

“PATTI CHIARI, AMICIZIA LUNGA”.
LA CORTE COSTITUZIONALE TENTA IL ‘DIALOGO’
NEL CASO TARICCO, ESIBENDO L’ARMA DEI CONTROLIMITI^(*)

di Giuseppe Riccardi

SOMMARIO: 1. Il “dialogo tra Corti” tra mito e realtà. – 2. L’ordinanza di rinvio pregiudiziale della Consulta: prove di “dialogo”. – 3. Devozione alla *primauté* e rivendicazione della supremazia dei controlimiti. – 4. L’ordinanza ‘monito’ e lo spostamento del baricentro della produzione del diritto penale. – 5. I frutti maturi, i frutti nuovi... – 6. ...e qualche frutto avvelenato. – 7. Poteri costituiti e poteri costituenti nella metamorfosi dei paradigmi.

1. Il “dialogo tra Corti” tra mito e realtà.

Ogni “paradigma giuridico” si fonda su una serie di “miti” fondativi¹, che rappresentano allegoricamente i cardini logici e concettuali dell’epoca, con l’intenzione di veicolare un’immagine simbolica e idealizzata idonea a coagulare un alone leggendario, per proiezione di valori o desideri di ambito sociale, intorno ad eventi.

Uno dei “miti” che connotano la fase di transizione dall’epoca della *legge* e delle *Costituzioni* a quella del *diritto*, dalla fase storica degli *Stati nazionali* a quella delle intersezioni tra *pluralità di ordinamenti*, anche *sovranazionali*, si identifica senz’altro nella narrazione del “dialogo tra Corti”.

Un mito che, tuttavia, appare sempre più insoddisfacente nel rinvenimento di coordinate semantiche adeguate alla narrazione dei *fatti*, e che mostra sempre più il suo nucleo idealistico e simbolico, da quando il “dialogo tra Corti” è stato rivolto anche in ambiti giuridici (tuttora) riservati alla sfera di monopolio (pressoché assoluto) dei legislatori nazionali: la “materia penale”, nella duplice dimensione sostanziale e processuale – delle quali sono emblematiche la vicenda *Melloni*², da un lato, e *l’affaire*

* 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 Parafrasando P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 3° ed., e M. VOGLIOTTI, [Il Giudice al tempo dello scontro tra paradigmi](#), in questa Rivista, 2 novembre 2016, che individua nel ‘caso Taricco’ il rischio di uno scontro tra il “paradigma giuridico moderno” ed un nuovo paradigma giuridico, alimentato (anche) dalle Corti europee, che considera *l’effettività* un valore fondamentale da riconoscere e tutelare (p. 14).

² CGUE, GS, 26 febbraio 2013, Melloni c. Ministero Fiscal.

*Taricco*³, dall'altro –, è stata sempre più spesso terreno di 'confronto', più che di dialogo, tra le Corti sovranazionali e le Corti (Supreme e Costituzionali) nazionali.

Oltre all'oggetto del "dialogo", la crisi della narrazione appare, del resto, legata anche al tramonto della prospettiva della maggior tutela dei diritti: l'altro mito, quello della "tutela multilivello dei diritti", si è infatti eclissato nella rivendicazione, dal sapore spiccatamente politico, della *primauté* del diritto eurounitario, anche a discapito dei livelli di maggior tutela garantiti dagli ordinamenti nazionali, e a dispetto dell'art. 53 della Carta di Nizza, come i casi precedentemente evocati (*Melloni e Taricco*) insegnano.

In tali ambiti le *actiones finium regundorum* sono state sovente calibrate sulla base di "monologhi" tra Corti, più che su "dialoghi", probabilmente per la sostanziale impossibilità di impostare realmente un discorso al di fuori di codici linguistici basilari e condivisi; fuori di metafora, un discorso in ambiti estranei (o che tali dovrebbero restare) ad uno dei colloquianti.

La sentenza *Taricco* è emblematica di tale 'evoluzione', in quanto, non solo per la prima volta la Corte di Giustizia accede al "giardino proibito"⁴ del diritto penale nazionale, ma lo fa obliterando ogni forma di "dialogo" con le Corti nazionali, ed ignorando del tutto la 'grammatica'⁵ costituzionale (sulla diversa e più ampia estensione del principio di legalità) e penale (sulla natura sostanziale della prescrizione) dell'ordinamento italiano.

Se il diritto è la formalizzazione di scelte politiche, la sentenza *Taricco*, pretendendo di irradiare i propri effetti in materie estranee alle competenze, alle attribuzioni internazionali, dell'Unione, si iscrive senz'altro tra le 'decisioni politiche', nel conseguimento di scopi perseguiti al di fuori del tessuto normativo, istituzionale e sostanziale, che regola i rapporti tra ordinamenti nazionali e sovranazionali nel presente momento storico; e se una decisione esula dai limiti consentiti dal diritto,

In tema, per tutti, S. MANACORDA, [Dalle Carte dei diritti ad un diritto penale "à la carte"? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, n. 3, 242 ss.

³ Sulla questione *Taricco*, nell'ambito di una ricca letteratura, e senza pretesa di completezza, sia sufficiente rinviare alla raccolta di saggi a cura di A. BERNARDI, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, con una ampia presentazione del curatore (A. BERNARDI, *I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*), ed al volume collettaneo a cura di C. PAONESSA e L. ZILLETTI, *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, Pisa, 2016.

Sia altresì consentito rinviare a G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte eurounitaria tra limiti di attribuzione 'internazionale' e controlimiti 'costituzionali'*, in *Atti del Convegno di studi "Aspettando la Corte Costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo"*, in *Rivista AIC*, n. 4 dell'11/11/2016, p. 10 ss. (in corso di pubblicazione in *Cass. pen.*, n. 2 del 2017, doc. 114); G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem e controlimiti: apogeo o declino del diritto penale europeo?*, in *Politica criminale e cultura penalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, Napoli, 2017, p. 595 ss.

⁴ Riprendendo l'efficace immagine, riferita alla valutazione probatoria, di P. FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest. giust.*, 1998, 587 ss.

⁵ In tal senso, parafrasando la felice traduzione di G.P. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, 1998, trad.it. *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004, ed il successivo *The Grammar of Criminal Law, American, Comparative, and International*, Oxford, 2007.

diviene manifestazione di *forza*, e, necessariamente, espressione di una scelta politica non formalizzata dalle fonti di produzione competenti.

2. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Consulta: prove di "dialogo".

La decisione della Corte costituzionale, con la quale è stato disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE in ordine alla "questione *Taricco*", costituisce, invece, un tentativo di "dialogo" – leale, in quanto fondato su una delimitazione chiara delle proprie prerogative e delle proprie 'ragioni', e degli ambiti suscettibili di legittimo confronto – con la Corte di Lussemburgo.

Un tentativo, peraltro, fermo⁶ e, allo stesso tempo, 'astuto', perché riesce a 'mettere all'angolo' la Corte di Giustizia, concedendole l'alternativa tra ribadire la *primauté* (anche) in materia penale affermata con la sentenza *Taricco*, in tal modo, tuttavia, esponendosi al *pressoché* certo azionamento dei 'controlimiti', ovvero riformulare la *regula iuris*, declinandola in termini non incompatibili con i principi supremi dell'ordinamento italiano; in altre parole, la responsabilità politica ed istituzionale dell'eventuale scelta di ignorare il tentativo di "dialogo", e di perseverare nel "monologo", viene rimessa alla Corte di Lussemburgo, come si evince chiaramente anche dal tenore dei tre quesiti sottoposti in sede di rinvio pregiudiziale.

