non immediatamente applicabili, a conferma però della *regola* della non immediata applicabilità delle norme dell'Unione europea chiamate a svolgere effetti espansivi³³.

³⁰ Rinvio al mio C. SOTIS, *Il diritto senza codice* cit., che si propone di sistematizzare i differenti conflitti a partire dalla distinzione tra le interferenze ad effetto riduttivo e quelle a potenziale effetto espansivo.

³¹ Non è qui il caso di riproporre tutti i vari passaggi su cui queste due regole poggiano. Rinvio a dove, ho cercato, nei limiti delle mie risorse, di argomentarlo in modo approfondito (C. SOTIS, *Il diritto senza codice* cit., p. 230 s.). Segnalo che alla prova della giurisprudenza della Corte di giustizia, anche della più recente, queste due regole di sistema trovano conferma. La prima "da sempre", la seconda, almeno a seguito della sentenza Corte di giustizia, C-387/02 3 maggio 2005 *Berlusconi e altri*.

³² Così V. MANES, [La Corte muove e in tre mosse da scacco a "Taricco"](#), in *questa Rivista*, 13 febbraio 2017, p. 11.

³³ Va poi sottolineato che non è l'ordinanza n. 24 del 2017 a creare questa eccezione. L'eccezione è già contenuta nella sentenza n. 170 del 1984. Il presupposto procedurale dei controlimiti è infatti che il giudice nazionale è tenuto a rinviare alla Corte costituzionale in caso di norme comunitarie dotate di effetto diretto, ma sui cui grava un dubbio di contrasto con controlimiti. E rinviare incidentalmente alla Corte costituzionale in caso di interferenza con norme comunitarie *dotate di effetti diretti* vuol dire per ciò solo affermare che queste non sono direttamente applicabili. La dottrina dei controlimiti infatti richiede prima di tutto che i giudici ordinari decidano di non applicare direttamente norme di diritto dell'Unione dotate di effetto diretto. Giudice che come si premura di affermare la Corte costituzionale nell'ordinanza 24 del 2017 «bene hanno perciò fatto i rimettenti a investirla del problema, sollevando una questione di legittimità costituzionale» (ivi. par. 6. in fondo). Sui controlimiti v. ora A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit.

La vicenda Taricco, ha funto – per così dire – da “*stress test*” della speculare regola di sistema (le norme eurounitarie chiamate a svolgere effetti riduttivi sono sempre direttamente applicabili, mentre le norme eurounitarie chiamate a svolgere effetti espansivi non sono mai direttamente applicabili). Regola che risulta confermata in un “caso difficile” e, quindi, rafforzata.

Ma, come sappiamo, vi è di più. Nell’ordinanza si estende questa garanzia oltre i confini del fatto e della pena, estendendola anche alle cause che fondano la punibilità. Si afferma quindi una lettura dell’art. 25 secondo comma secondo Cost. secondo cui è l’esercizio della funzione punitiva ad essere subordinata a *tutte* le garanzie qui previste³⁴. Questo ci impone di pensare in termini più ampi la regola appena citata. Non riferentesi solo ai soli effetti espansivi, ma più, in generale, agli effetti *in malam partem*, cioè anche se questi dovessero derivare da disposizioni non riguardanti il fatto e la pena.

Su questo punto l’argomentazione dell’ordinanza n. 24 del 2017, afferma a chiare (e pienamente condivisibili) lettere che la prescrizione concerne la punibilità e quindi incontra le garanzie dell’art. 25 secondo comma Costituzione.

3.1. Quale è la ragionevole prevedibilità della prescrizione?

L’ordinanza 24 del 2017 però non si ferma qui. Afferma infatti che «questa Corte è convinta che la persona non potesse ragionevolmente pensare, prima della sentenza resa in causa Taricco, che l’art. 325 del TFUE prescrivesse al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen. ove ne fosse derivata l’impunità di gravi frodi fiscali in danno dell’Unione in un numero considerevole di casi, ovvero la violazione del principio di assimilazione»³⁵. Con questo passaggio la Corte intende che la ragionevole prevedibilità, da intendersi come accessibilità della norma penale, si estenda anche alla disciplina dell’interruzione della prescrizione. Questo è l’unico passaggio dell’ordinanza 24 del 2017 che non mi persuade del tutto.