Nel rinviare per l'interpretazione dell'art. 325 TFUE, la Consulta rivolge, infatti, tre "domande retoriche", chiedendo se l'obbligo di disapplicazione dei termini di prescrizione previsti dalla normativa nazionale debba ritenersi applicabile: 1) anche in assenza di "una base legale sufficientemente determinata"; 2) anche se la prescrizione, che è estranea alle competenze dell'Unione, "è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità"; 3) anche se "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".

In altri termini, sul presupposto, chiaramente esposto nella motivazione, che il principio di legalità, nella duplice dimensione dell'irretroattività e della determinatezza della norma penale, rappresenti un "principio supremo", che contribuisce a connotare l'identità costituzionale dell'ordinamento italiano, la Consulta chiede se dell'art. 325 TFUE debba essere fornita, dalla Corte di Giustizia, una interpretazione 'incostituzionalmente orientata'⁷.

Interpretazione che, nei *caveat* della Consulta, farebbe scattare automaticamente i 'controlimiti'.

Oltre che ferma ed 'astuta', la decisione costituzionale è altresì caratterizzata da garbo istituzionale, espresso innanzitutto nella decisione di operare un rinvio pregiudiziale, dissimulando "un persistente dubbio interpretativo sul diritto

⁶ In tal senso, tra i primi commenti in dottrina, F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla "Taricco": punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, n. 3, p. 285 ss.; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, in *questa Rivista*, 13 febbraio 2017.

⁷ G. CIVELLO, *La Consulta, adita sul caso "Taricco", adisce la Corte di Giustizia: orientamenti e disorientamenti nel c.d. "dialogo fra le corti"*, in *archiviopenaleonline*, 2017, n. 1, p. 13.

dell'Unione" e "sul significato da attribuire all'art. 325 del TFUE sulla base della sentenza resa in causa Taricco"⁸; garbo manifestato anche nell'opzione di non richiamare mai i "controlimiti" – espressione pure ormai acquisita alla giurisprudenza costituzionale a partire dalla celebre sentenza n. 238 del 2014⁹ –, per evitare di veicolare un messaggio poco dialogico, di 'confronto muscolare', ricorrendo, viceversa, ad un registro argomentativo privo di connotati polemici (come talvolta si è registrato nelle decisioni del *Bundesverfassungsgericht*¹⁰), e adoperando sempre la circonlocuzione "principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e diritti inalienabili della persona", ovvero la nozione di "identità costituzionale", espressamente richiamata dall'art. 4, § 2, TUE¹¹; messaggio dialogante desumibile anche dagli incisi retorici che ritengono "sommamente improbabile" il caso che l'applicazione del diritto dell'Unione possa, in specifiche ipotesi, rivelarsi inosservante dei principi supremi e dei diritti inalienabili¹².

3. Devozione alla *primauté* e rivendicazione della supremazia dei controlimiti.

Ma la reale cifra della decisione della Corte costituzionale va rinvenuta senz'altro nel denso apparato motivazionale, che va apprezzato sotto molteplici angoli prospettici.

Brevemente, a soli fini dialettici, vanno evidenziati i principali passaggi argomentativi: l'ordinanza di rinvio esordisce con un esplicito "riconoscimento del primato del diritto dell'Unione", quale "dato acquisito nella giurisprudenza di questa Corte"; il dogma della *primauté* del diritto eurounitario viene affiancato

⁸ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 3.

⁹ Corte Cost., 22 ottobre 2014, n. 238; l'importanza della decisione è attestata dalla particolare attenzione manifestata dalla dottrina: senza pretesa di completezza, M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Quest. giust.*, 2015, n.1, 84 ss.; G. SILVESTRI, *Sovranità vs. Diritti fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2015, n.1, 57 ss.; E. LUPO, *I controlimiti per la prima volta rivolti verso una sentenza della Corte internazionale di giustizia*, in *Quest. giust.*, 2015, n.1, 64 ss.; E. LAMARQUE, *La Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere anche mordere*, in *Quest. giust.*, 2015, n.1, 76 ss.; A. RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Consulta on line*, 2014; R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, in *Federalismi*, 2016, n. 1, 2 ss.; P. FARAGUNA, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2 novembre 2014.

¹⁰ Di recente, *Bundesverfassungsgericht*, Secondo Senato, 15 dicembre 2015, R., consultabile in www.bundesverfassungsgericht.de; in *Cass. pen.*, 2016, n. 4, p. 1748, con osservazioni di N. CANESTRINI, *Dalla Corte costituzionale tedesca un limite alla penetrazione dell'ordinamento comunitario negli Stati nazionali?*, *ivi*, p. 1749 ss.; per un commento, M.D. POLI, *Mir gehört die Letztentscheidungskompetenz! L'ennesimo dialogo-scontro tra Bundesverfassungsgericht e Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, 28 settembre 2016.

¹¹ Anche G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritti comparati*, 20 febbraio 2017, p. 2-3, sottolinea il differente registro dialettico rispetto ad altre Corti costituzionali, evidenziando che la ricostruzione della Consulta "ripropone la vitalità di un *Italian style* nell'impostazione dei rapporti tra diritto interno e diritto UE", offrendosi "come valida alternativa rispetto ad analoghi criteri di giudizio forgiati in questi anni di turbolenza costituzionale da altre Corti costituzionali, prima fra tutte il *Bundesverfassungsgericht*".

¹² Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 2.

dall'affermazione della natura di “principio supremo” (o, in altro passaggio, di “principio cardine”¹³) del principio di legalità in materia penale, nella duplice dimensione della determinatezza e dell'irretroattività¹⁴.

E la natura di “controlimite” impone, pertanto, di verificare “se l'applicazione dell'art. 325 del TFUE”, nell'interpretazione data dalla sentenza *Taricco*, comporti “l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale”, ipotesi che “questa Corte avrebbe il dovere di impedir(e)”.

Alla solenne proclamazione di devozione alla *primacy* dell'ordinamento sovranazionale, dunque, fa da *pendant* una rivendicazione della *supremacy* dell'ordinamento nazionale, allorquando venga in rilievo una violazione dei propri ‘controlimiti’¹⁵.

Il terzo *topos* argomentativo, nella selezione dei cardini del proposto “dialogo”, concerne la natura sostanziale della prescrizione, in quanto “istituto che incide sulla punibilità della persona”, e la conseguente soggezione del “regime legale della prescrizione (...) al principio di legalità in materia penale”.

La riaffermazione della natura sostanziale della prescrizione, nel ribadire una consolidata giurisprudenza costituzionale, viene, peraltro, ‘condita’ dalla precisazione che la natura, sostanziale o processuale, non rientra tra le competenze dell'Unione; “ciascuno Stato membro è perciò libero di attribuire alla prescrizione dei reati natura di istituto sostanziale o processuale, in conformità alla sua tradizione costituzionale”¹⁶.

Non compete, dunque, alla Corte di Giustizia il riconoscimento (o l'attribuzione) della natura giuridica alla prescrizione, trattandosi di disciplina estranea alle competenze dell'Unione: a differenza dell'atteggiamento agnostico mantenuto sulla natura (programmatica o precettiva) dell'art. 325 TFUE, sulla sua legittima individuazione quale “base giuridica” dell'obbligo di disapplicazione, e, in ultima analisi, sul problema di fondo dell'auto-attribuzione di competenze penali dirette, questa risulta l'unica rivendicazione che la Consulta fa delle competenze nazionali, limitandosi a sottrarre il regime della prescrizione “dal magnetismo centripeto dell'armonizzazione”¹⁷, riservandolo alle prerogative esclusive degli ordinamenti nazionali.

Non appare priva di rilievo l'ulteriore precisazione della Consulta, secondo cui, “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

¹³ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 6.

¹⁴ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 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 dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata retroattiva”.

¹⁵ G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy*, cit., p. 3; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, cit., p. 4.

¹⁶ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 4 e 8.

¹⁷ V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, cit., p. 6, che rileva come la Corte si limiti “a lavorare per sottrazione”.

applicarla deve dipendere da disposizioni sufficientemente determinate”¹⁸; una ‘clausola di salvaguardia’ per lasciare sul tappeto il rispetto del principio di determinatezza e della separazione dei poteri, anche nel caso in cui la Corte di Giustizia dovesse insistere nel “monologo”, arroccandosi dietro la natura processuale della prescrizione.

Chiarite le coordinate lessicali sulle quali è possibile impostare un reale “dialogo”, la Consulta individua nel principio di determinatezza il cardine della verifica rimessa alla Corte di Giustizia.

Tra i molteplici parametri costituzionali invocati dai giudici remittenti, l’ordinanza di rinvio pregiudiziale concentra l’attenzione sulla declinazione della legalità penale che maggiormente involge il rapporto tra legislatore e giudice; e la verifica della determinatezza della *regula iuris* desunta dalla sentenza *Taricco* viene sollecitata sotto un duplice profilo: quello della ragionevole prevedibilità, in base al quadro normativo vigente al tempo del fatto, che l’art. 325 TFUE avrebbe imposto la non applicazione della disciplina nazionale sugli atti interruttivi della prescrizione; e quello dell’assegnazione al giudice di “discrezionali valutazioni di politica criminale”, in violazione del “principio di separazione dei poteri di cui l’art. 25, secondo comma, Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale”¹⁹.

Ma la verifica sollecitata non è una ‘delega in bianco’ alla Corte di Lussemburgo, perché la Consulta, sul presupposto già esplicitato che la determinatezza, in quanto declinazione del principio di legalità e della separazione dei poteri, rappresenta un “principio supremo”, non esita a pronunciarsi su entrambi i profili, pur sempre ribadendo l’esclusiva competenza della Corte di Giustizia nell’interpretazione della base legale, individuata nell’art. 325 TFUE²⁰: quanto al primo, richiamandosi anche all’art. 7 CEDU ed alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la Corte sostiene di essere “convinta che la persona non potesse ragionevolmente pensare, prima della sentenza resa in causa *Taricco*, che l’art. 325 TFUE prescrivesse al giudice di non applicare” le norme sull’interruzione della prescrizione, 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; in ordine al secondo profilo, la Consulta afferma che “non vi è modo di definire in via interpretativa con la necessaria determinatezza il requisito del numero considerevole di casi, cui è subordinato l’effetto indicato dalla Corte di giustizia”; al riguardo, pur non dubitandosi che il requisito si riferisca alla “sistematica impunità”, “tuttavia il concetto rimane per sua natura ambiguo, e comunque non riempibile di contenuto attraverso l’esercizio della funzione interpretativa”.

E in uno dei passaggi maggiormente significativi dell’ordinanza della Corte costituzionale, probabilmente di quelli che potrebbero maggiormente ‘fertilizzare’ la

¹⁸ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 9.

¹⁹ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 5.

²⁰ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 5: “Non spetta certamente a questa Corte attribuire all’art. 325 TFUE un significato differente da quello che gli conferisce la Corte di Giustizia; è invece suo dovere prendere atto di quel significato e decidere se esso fosse percepibile dalla persona che ha realizzato la condotta avente rilievo penale”.

giurisprudenza (anche costituzionale) futura, viene affermato che la legge penale, che governa l'attività giurisdizionale, "non può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo al giudice"²¹.

È, dunque, sulla base di tali profili di incompatibilità che la Consulta sottopone la questione pregiudiziale, ritenendo "necessario chiedersi se la Corte di giustizia abbia ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla regola anche quando essa confligge con un principio cardine dell'ordinamento italiano"²²; ancora una volta, nel rispetto del galateo istituzionale, precisando che "questa Corte pensa il contrario, ma reputa in ogni caso conveniente porre il dubbio all'attenzione della Corte di giustizia".

E la questione pregiudiziale viene sottoposta declinando la dimensione eurounitaria (*recte*, internazionale) dei controlimiti, che, lungi dall'evocare una "comunitarizzazione dei controlimiti", e dall'invocare l'articolo 11 Cost., fornisce una lettura dei "rapporti tra Unione e Stati membri" imperniata sugli artt. 4, § 3, e 6, § 3, TUE, e connotata dal "principio di leale cooperazione" – "che implica reciproco rispetto e assistenza", e "comporta che le parti siano unite nella diversità" –, e dall'incorporazione, nel diritto dell'Unione, delle "tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri".

Sulla base di tali coordinate, infatti, la Consulta imposta, con affermazioni lungimiranti e di alto profilo, la questione del rapporto tra fonti nazionali e sovranazionali, che, consapevolmente, non può essere sminuita a "mera articolazione tecnica del sistema", dovendo "l'obiettivo dell'unità", che "giustifica una rinuncia a spazi di sovranità", essere perseguito con la "capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro"²³; ne consegue che "il diritto dell'Unione, e le sentenze della Corte di giustizia che ne specificano il significato ai fini di un'uniforme applicazione, non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale".

Sempre nell'ottica dei rapporti tra Unione e Stati membri, la Consulta provvede ad una delimitazione dei confini, chiarendo che, se alla Corte di giustizia spetta il "compito di definire il campo di applicazione del diritto dell'Unione", è alla Corte

²¹ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 5: "Non è invece possibile che il diritto dell'Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale e che, in difetto di una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni, quest'ultimo sia tenuto a raggiungerlo con qualunque mezzo rinvenuto nell'ordinamento".

²² Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 6.

²³ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 6: "Il primato del diritto dell'Unione non esprime una mera articolazione tecnica del sistema delle fonti nazionali e sovranazionali. Esso riflette piuttosto il convincimento che l'obiettivo della unità, nell'ambito di un ordinamento che assicura la pace e la giustizia tra le Nazioni, giustifica una rinuncia a spazi di sovranità, persino se definiti da norme costituzionali. Al contempo la legittimazione (art. 11 della Costituzione italiana) e la forza stessa dell'unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 del TUE) nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE). In caso contrario i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri".

costituzionale che spetta l'*Identitätskontrolle*, “la verifica ultima circa l’osservanza dei principi supremi dell’ordinamento nazionale”.

Sulla base di tale delimitazione di competenze, la Consulta individua in due passaggi – per la verità non particolarmente significativi²⁴ – della sentenza *Taricco* (i paragrafi 53 e 55) la ‘via di fuga’ per evitare il contrasto, il *commodus discessus* offerto alla Corte di Lussemburgo, dai quali dovrebbe evincersi che “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”.

Questa, in altri termini, è, secondo la Consulta, l’interpretazione della ‘regola *Taricco*’ in grado, da un lato, di “preservare l’identità costituzionale della Repubblica italiana”, e, dall’altro, di non compromettere “le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell’Unione”, non essendo “in discussione il significato che la Corte di giustizia ha rinvenuto nell’art. 325 del TFUE”²⁵.

“Il primato del diritto dell’Unione non è posto in discussione nel caso oggi a giudizio, perché (...) 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”.