Caveat: non persuasivo, non vuol dire non comprensibile. Si intuisce infatti l’esigenza, anche dal punto di vista “tattico”, di agganciare la garanzia della legalità ad entrambe le sue componenti della riserva di legge e della ragionevole prevedibilità intesa come diritto della persona. Se si fosse infatti rivendicata “la “sola” esigenza della riserva di legge³⁶, senza affiancarla alla ragionevole prevedibilità questo avrebbe, per un verso diminuito il peso dei contro interessi in gioco, e, per altro verso, avrebbe impedito alla Corte di fare leva sugli art. 49 e 53 della carta di Nizza. Cioè di rivendicare, in virtù di quest’ultimo articolo, la legittimità comunitaria di prevedere un «maggior grado di tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti dalla Cedu e dalle costituzioni degli

³⁴ Per gli effetti innovativi dello statuto costituzionale della prescrizione prodotti dalla 24 del 2017 v. i puntuali rilievi di G. RICCARDI, “Patti chiari amicizia lunga” cit., p. 13.

³⁵ Così il par. 5 della 24 del 2017.

³⁶ Per una acuta riflessione sulla marginalizzazione del canone della riserva di legge nell’ordinanza 24 del 2017 v. G. RICCARDI, “Patti chiari amicizia lunga” cit., p. 14. Sul tema della riserva di legge nella questione Taricco v. C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale* in A. BERNARDI (cur.), *I controlimiti* cit., p. 331 s.

Stati membri»³⁷ La riserva di legge infatti non è, né nella prospettiva della Corte edu e dell'art. 7 Cedu, né in quella della Corte di giustizia e dell'art. 49 della Carta di Nizza un "diritto dell'uomo" o una "libertà fondamentale". Al contrario della ragionevole prevedibilità che invece gode di questo *status*. La Corte quindi ha ritenuto più conveniente sostenere che la ragionevole prevedibilità si estende anche a «ogni profilo sostanziale concernente la punibilità»³⁸ in modo da potere evocare l'art. 53 della Carta di Nizza e quindi dare base legale *anche alla luce dei principi del diritto europeo* alla sua impostazione e, conseguentemente, offrire una possibile via di uscita alla Corte di giustizia. Però, come dicevo, se è questa strada è comprensibile, non è persuasiva. O, perlomeno, non lo è in quel passaggio appena citato.

Non mi sembra persuasiva perché non riesco proprio a convincermi che debba essere riconosciuto, e per di più come diritto fondamentale della persona in posizione di controlimite, l'affidamento del singolo³⁹ inteso come «calcolabilità anticipata del trattamento»⁴⁰. A mettere assieme cose diverse non si rende un buon servizio alle ragioni che sostengono cruciali esigenze di garanzia. Che la prescrizione riguardi la punibilità, e abbia quindi natura sostanziale, e quindi incontri le garanzie dell'art. 25 secondo comma, non vuol anche dire che le scelte di azione prese sulla base del tempo necessario a prescrivere, e quelle prese sulla base dell'affidamento della predeterminazione dei fatti penalmente rilevanti e delle pene, debbano avere identico statuto costituzionale. L'affidamento del singolo di potere decidere come agire sulla base della «calcolabilità anticipata» di ciò che costituisce precetto e pena mantiene una sua diversità qualitativa dall'affidamento del singolo di potere decidere come agire sulla base della «calcolabilità anticipata» di una condizione di punibilità come la prescrizione. Si tratta di norme diverse da quelle che compongono il precetto e la pena, si tratta quindi di norme chiamate a svolgere una diversa funzione. Ed è importante che questa diversità di funzioni si riverberi in una diversità dello statuto delle garanzie, altrimenti la nostra cultura penalistica, e la matura riflessione su cui poggia,⁴¹ rischia di perdere di persuasività, autorevolezza e, in definitiva, di credibilità⁴².

³⁷ L'art. 53 della Carta di Nizza sancisce che «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

³⁸ Così C. cost. 24 del 2017, par. 8.

³⁹ Cfr. D. PULITANÒ, [La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2016, p. 235.