A questo passaggio argomentativo viene affidato il compito di disinnescare la questione *Taricco*, proponendo un compromesso (onorevole?) per entrambe le Corti, e per i rispettivi ordinamenti; e, tuttavia, la proposta di dialogo viene fondata su quella che, con efficace metafora, è stata definita la “rottura delle molecole” tra il concetto di *primauté*, di effetto diretto, e quello di “diretta applicabilità”²⁶.

E questa ‘proposta’, tuttavia, non è detto che possa persuadere la Corte di Lussemburgo, essendo in essa insito un meccanismo di sterilizzazione del diritto dell’Unione generalizzabile, e perciò pericoloso per la sopravvivenza della funzione ‘promozionale’ del diritto eurounitario, assunto dalla Corte UE quale motore propulsore del processo di integrazione europea: la “rottura delle molecole”, infatti, potrebbe mettere in circolo un atomo potenzialmente letale per l’affermazione del primato del diritto ‘comunitario’, per la “funzione propulsiva delle decisioni giuridiche

²⁴ C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia. Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)*, in questo volume, § 1, con un colto richiamo mitologico, sottolinea come la Consulta, novella “Porzia”, abbia trovato la via di uscita “in un classico cavillo da legulei”.

²⁵ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 8: “L’impedimento del giudice nazionale ad applicare direttamente la regola enunciata dalla Corte non deriva da una interpretazione alternativa del diritto dell’Unione, ma esclusivamente dalla circostanza, in sé estranea all’ambito materiale di applicazione di quest’ultimo, che l’ordinamento italiano attribuisce alla normativa sulla prescrizione il carattere di norma del diritto penale sostanziale e la assoggetta al principio di legalità espresso dall’art. 25, secondo comma, Cost. È questa una qualificazione esterna rispetto al significato proprio dell’art. 325 del TFUE, che non dipende dal diritto europeo ma esclusivamente da quello nazionale”.

²⁶ C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, cit., § 2.

sulle decisioni politiche”²⁷, e per l’opera di costante erosione delle competenze nazionali in favore di quelle europee.

L’altro *commodus discessus* offerto alla Corte di giustizia per ‘riformulare’ la *regula iuris* contenuta nella sentenza *Taricco*, sterilizzandone l’applicazione diretta, consiste, infine, nel richiamo al principio di determinatezza, quale precipitato costituzionale del “principio cardine della separazione dei poteri”²⁸, comune “alle tradizioni costituzionali degli Stati membri”, e dunque “principio generale del diritto dell’Unione”, quale ulteriore e necessario momento di verifica della compatibilità della ‘regola Taricco’ con l’art. 49 della Carta di Nizza; infatti, “la sentenza resa in causa Taricco ha escluso l’incompatibilità della regola lì affermata rispetto all’art. 49 della Carta di Nizza con riguardo al solo divieto di retroattività, mentre non ha esaminato l’altro profilo proprio del principio di legalità, ovvero la necessità che la norma relativa al regime di punibilità sia sufficientemente determinata”.

Al riguardo, infatti, viene richiamata la peculiarità degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law* – che, giova sottolinearlo, in seguito alla c.d. *Brexit*, rappresentano la quasi totalità dei membri dell’Unione europea, essendo rimasto, quale ordinamento di *common law*, soltanto quello della Repubblica di Irlanda –, per evidenziare che “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”²⁹.

Ebbene, nel rilevare che “l’art. 325 del TFUE, pur formulando 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”, la Consulta afferma che “questa conclusione **eccede il limite proprio della funzione giurisdizionale** nello Stato di diritto quanto meno nella tradizione continentale, e non pare conforme al principio di legalità enunciato dall’art. 49 della Carta di Nizza”; sulla base di tali premesse, dunque, invoca una verifica della compatibilità della ‘regola Taricco’ “con l’art. 49 della Carta di Nizza, che ha lo stesso valore dei Trattati (art. 6, paragrafo 1, del TUE), sotto il profilo della *carente determinatezza della norma europea*, quando interferisce con i diritti degli imputati in un processo penale”³⁰.

4. L’ordinanza ‘monito’ e lo spostamento del baricentro della produzione del diritto penale.

La decisione della Corte costituzionale, che sembra rivelare una sorta di ‘ipocrisia’ argomentativa, essendo fondata sulla simulazione di devozione

²⁷ C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 8 ss.

²⁸ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 9.

²⁹ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 9.

³⁰ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 9.

“istituzionale” al primato del diritto UE, e sulla contemporanea sterilizzazione della ‘regola *Taricco*’, potrebbe essere definita, in termini descrittivi, come un’ordinanza “monito”; un monito rivolto alla Corte di Giustizia UE affinché rivisiti la *regula iuris* affermata con la sentenza *Taricco*, rendendola non incompatibile con i principi supremi dell’ordinamento nazionale.

Se si pensa al fatto che le sentenze-monito sono state tradizionalmente rivolte al legislatore, con un invito a rendere la disciplina di un dato oggetto conforme a Costituzione³¹, in alcuni casi accompagnandolo da una sorta di minaccia di una possibile decisione di accoglimento³² – come nel caso dell’ordinanza 24 del 2017 –, il differente destinatario al quale è, questa volta, rivolto il “monito” – la Corte di Giustizia UE – appare un indice francamente eloquente dello spostamento del baricentro delle fonti di produzione (anche) del diritto penale.

Ed in un sistema costituzionale tuttora presidiato dal principio di riserva di legge assoluta in materia penale il rilievo dovrebbe far molto riflettere, anche in una prospettiva che prescinde dall’occasione fornita dalla sentenza *Taricco*, sulle lunghe traiettorie percorse, probabilmente abbacinati da un inconsapevole e dogmatico ‘euro-entusiasmo’, sulla strada della dissoluzione del sistema costituzionale di produzione del diritto penale.

5. I frutti maturi, i frutti nuovi...

La decisione della Corte costituzionale, pur nella forma dell’ “ordinanza”, e nella sostanziale sinteticità, rivela contenuti densissimi e forieri di molteplici considerazioni, in differenti prospettive.

Nella prospettiva dei rapporti tra ordinamento sovranazionale e ordinamento costituzionale, spiccano due profili evidenziati dalla Consulta.

Innanzitutto, l’affermazione del principio dell’*unità nella diversità* quale presupposto per legittimare la rinuncia agli spazi di sovranità, persino se definiti da norme costituzionali; rinuncia che, nell’ambito di un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 TUE), è intrinsecamente fondata sulla capacità dell’Unione “di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale”; nel sottolineare che “in caso contrario i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri”, la Consulta sembra elaborare una sorta di monito per rammentare, con elegante circonlocuzione, che gli Stati nazionali sono

³¹ Per tutti, T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2013, 13° ed. aggiornata da G. Silvestri, p. 504.

³² M. BELLOCCI - T. GIOVANNETTI, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale, Quaderno predisposto in occasione dell’incontro di studio con la Corte costituzionale di Ungheria*, 11 giugno 2010, p. 21, che rammentano, altresì, la definizione, in dottrina, di sentenze di incostituzionalità accertata, ma non dichiarata, o di sentenze di rigetto (o di inammissibilità) con accertamento di incostituzionalità.

tuttora i “signori dei Trattati” (*Herren des Verträge*³³), che rinvengono il proprio fondamento proprio in quelle strutture costituzionali che la Corte di giustizia pretenderebbe di dissolvere.

Un implicito *caveat* per suggerire che il dissolvimento dei ‘pilastri’ costituzionali degli Stati membri comporterebbe l’automatico crollo della ‘costruzione’ europea, che su quei pilastri è stata eretta.

Un altro ‘frutto maturo’, che era tempo di staccare dall’albero delle enunciazioni teoriche, concerne la rivendicazione del ruolo di esclusivo custode dei ‘controlimiti’, anche nei rapporti con l’ordinamento eurolunitario.

La Consulta, infatti, è molto netta nell’affermare che la Corte di giustizia ha il compito di definire il campo di applicazione del diritto dell’Unione, ma che la valutazione in ordine al rispetto dell’*identità costituzionale*, alla compatibilità del diritto eurolunitario (come interpretato dalla Corte UE) con i principi supremi e i diritti inalienabili garantiti dall’ordinamento nazionale compete esclusivamente alla Corte costituzionale.

Una rivendicazione che sembrava ormai ineludibile, perché la Corte di giustizia, innescando il meccanismo del ‘dialogo diretto’ con i giudici comuni, ha tentato di dissolvere il controllo accentratore di costituzionalità, così come delineato (anche) nel nostro ordinamento costituzionale; nell’affidare al giudice comune il compito di disapplicare direttamente la disciplina nazionale, allorché contrastante con gli scopi e gli interessi europei, la Corte di Lussemburgo, con la ‘regola *Taricco*’, non faceva altro che spostare il baricentro da un controllo accentratore (sulla legittimità costituzionale) ad un *controllo diffuso* sull’*adeguatezza politico-criminale* della legge – profilo comunque estraneo alla competenza della Consulta³⁴, essendo prerogativa esclusiva del legislatore –, rimesso al giudice comune.

Nella prospettiva costituzionale è possibile invece cogliere i ‘frutti nuovi’ germinati dalla decisione della Consulta.

Nella chiara rivendicazione del ruolo della Corte costituzionale di custode esclusivo dell’*Identitätskontrolle* assume, infatti, un ruolo centrale il “ripudio” del “giudice di scopo”³⁵ ed il rinnovato spessore riconosciuto al principio di determinatezza.

Nell’estromettere il “giudice di scopo” dall’orizzonte costituzionale dell’ordinamento nazionale, e, di conseguenza, dallo ‘strumentario’ utilizzabile dalla Corte di giustizia per l’esplicazione della funzione propulsiva autoattribuitasi, la Consulta afferma “il principio che l’attività del giudice (...) deve dipendere da

³³ Secondo l’espressione alla quale il *Bundesverfassungsgericht* è rimasta ancorata a partire dalla decisione sul Trattato di Maastricht (BVG, Secondo senato, 12 ottobre 1993).

³⁴ Sui limiti del controllo di legittimità sui presupposti fattuali delle scelte di criminalizzazione o di risposta al reato, per tutti, D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1004 ss.

³⁵ C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, cit., § 3, che sottolinea l’uso del medesimo verbo – “ripudiare” – adoperato nell’art. 11 Cost., quasi a richiamare le fondamentali ragioni di pace su cui poggiano le limitazioni di sovranità.

disposizioni legali sufficientemente determinate”³⁶, sostenendo che la determinatezza non possa ritenersi rispettata allorquando i concetti adoperati dalla norma – gli elementi normativi della fattispecie – non siano “riempibili di contenuto attraverso l’esercizio della funzione interpretativa”³⁷.

Sembra, dunque, che il canone della determinatezza non possa più esaurirsi nella ‘determinabilità’ della norma, sulla scorta anche dell’interpretazione (costante) del giudice – nel solco della giurisprudenza costituzionale pronunciata sul reato di “disastro innominato”³⁸ –, ma debba coincidere con l’esaustività precettiva della descrizione legale.

L’interrogativo che occorre porsi, nella vicenda *Taricco*, concerne, di conseguenza, la reale latitudine del “profilo della carente determinatezza della *norma europea*”³⁹ evidenziata dalla Consulta.

In altri termini, se la determinatezza venisse intesa come ‘determinabilità’, sarebbe sufficiente, alla Corte di giustizia, integrare i requisiti ed i presupposti della *regula iuris* posta con la sentenza *Taricco*, magari ‘tassativizzandola’ mediante precisazione del requisito di gravità delle frodi, e del numero considerevole di frodi gravi. In tal senso, l’oggetto della determinatezza sarebbe la *regula iuris*, come formulata (e, in ipotesi, integrata) dalla Corte di giustizia.

Nella declinazione che sembra (o si auspica) essere stata assunta dalla Corte costituzionale, invece, l’oggetto della verifica del rispetto del principio di determinatezza non è la *regula iuris* affermata dalla sentenza della Corte UE, bensì la *disposizione (recte, la norma)*; e la funzione storica di garanzia tradizionalmente assegnata alla determinatezza, quale corollario della separazione dei poteri e quale presupposto di conoscibilità della ‘legge’ in funzione di libertà⁴⁰, nonché quale precipitato del principio di riserva di legge, è intrinsecamente legata alla determinatezza dell’*enunciato normativo*⁴¹.

Più in generale, alzando lo sguardo dal ‘caso *Taricco*’, da tale ricostruzione potrebbe conseguire un abbandono dell’atteggiamento di *self-restraint* e di refrattarietà al sindacato di legittimità declinato sulla tassatività, ed una futura maggiore predisposizione della giurisprudenza costituzionale ad affrontare le

³⁶ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 9.

³⁷ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 5.

³⁸ Corte Cost., 1 agosto 2008, n. 327.

Al riguardo, C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, cit., § 3, richiamando l’immagine efficacemente proposta da Francesco F. PALAZZO della geometria variabile della determinatezza, trasformatasi da linea verticale in triangolo (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 di pubblicazione, p. 3 del dattiloscritto), evidenzia come, nella sentenza del 2008, la determinatezza si rivolga *anche* al giudice, per supplire in via interpretativa ad eventuali carenze descrittive della fattispecie (p. 14).

³⁹ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 9.

⁴⁰ In tema, per tutti, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Milano, 1979, *passim* (spec. p. 138 ss., 163 ss.); S. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, *passim*.

⁴¹ F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 319 ss.

questioni proposte con riferimento al parametro della determinatezza della norma penale; e questo sarebbe senz'altro un "frutto nuovo".

Il rischio è che il maggior *standard* di determinatezza venga preteso con riferimento alla sola dimensione della "punibilità", e non anche con riferimento al precetto integrativo della fattispecie incriminatrice; il passaggio in cui la Consulta sottolinea "la necessità che la norma relativa al regime di *punibilità* sia sufficientemente determinata"⁴², infatti, potrebbe fondare un 'doppio binario' nella verifica di costituzionalità, nel senso che, alla stregua del brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali scripta et stricta*, la 'determinatezza rinforzata' potrebbe ritenersi riferita solo alla *poena* (il regime della punibilità), non anche al *crimen*.

Nella prospettiva più strettamente penale, va sottolineato l'inserimento del regime della prescrizione nell'orbita del principio di stretta legalità.

A differenza delle precedenti pronunce della Consulta, nelle quali veniva affermata la natura sostanziale della prescrizione "nell'attuale configurazione", l'ordinanza n. 24 del 2017 sembra attrarre definitivamente la prescrizione, in quanto "istituto che incide sulla punibilità della persona"⁴³, nell'area del principio di legalità, sottoponendola al connesso regime di garanzia, e affrancandola da eventuali – e auspicabili – differenti qualificazioni normative in senso processuale⁴⁴.

In altri termini, se la prescrizione dovesse essere oggetto di una riforma – che ci si auspica essere sensibilmente diversa da quella in corso di approvazione⁴⁵ – che la connotasse in termini processuali, ad esempio mediante qualificazione come causa di estinzione del procedimento (e non del reato) e/o previsione di una sospensione dei termini in coincidenza con l'esercizio dell'azione penale, la sottoposizione al principio di legalità escluderebbe l'applicabilità del regime processuale del *tempus regit actum*, fondando, al contrario, l'irretroattività del regime di "punibilità" più sfavorevole.