⁴⁰ Così la definisce Massimo Donini nel chiarire che in tema di prescrizione non è questa la ragionevole prevedibilità garantita dall'art. 25 comma 2 cost. M. DONINI, *Prescrizione e irretroattività tra diritto e procedura penale*. "D" in *Foro it.*, 1998, V, colonna 324.

⁴¹ Su cui v. S. SILVANI, *Il giudizio del tempo*, Bologna 2009, F. GIUNTA, D. MICHELETTI *Tempori cedere*, Torino, 2003.

⁴² Che è anche capacità di proporsi come *better law*. Su questo concetto e sul suo ruolo nella circolazione dei principi v. A. BERNARDI, *Il principio di legalità dei rati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 693

Questo non vuol dire ovviamente che la ragionevole prevedibilità non venga in gioco in tema di prescrizione (l'art. 25 secondo comma subordina l'esercizio del *punire* ad una legge entrata in vigore *prima* del fatto commesso). Questo a mio avviso vuol quindi dire che la ragionevole prevedibilità non debba intendersi come accessibilità della norma. Trovo infatti pienamente convincente il suggerimento sostenuto da *Massimo Donini*⁴³, ripreso da *Domenico Pulitanò*⁴⁴ e in commento all'ordinanza 24 del 2017 anche da *Vittorio Manes*⁴⁵. La ragionevole prevedibilità della prescrizione deve essere intesa come *fairness*, cioè come affidamento a che lo Stato non cambi le regole in corsa. Questa ragionevole prevedibilità/*fairness* è a mio avviso sicuramente da valorizzare a seguito della sentenza della Corte. Anche se mi rendo ben conto che questa idea della ragionevole prevedibilità come garanzia dell'affidamento che lo Stato non cambi le regole in corsa è tutta da verificare nella sua possibilità di coordinarsi in modo coerente con il campo che l'art. 25 secondo comma della Costituzione attualmente circoscrive. Cioè quello dell'esercizio della funzione punitiva, con esclusione quindi, attualmente, delle norme processuali.

Viene infatti immediatamente spontaneo chiedersi perché se per la prescrizione occorre garantire la ragionevole prevedibilità a che non vengano cambiate *in peius* le regole in corsa lo stesso non debba valere – ad esempio – anche per la procedibilità a querela. Eventuali modifiche in corso su entrambi i profili costituirebbero una identica violazione della *fairness*, ma solo quella sulla prescrizione è su una scelta di punibilità (quindi sostanziale). Quindi, se ricostruiamo il 25 secondo comma attorno a questa garanzia di *fairness* per quanto concerne le disposizioni sostanziali estranee al precetto e alla pena, immediatamente busseranno alla porta quelle norme processuali che non incidono sulla punibilità, ma che comunque condizionano il “punire”⁴⁶. E l'ordinanza 24 del 2017 ci suggerisce che non è a priori sbagliato tenere serrata la porta. Credo tuttavia che prima di

⁴³ M. DONINI, *Prescrizione e irretroattività tra diritto e procedura penale*. cit., colonna 324. Si tratta del contributo all'interessante dibattito sul possibile allungamento dei tempi di prescrizione non maturata (interventi anche di *Massimo Nobili*, *Luigi Stortoni*, *Maria Virgilio*, *Nicola Mazzacova*) proposto da *Giorgio Marinucci* in quel suo famoso articolo (“*Bomba ad orologeria da disinnescare*”) pubblicato su *Il sole 24ore* del 12 marzo 1998.

⁴⁴ Che afferma testualmente «Pur non essendo questione di tutela di affidamenti di singoli, la retroattività sfavorevole di una regola del gioco intacca la *fairness* del gioco» assegnando tuttavia a questa garanzia una ristrettissima «possibilità di eventuali deroghe alla irretroattività sfavorevole in materia di prescrizione, la giustificazione di una deroga dovrebbe essere molto forte, tale da reggere di fronte al principio d'eguaglianza/ragionevolezza». così D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco* cit. p. 235. Faccio mie queste indicazioni che affermano una dimensione alta, ma ancora relativa, e non assoluta, alla ragionevole prevedibilità intesa come *fairness*, che resta in questo modo diversa dalla ragionevole prevedibilità intesa come affidamento del singolo. Resto convinto che punire qualcuno per qualcosa che non costituiva reato al momento in cui lo ha commesso o punirlo per un reato su cui la prescrizione è già maturata costituiscono violazioni di un affidamento del singolo qualitativamente (e quindi costituzionalmente diverso) da quello di chi fosse punito per un fatto su cui si sono modificati i termini di prescrizione non ancora maturati.