6. ...e qualche frutto avvelenato.

La decisione della Consulta merita ampia condivisione.

E, tuttavia, qualche notazione critica non può essere evitata.

Vi è il rischio che qualche 'omissione' possa far germinare... "frutti avvelenati".

Vediamoli brevemente.

La decisa e alta riaffermazione del principio di legalità in materia penale quale principio supremo, cardine, dell'ordinamento costituzionale, viene declinata con

⁴² Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 9.

⁴³ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 4.

⁴⁴ Per un'utile panoramica, F. GIUNTA – D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003; S. SILVANI, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna, 2009; sia, altresì, consentito rinviare a G. RICCARDI, *La riforma della recidiva e della prescrizione tra ossimori politico-criminali e schizofrenie legislative*, in *Ind. pen.*, 2007, 509 ss.

⁴⁵ Il riferimento è al c.d. DDL di riforma penale (S. 1844) approvato dal Senato il 15 marzo 2017.

riferimento, essenzialmente, alla irretroattività e alla determinatezza della norma penale.

Probabilmente per ragioni ‘tattiche’ e diplomatiche, ma la riserva di legge viene evocata, solo *en passant*, e senza alcuna argomentazione, in un veloce inciso nel quale viene sollecitata la verifica del rispetto della “riserva di legge” e del “grado di determinatezza” della norma desunta dall’art. 325 TFUE⁴⁶.

È verosimile che il rispetto del principio di riserva di legge non sia stato esplicitamente invocato, per evitare di impegnarsi su una questione – quella del *deficit* di democraticità del procedimento di produzione del diritto eurounitario – che, probabilmente, rappresenta la genesi di tutte le frizioni con i valori costituzionali, contenutistici e formali.

Il “frutto avvelenato” che potrebbe maturare, perché eccessivamente esposto agli agenti patogeni, potrebbe germinare dall’atteggiamento agnostico mantenuto nel processo di graduale trasformazione della *riserva di legge* in una *riserva di diritto*⁴⁷; con il conseguente dissolvimento delle garanzie legate, storicamente e istituzionalmente, al monopolio legislativo del diritto penale⁴⁸.

Peraltro, la riserva di legge potrebbe essere un parametro ‘recuperato’ in sede di giudizio costituzionale, laddove la Corte di giustizia dovesse ostinarsi nel “monologo”.

Analogamente va detto con riferimento al principio della finalità rieducativa della pena, invocato da una delle ordinanze di rimessione⁴⁹, in quanto compromesso dall’innesto degli interessi finanziari dell’Unione nelle finalità perseguite dalla pena; poiché gli interessi finanziari dell’UE connotano il *fatto-reato concreto, non* già la *fattispecie incriminatrice astratta*, finiscono per penetrare impropriamente nel giudizio sulla concreta punibilità, assecondando una commistione di *finalità della pena* eccentrica rispetto al paradigma costituzionale affermato nell’art. 27, comma 3, Cost. .

Essendo anche il principio di rieducazione, nell’interazione con il principio di responsabilità penale personale, un fondamento dell’identità costituzionale italiana, un principio supremo, viene in rilievo l’omesso richiamo nell’ordinanza della Consulta; omissione che, peraltro, assume maggior significato ove considerata alla luce della diversa concezione *funzionalista* delle sanzioni – effettive, proporzionate e dissuasive –, che domina nell’area eurounitaria e nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo.

Ma anche il valore *personalistico* della rieducazione potrebbe essere suscettibile di ‘recupero’, nel caso dovesse giocarsi il ‘terzo tempo’.

Infine, il più ‘pericoloso’ tra i possibili “frutti avvelenati”: la portata interpretativa ed applicativa dell’art. 325 TFUE.

⁴⁶ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 5.

⁴⁷ Sul punto, resta fondamentale Corte Cost., 12 ottobre 2012, n. 230, secondo cui la minore estensione della ‘legalità convenzionale’ rispetto alla ‘legalità costituzionale’ “preclude una meccanica trasposizione nell’ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale” (corsivo nostro).

⁴⁸ C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2016, 419 ss.

⁴⁹ Cass.pen., Sez. 3, 30.3.2016 (dep. 8.7.2016), n. 28346, Cestari, § 4.8.

La Consulta, infatti, ha mantenuto un atteggiamento di rigoroso *self-restraint* sulla norma del Trattato assunta – invero con una non insignificante dose di ‘arbitrarietà’ – dalla Corte di giustizia quale fondamento, base legale, dell’obbligo di disapplicazione sancito con la ‘regola *Taricco*’: atteggiamento ribadito in diversi passaggi, e ben compendiato nell’affermazione secondo cui “Non spetta certamente a questa Corte attribuire all’art. 325 del TFUE un significato differente da quello che gli conferisce la Corte di giustizia; è invece suo dovere prendere atto di quel significato e decidere se esso fosse percepibile dalla persona che ha realizzato la condotta avente rilievo penale”⁵⁰.

Ebbene, l’opzione della Consulta, pur se astrattamente e formalmente corretta, rischia di legittimare una auto-attribuzione di competenze penali da parte della Corte di Lussemburgo che esula dai limiti ‘internazionali’ sanciti dai Trattati sull’Unione⁵¹.

È vero che la Corte di giustizia è, tra le altre attribuzioni, custode esclusiva dell’interpretazione del diritto dell’UE, per garantire l’applicazione uniforme in tutti gli Stati membri; e tuttavia tale attribuzione non può essere estesa al di fuori dei limiti ‘materiali’ del diritto dell’Unione, oltre le competenze attribuite dai Trattati.

Il valore generale, normativo, delle sentenze della Corte di Giustizia è sì pacifico, ma soltanto nell’ambito delle attribuzioni e delle competenze dell’Unione; e la materia penale, come è noto, non rientra tra le attribuzioni dirette degli organi europei, ma soltanto tra le competenze indirette; il Trattato UE prevede l’adozione di *direttive* in alcune sfere di criminalità caratterizzate da una dimensione transnazionale (art. 83 TFUE), tra le quali, tra l’altro, non rientrano, allo stato, le frodi agli interessi finanziari dell’Unione.

Riconoscere valore *normativo*, generale, alle sentenze europee anche in materia penale significherebbe attribuire alla Corte di Giustizia un *potere implicito* non previsto dai Trattati.

Peraltro, la dottrina degli *effetti diretti*, sulla quale è fondato l’obbligo di disapplicazione sancito dalla sentenza *Taricco*, è stata elaborata dalla Corte di Lussemburgo fin dalla sentenza *van Gend & Loos* (C- 26/62), al fine di assicurare una tutela diretta dei diritti dei cittadini riconosciuti dal diritto europeo; ma, secondo quanto chiaramente affermato (tra l’altro) nella sentenza *Berlusconi*⁵², l’effetto diretto non si può produrre in danno del privato, aggravandone la responsabilità penale, ma

⁵⁰ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 5.

⁵¹ *Amplius* sia consentito rinviare a G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte eurounitaria tra limiti di attribuzione ‘internazionale’ e controlimiti ‘costituzionali’*, cit., p. 30 ss.; G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem e controlimiti: apogeo o declino del diritto penale europeo?*, cit., p. 595 ss.

⁵² Corte di Giustizia, Grande Sezione, 3 maggio 2005, Berlusconi, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2764 (con nota di G. INSOLERA - V. MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul “falso in bilancio”: un epilogo deludente?*, *ivi*, p. 2768), ha affermato che “una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle dette disposizioni” (§§ 74 e 78).

Analogo principio è stato affermato dalla Corte di Giustizia, Grande Sezione, 16 giugno 2005, Pupino, § 45, a proposito dell’interpretazione conforme delle decisioni quadro.

soltanto in favore del cittadino, per assicurare la tutela dei diritti nei confronti del comportamento omissivo dello Stato⁵³.

La teoria degli *effetti diretti*, invocata dalla sentenza Taricco, viene, dunque, adoperata per una vistosa appropriazione di competenze penali dirette, in contrasto con la consolidata giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia⁵⁴, e con l'ordine costituzionale dei poteri, come definiti, in Italia, dalla Corte costituzionale⁵⁵.

Né, del resto, la provenienza nazionale della norma applicabile in caso di disapplicazione potrebbe obliterare la violazione del principio di riserva di legge, poiché sarebbe comunque la Corte di Giustizia, al di fuori delle attribuzioni e delle competenze ad essa spettanti, ad individuare la disposizione, prevista per altre ipotesi, da applicare nella fattispecie; ritenere che la riserva di legge sia preservata dalla circostanza che anche la norma sul 'prolungamento' dei termini di prescrizione sia prevista dal codice penale⁵⁶ implicherebbe una inammissibile scissione della norma, sotto il profilo della teoria generale, tra fattispecie ipotetica e conseguenza giuridica: in altri termini, la fattispecie ipotetica che regola l'interruzione della prescrizione nei reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE sarebbe disciplinata da una differente conseguenza giuridica – la disciplina sull'interruzione dettata per i reati c.d. di criminalità organizzata –, prevista per una diversa fattispecie ipotetica; e ciò sulla base della sentenza della Corte di Lussemburgo.

Appare evidente che una tale interpolazione sia frutto di un'operazione di 'ortopedia normativa' che non rientra nelle attribuzioni della Corte di giustizia; del resto, ove una tale 'operazione' fosse stata posta in essere da un giudice nazionale, sarebbe stata fuori discussione la clamorosa violazione del divieto di analogia *in malam partem*, anch'esso coperto, in materia penale, dalla garanzia costituzionale dell'art. 25, comma 2, Cost..

Va, al riguardo, evidenziato che i limiti all'introduzione degli obblighi di disapplicazione *in malam partem* sanciti dalla Corte di Giustizia non sono soltanto 'interni' all'ordinamento nazionale (i c.d. controlimiti costituzionali), ma sono anche

⁵³ In tema, per tutti, C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., p. 230 ss., che desume, dalla giurisprudenza europea, la 'regola' secondo cui le norme euro unitarie con *effetti espansivi* del penalmente rilevante sono sprovviste di *effetti diretti* (p. 237 ss.); C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, cit., § 2.

⁵⁴ R. BIN, [Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?](#), in *questa Rivista*, 4 luglio 2016, 1, sostiene che "la sentenza Taricco sovverte incautamente mezzo secolo di giurisprudenza della Corte di giustizia", in quanto "segna una rottura immotivata" e "importante" nella giurisprudenza della stessa Corte (p. 6), diretta ad estendere l'ambito delle ipotesi di disapplicazione delle leggi nazionali in contrasto con il diritto europeo.

⁵⁵ R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata*, cit., p. 7.

⁵⁶ M. GAMBARDELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1468; 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 *Atti del Convegno di studi "Aspettando la Corte Costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo"*, in *Rivista AIC*, n. 4 dell'11/11/2016, p. 57; in senso analogo si esprime anche E. LUPO, [La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco](#), in *questa Rivista*, 26 febbraio 2016, p. 10-11, secondo cui "l'unica particolarità è che detta modifica è prodotta non da una legge italiana, ma dal diritto primario dell'UE, come interpretato dalla Corte di Lussemburgo".

‘esterni’ ad esso, coincidendo con i limiti di attribuzione delle competenze dell’Unione europea; limiti che, in quanto fissati da Trattati, hanno carattere internazionale.

Le *limitazioni* di sovranità intanto sono costituzionalmente legittime, in quanto siano adottate “*nelle forme e nei limiti*” previsti dalle fonti che le consentono.

Se il profilo dei ‘controlimiti’ attiene precipuamente ai “*limiti*” delle limitazioni di sovranità, la dimensione dei *limiti di attribuzione* sembra coinvolgere in maniera diretta anche le “*forme*” delle limitazioni.

Pur non rientrando nei confini di diretta sindacabilità della Corte Costituzionale, concernendo il profilo, di competenza degli organi sovranazionali, dell’interpretazione ed applicazione del diritto dell’Unione, va nondimeno rilevato, nel prisma dei *limiti* alle competenze dell’Unione, che la sentenza *Taricco* ha travalicato i confini delle attribuzioni riconosciute dal Trattato alle istituzioni dell’Unione.

In altri termini, la limitazione di sovranità che deriverebbe dalla sentenza della Corte di Lussemburgo, oltre a travalicare i “*limiti*” dell’identità costituzionale, conseguirebbe anche ad una ‘procedura decisionale’ che non rientra nelle legittime “*forme*” di limitazione, almeno con riferimento al diritto penale.

Ebbene, nel prisma delle legittime *forme* di limitazione della sovranità, in quanto consentite dall’art. 11 Cost., la Consulta – senza interloquire *in munere alieno*, sull’individuazione del contenuto dell’interpretazione – avrebbe probabilmente avuto margini argomentativi per sottolineare l’insufficienza ‘istituzionale’ dell’art. 325 TFUE ai fini dell’esercizio di una competenza penale diretta.

Invero, la Corte di Giustizia ha individuato la “base legale” per la tutela *penale* degli interessi finanziari dell’U.E. nell’art. 325 TFUE, che, come si evince dalla collocazione e dal tenore, non è una *norma penale*; l’art. 325 TFUE, infatti, è una disposizione sulla *produzione* delle leggi, rivolta agli Stati membri, a carico dei quali pone un obbligo di risultato preciso, come si evince dal paragrafo 2, secondo cui “*Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari*”.

Da tale disposizione, e dal complessivo quadro istituzionale dell’Unione, deriva che l’eventuale inadeguatezza della tutela penale apprestata da un ordinamento nazionale potrebbe essere sanzionata con una procedura di inadempimento dello Stato membro (art. 258 e ss. TFUE)⁵⁷, non già con l’affermazione di un obbligo di disapplicazione con effetti penali *in malam partem* rivolto ai giudici nazionali; oppure l’Unione avrebbe la possibilità, alternativa, di esercitare i poteri conferiti dall’art. 83 TFUE, mediante adozione di direttive, previo inserimento della materia delle frodi nell’ambito delle *competenze penali indirette* dell’Unione.

Qui si coglie, dunque, l’ulteriore profilo di travalicamento dei *limiti* e delle *forme*, in quanto il Trattato U.E. riconosce alle istituzioni ‘eurounitarie’, nell’ambito di quelle “*limitazioni di sovranità*” consentite dall’art. 11 Cost., competenza penale soltanto *indiretta*, prevedendo l’adozione di *direttive* in alcune sfere di criminalità

⁵⁷ Come pure puntualmente rilevato dalla Corte costituzionale (§ 7).

caratterizzate da una dimensione transnazionale (art. 83 TFUE), tra le quali non rientrano, allo stato, le frodi agli interessi finanziari dell'Unione.

Mentre l'assunzione dell'art. 325 TFUE quale "base legale" per la tutela *penale* di interessi finanziari dell'U.E., oltre ad eccedere la natura programmatica della disposizione, finisce per attribuire una competenza penale *diretta* all'Unione, al di fuori degli stessi limiti istituzionali previsti dal Trattato.