⁴⁵ «L'affidamento sul fatto che lo Stato non “cambi le carte in tavola” a sorpresa, ossia alle spalle (e a detrimento) degli individui, dovendo sempre garantire – in un sistema basato sul principio di *preéminence du droit* e sulla *rule of law* – una *fairness*, sostanziale o processuale», così V. MANES, *La Corte muove e in tre mosse da scacco a “Taricco”*, cit., p. 7.

⁴⁶ Cfr. M. NOBILI, *Prescrizione e irretroattività tra diritto e procedura penale*. “A” in *Foro it.*, 1998, V, colonna 319.

aprirla occorre stabilire i punti fermi su cosa possa entrare e per quali ragioni costituzionali.

4. Il «ripudio» del giudice penale di scopo.

Conviene qui prendere le mosse citando per intero il passaggio dell'ordinanza 24 del 2017 contenuto nel paragrafo 9: «Anche se si dovesse ritenere che la prescrizione ha natura processuale, o che comunque può essere regolata anche da una normativa posteriore alla commissione del reato, ugualmente resterebbe il principio che l'attività del giudice chiamato ad applicarla deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate. In questo principio si coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law*. Essi non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso *ripudiano* l'idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire. »⁴⁷.

Salta subito agli occhi che qui la Corte costituzionale fa leva proprio su quello stesso verbo – “ripudiare” – con cui prende le mosse l'art. 11 Cost. e, da cui si dipanano le fondamentali ragioni di pace e giustizia che devono assicurare le necessarie limitazioni di sovranità su cui stiamo qui riflettendo. Leggendo l'ordinanza a me sembra che la Corte usi questo verbo quasi per suggerirci che solo un ‘altro ripudio’ può ‘controlimitare’ le necessarie limitazioni di sovranità. Usando quel verbo è come se la Corte costituzionale ci dicesse che giudice penale di scopo e «ragioni di pace e giustizia» fossero due concetti antitetici per il nostro ordinamento costituzionale.

Questo “ripudio” del giudice penale di scopo⁴⁸ è a mio avviso di grande portata. Culturale e disciplinare.

Culturale perché è un monito che si inserisce in un dibattito ed in un momento in cui sono evidenti i compiti sempre maggiori che sembrano gravare sul giudice. Ed è un monito che si rivolge sia al legislatore sia al giudice.

Al legislatore perché ormai è considerato normale offrire dei prodotti legislativi in cui è delegata al giudice la soluzione dei nodi politicamente più delicati. Il legislatore si autoassolve confidando che il giudice riuscirà a risolverli dalle linee di indirizzo che troverà unendo i puntini rintracciabili nel semilavorato che gli viene recapitato dal potere legislativo. Tra i tanti esempi mi viene subito da pensare al nuovo delitto di false comunicazioni sociali e alla cruciale indecisione politica (divenuta quindi complicatissima questione ermeneutica) sulla rilevanza penale del falso valutativo. Qui la disarmante risposta del relatore di maggioranza al Senato alla questione fu: «sarà la

⁴⁷ Corsivo aggiunto.

⁴⁸ Tra i contributi alla Sentenza Taricco della Corte di giustizia che hanno segnalato l'irriducibile contrapposizione tra attività giurisdizionale penale e vincoli di scopo v. soprattutto L. EUSEBI, [Nemmeno la Corte di giustizia può ergere il giudice a legislatore](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, in part. p. 45.

nostra Corte di cassazione a dovere valutare se gli elementi valutativi e le stime possano o meno rientrare all'interno di un concetto che implica fatti materiali rilevanti»⁴⁹.

Al giudice perché afferma un monito che cerca di porre un freno a quella sottile, ma radicale trasformazione di ruolo così bene illustrata da *Francesco Palazzo*⁵⁰ secondo cui Costituzione, legge, e giudice dai tre punti di una linea disposti lungo un preciso ordine (Costituzione, legge e giudice) sono divenuti i tre angoli di un triangolo che pone al vertice la Costituzione (e le fonti sovranazionali) e alla base legge e giudice. Una relazione in cui il giudice attribuisce alla legge i significati che ne ricava dalla Costituzione. Ma questo è il frutto cattivo dell'interpretazione conforme. In questo modo infatti si realizza un cambio di paradigma nei rapporti tra legge e giudice e l'interpretazione finisce per tracimare nell'analogia *juris*. Si evoca la conformità a Costituzione per compiere tuttavia uno stravolgimento della Costituzione, che esige l'esatto contrario, consapevole che l'autonomia e l'indipendenza della magistratura si basano sulla soggezione del giudice *soltanto* alla legge, come sancisce l'art. 101 secondo comma Cost.⁵¹, autorevolmente definita «la più importante disposizione costituzionale a tutela dell'indipendenza dei singoli giudici»⁵².

I frutti si possono inoltre già apprezzare sul piano *disciplinare*, perché l'ordinanza Taricco ha il coraggio di ribadire l'ovvietà dimenticata. Ovvero che il canone della determinatezza prima di tutto si rivolge al legislatore, su cui innanzitutto incombe il dovere di formulare norme sufficientemente determinate. La determinatezza insomma, non può essere solo un problema di determinabilità in sede giudiziaria.

Come acutamente suggerito da *Irene Pelizzone*⁵³, la 24 del 2017 costituisce il tassello mancante della sentenza n. 327 del 2008 in tema di disastro innominato. Incrociando le due decisioni otteniamo rispettivamente la latitudine e la longitudine attraverso cui orientarci nel *mare magnum* della determinatezza. La sentenza 327 del 2008 ha fissato, infatti, il fondamentale principio che la determinatezza è parametro che si rivolge *anche* al giudice, su cui grava il vincolo di orientare la sua attività interpretativa in direzione intensiva degli elementi di fattispecie, anche per supplire per via giurisprudenziale a eventuali carenze di determinatezza della fattispecie. Questa

⁴⁹ Così in F. D'ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?* in *Giur. it.*, 2015, 2213 citato da F. MUCCIARELLI, [Oltre un discusso «ancorché» le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e la legalità dell'interpretazione: qualche nota](#) in questa Rivista, 16 marzo 2016, p. 3.

⁵⁰ F. PALAZZO, *Introduzione*, in A.M. STILE, S. MANACORDA, V. MONGILLO (a cura di), *Civil Law e Common Law: quale "grammatica" per il diritto penale?*, in corso, p. 3 del dattiloscritto.

⁵¹ Parametro come noto anche invocato dalle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale della terza sezione della Corte di cassazione su cui v. M. GAMBARDELLA, *Il caso Taricco: obblighi di disapplicazione in malam partem e compatibilità con i principi costituzionali della riserva di legge e della irretroattività* in A. BERNARDI (cur.), *I controlimiti cit.*, p. 398 s.

⁵² N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, quarta edizione, 2014, p. 86.

⁵³ I. PELIZZONE, *Il ruolo del giudice penale nella tutela degli interessi finanziari dell'Unione (e nazionali): battaglia di retroguardia o principio ineludibile da esporre a controlimite del diritto dell'Unione europea? Considerazioni a margine dell'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale*, in corso di pubblicazione su *Quaderni costituzionali*, 2017, p. 6 s. del dattiloscritto.

sentenza tuttavia, nonostante i suoi *caveat*⁵⁴, ha finito comunque per spostare il baricentro della determinatezza dal piano della posizione della norma a quello della sua applicazione, lasciando quindi scoperta una questione cruciale: fino a quando questo deve e può avvenire e quando invece il *deficit* di determinatezza deve essere affrontato per la sua via “naturale”? Cioè – a scanso di equivoci – mediante rinvio incidentale alla Corte costituzionale?

Mi viene a mente in particolare la sentenza delle Sezioni unite del 2012 sull'aggravante dell'ingente quantità di sostanze stupefacenti⁵⁵. In questa sofferta decisione (come prova il fatto che il giudice relatore è diverso dal giudice estensore) le Sezioni unite adottano il c.d. “criterio ponderale”. Cioè traducono un elemento quantitativo non numerico come «ingente quantità» in determinati limiti quantitativi numerici («non inferiore a 2000 volte il valore massimo in milligrammi determinato in tabella»⁵⁶). E questa sentenza trova la sua *ratio procedendi* proprio in alcune linee guida indicate della Corte costituzionale⁵⁷, a cui essa fa esplicitamente riferimento⁵⁸.

Mi sono chiesto a lungo, senza riuscire a trovare una risposta convincente, se al giudice, sulla base delle indicazioni offerte dalla Corte costituzionale, spetti fino a questo

⁵⁴ Così ad es. il par. 6 del considerato in diritto della 327 del 2008: «Al riguardo, è opportuno rilevare come l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale. Sostenere il contrario significherebbe, difatti, “tradire” entrambe le funzioni del principio di determinatezza. La prima funzione – cioè quella di garantire la concentrazione nel potere legislativo della produzione della *regula iuris* – verrebbe meno giacché, nell'ipotesi considerata, la *regula* verrebbe creata, in misura più o meno ampia, dai giudici. La seconda funzione – cioè quella di assicurare al destinatario del precetto penale la conoscenza preventiva di ciò che è lecito e di ciò che è vietato – non sarebbe rispettata perché tale garanzia deve sussistere sin dalla prima fase di applicazione della norma, e non già solo nel momento (che può essere anche di molto successivo) in cui si è consolidata in giurisprudenza una certa interpretazione, peraltro sempre suscettibile di mutamenti.

Ciò non esclude, tuttavia, che l'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale costante possa assurgere ad elemento di conferma della possibilità di identificare, sulla scorta d'un ordinario percorso ermeneutico, la più puntuale valenza di un'espressione normativa in sé ambigua, generica o polisensa»

⁵⁵ Cass. pen. sez. Un. sentenza 24 maggio 2012, *Biondi* pubblicata in *questa Rivista* con scheda di M. PELAZZA, [“Ingente quantità” di stupefacenti: le Sezioni Unite accolgono il “criterio ponderale”](#), 22 settembre 2012. Sull'ingente quantità e questa sentenza v. ora, per tutti, M. GAMBARELLA, *Norme incostituzionali e nuovo sistema degli stupefacenti*, Roma, 2017, p. 79 s.

⁵⁶ Cass. pen. sez. Un. sentenza 24 maggio 2012 cit., par. 16 del *Considerato in diritto*.

⁵⁷ Questo il passo che offre il criterio guida ai giudici ordinari attraverso cui giudicare il livello minimo di determinatezza delle norme poste e determinare la determinabilità. «l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensi, ovvero (...) di clausole generali o concetti “elastici”, non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo» Così C. cost. 5 del 2004 par. 2.1 del *Considerato in diritto*.

⁵⁸ Cass. pen. sez. Un. sentenza 24 maggio 2012 cit., par. 12 del *considerato in diritto*.

punto un tale dovere/potere di determinabilità⁵⁹. Oggi a mio avviso l'ordinanza 24 del 2017 ci indica la risposta: il c.d. "criterio ponderale" esonda i limiti di determinabilità. Se quindi quell'aggravante formulata in quei termini dovesse rivelarsi inevitabilmente indeterminata l'unica strada sarebbe il rinvio alla Corte costituzionale.

E' questa l'indicazione, tutt'altro che banale, che offre la Corte. Essa lascia sperare un ripensamento della sua giurisprudenza, estremamente poco incline a dichiarare l'illegittimità costituzionale per violazione del canone della determinatezza⁶⁰. Perché va detto che se i giudici si sono "messi a fare da soli" molto dipende dalla ritrosia della Corte costituzionale ad accogliere questioni di indeterminatezza. *Piero Gaeta*, in un suo acuto saggio, segnala, in tema di «Devastazione e saccheggio» (art. 419 c.p.), come «il giudice ordinario si sia quasi rassegnato di fronte alla cautela con cui la Corte costituzionale ha storicamente recepito gli incidenti di costituzionalità per difetto di tipicità e precisione delle norme incriminatrici o per ridondanza e sproporzione del loro trattamento sanzionatorio»⁶¹. E a riprova porta l'esempio (e molti altri se ne possono fare) della sentenza della prima sezione penale della Corte di cassazione del 13 luglio 2012 sui c.d. "black bloc" del G8 di Genova, con cui si è ritenuta manifestamente infondata la questione di costituzionalità del delitto di manifestazione e saccheggio «proprio sulla base di eloquenti precedenti della Consulta»⁶².

Oggi, forse, la strada si sta invertendo⁶³. La consulta è consapevole che la determinatezza è innanzitutto un problema della legge, e quindi del giudice della legge.

⁵⁹ Che questo caso si ponga veramente al limite lo sottolinea, autorevolmente, anche *Francesco Palazzo*. Il Maestro fiorentino, pur rimarcando come la soluzione della Corte finisca per rendere prevalente le soluzioni della certezza su quelle della riserva di legge ritiene non senza qualche incertezza («saremmo propensi a credere» scrive) tuttavia che tale sentenza sia in fondo legittima, «a condizione che gli indici sistematici alla base della soluzione tassativizzante siano sufficientemente univoci e non antitetici con gli scopi della disciplina perseguiti dal legislatore con una norma consapevolmente e volutamente indeterminata» così. F. PALAZZO, [Legalità tra law in the book e law in action](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2016. Nella stessa prospettiva v. ora il saggio di A. CHIBELLI, [La "ingente quantità" di stupefacenti: la "storia senza fine" di un'aggravante al bivio tra legalità in the books e legalità in action](#), in questa Rivista, 3 febbraio 2017.

⁶⁰ Così v. anche per una rassegna I. PELIZZONE, *Il ruolo del giudice penale nella tutela degli interessi finanziari dell'Unione (e nazionali): battaglia di retroguardia o principio ineludibile da esporre a controlimite del diritto dell'Unione europea?* cit. Cfr. inoltre in questo stesso senso F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula juris* in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 57 s. Una rassegna sistematica è offerta nello studio a cura di Vittorio Manes redatto per conto dell'ufficio studi della Corte costituzionale "Principi costituzionali in materia penale. Diritto penale sostanziale. Giurisprudenza sistematica. Aggiornata al settembre 2014". Consultabile sul sito della Corte costituzionale nella directory "Studi e ricerche".

⁶¹ P. GAETA, *Limiti all'espressione dell'antagonismo politico e giurisprudenza di legittimità. Riflessioni sparse*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, p. 914 s. L'autore in tema di devastazione e saccheggio illustra bene come il giudice ricorre a soluzioni "fai da te" perché il rinvio incidentale è una soluzione uscita dal suo orizzonte di pensiero.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Si pensi alla sentenza 236 del 2016 con cui la Corte costituzionale apre al parametro della proporzione, su cui v. i commenti di V. MANES, *Proporzione senza geometrie* (commento alla sentenza n. 236 del 2016) in corso di pubblicazione su *Giur. cost* 2017 e di F. VIGANÒ, [Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena](#), in questa Rivista, 14 novembre 2016. Una sentenza in controtendenza rispetto ad arresti recenti del Giudice della legge. Penso in particolare alla 68 del 2012 sui c.d. "microsequestri" su cui, proprio in punto di con-fusione tra il parametro dell'uguaglianza ragionevolezza e quello della proporzione sia consentito

La 24 del 2017 ci permette, ma – mi piace credere – ci chiede anche, di iniziare a ripensare alla determinatezza⁶⁴ come innanzitutto un problema di posizione delle norme e, quindi, al rinvio incidentale alla Corte costituzionale come al primo essenziale strumento di giustiziabilità della determinatezza.

rinvia a C. SOTIS, *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente “preso – troppo? – sul serio”*. commento a Corte cost. n. 68 del 2012, in *Giur. cost.*, 2012, p. 906 s.

⁶⁴ Per ‘pensare la determinatezza’ nel suo duplice momento di posizione e di applicazione imprescindibile F. C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979. V. inoltre. S. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.