L'astensione della Consulta dall'interlocuzione sulla dimensione dei *limiti di attribuzione* internazionale dell'Unione rischia, dunque, di determinare, sulla base di un principio di non contestazione nella delimitazione dei poteri – e a prescindere dalla soluzione che verrà enucleata nella questione *Taricco* –, il consolidamento dell'art. 325 TFUE quale "base legale" per l'esercizio di competenze penali dirette in materia di tutela degli interessi finanziari dell'Unione⁵⁸; ovvero, addirittura, di fondare il rischio concreto di una *slippery slope*, della "fallacia del piano inclinato", materializzata dalla progressiva auto-attribuzione di *competenze penali dirette generali*, e non settoriali, in virtù dell'affermazione di un *potere implicito* in tutte le materie di tradizionale rilevanza eurounitaria, quali il riciclaggio, la corruzione internazionale, il terrorismo, gli abusi di mercato⁵⁹.

7. Poteri costituiti e poteri costituenti nella metamorfosi dei paradigmi.

Se il diritto è la formalizzazione di scelte politiche, non è possibile continuare a registrare e a legittimare, nell'ordinamento eurounitario, la funzione propulsiva delle decisioni giuridiche sulle decisioni politiche⁶⁰, con una significativa inversione dei 'formanti' di produzione del diritto; in altri termini, il progetto di integrazione europea non può continuare ad essere alimentato dalle decisioni della Corte di giustizia, in assenza di chiare scelte politiche di fondo, condivise e formalizzate secondo il sistema di produzione normativa degli ordinamenti sovranazionali.

Appare senz'altro persuasiva l'idea di una progressiva metamorfosi del "paradigma giuridico", quale *descrizione* dei fenomeni in atto; tuttavia, sotto il profilo assiologico, non può sottacersi che il *vigente* paradigma giuridico resta fondato, nei propri presupposti politico-istituzionali, sull'identità degli Stati nazionali, sulle Costituzioni che individuano il nucleo essenziale dei principi supremi, sulla

⁵⁸ V. MANES, *La Corte muove*, cit., p. 13.

⁵⁹ In senso analogo, V. VALENTINI, [La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva?](#), in *questa Rivista*, 20 giugno 2016, 14.

Una volta ammessa, perché non contestata, tale competenza in materia di frodi IVA, non si intravedono argomenti ragionevoli per impedire analoghe 'appropriazioni' di competenze in materie di rilievo eurounitario; non si condivide, dunque, l'argomentazione (M. GAMBARDELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali*, cit., p. 1480, e M. GAMBARDELLA, *Il "Caso Taricco"*, cit., p. 66) secondo cui la sentenza *Taricco* dovrebbe, e potrebbe, essere introiettata nel sistema penale nazionale, tuttavia evitando che "la rottura dell'argine apra la via all'inondazione incontrollata (...) di questioni disapplicatorie con effetti *in malam partem*", come nel caso del reato di omesso versamento dell'IVA, oggetto di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia da parte del Gip del Tribunale di Varese.

⁶⁰ Secondo l'espressione adoperata da C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit. p. 8 ss.

separazione dei poteri, e sui rapporti, anche gerarchici, tra le fonti di produzione del diritto; e fin quando gli ordinamenti politici non avranno formalizzato differenti scelte istituzionali, regolando diversamente i rapporti tra le fonti di produzione, non si potrà prescindere dai valori espressi dalle *Grundnormen*; in altri termini, il giudizio di bilanciamento tra principi, regole, norme, non può attrarre indistintamente tutte le fonti normative nella “rete” *post-moderna*, dissolvendo la *vis* normativa delle fonti-atto riconosciuta dal sistema di produzione normativa delineato dalle carte costituzionali espressive di un *potere costituente*.

La *tecnica* del bilanciamento, o degli altri strumenti interpretativi, non può prescindere dalla *politicalità* connaturata alla scelta dei sistemi di produzione delle norme, come ha, acutamente, rammentato la Corte costituzionale, osservando che “*il primato del diritto dell’Unione non esprime una mera articolazione tecnica del sistema delle fonti nazionali e sovranazionali*”⁶¹.

Qualora il nostro ordinamento venisse incorporato in un più ampio e distinto ordinamento sovranazionale, espressione dell’esercizio di un *potere costituente*, nel quale il sistema istituzionale e di produzione del diritto non sia più delineato dalla Costituzione attualmente vigente, ma da altre Carte che, in quanto tali, assumano una posizione sovraordinata, allora potrà invocarsi l’operatività di un diverso “paradigma giuridico”, in grado, in quanto *vigente*, di legittimare le istituzioni sovranazionali e/o i giudici alla produzione di norme penali.

Allo stato, invece, sembra che la risoluzione dei più significativi nodi problematici non possa essere più rimessa, con aspettative quasi taumaturgiche, alla capacità autoregolativa del c.d. ‘dialogo tra Corti’, ad una teoria dell’*interpretazione* che rischia di percorrere le traiettorie (considerate più affidabili o politicamente opportune) dell’*ermeneutica*, ma debba (ritornare a) essere affidata ad una chiara teoria delle *fonti*, tuttora espressione del costituzionalismo fondato sul principio di divisione dei poteri⁶².

In altri termini, nonostante il processo di metamorfosi degli ordinamenti giuridici stia alimentando, proprio grazie all’innervamento degli ordinamenti sovranazionali, una trasformazione del paradigma culturale della “piramide” in quello ‘reticolare’, come icasticamente raffigurato dalla metafora “*dalla piramide alla rete*”⁶³,

⁶¹ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 5.

⁶² R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in AA.VV., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli, 2009, p. 35 ss., evidenzia “lo spostamento dalla teoria delle fonti alla teoria dell’interpretazione”; R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva “quantistica”*, Milano, 2013.

Per una rigorosa e pungente critica agli «spensierati teorici dell’interpretazione “sempre analogica e creativa”» e all’idea dei giudici quali “legislatori di riserva”, G. MARINUCCI, *L’analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1254 ss. (spec. p. 1267).

In diversa, ed opposta, prospettiva, per tutti, M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell’ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2015, I, 131 ss.

⁶³ F. OST - M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002; in tal senso, nella letteratura penalistica di lingua italiana, M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell’incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 633 ss.; A. BERNARDI, *L’europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 84 ss.; M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, cit., p. 8 ss. .

nondimeno va sottolineato che, pur nel sempre più complesso sistema delle fonti di produzione del diritto, la Costituzione italiana è, e resta, l'unica espressione di un "potere costituente", essendo l'adesione ai Trattati sull'Unione Europea espressione di un "potere costituito"⁶⁴; né, del resto, alla Corte di giustizia può essere riconosciuto, nonostante l'auto-rappresentazione che viene assecondata, il ruolo di una *Corte costituzionale*, poiché ad essa è rimessa l'interpretazione e l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione, e non la custodia di una *carta costituzionale* fondativa di un *potere originario*, e quindi *costituente*; i Trattati eurounitari, infatti, sono espressione di un *potere costituito*, in quanto *derivato* dalla volontà dei singoli Stati membri, che ne sono tuttora "signori" (*Herren*).

Sicché il limite invalicabile, di riconoscibilità, del *potere costituente*, rappresentato dai principi supremi e dai diritti fondamentali, non può essere oltrepassato, senza una grave "rottura costituzionale", da un *potere costituito*; ed in ciò consiste il "predominio assiologico" della Costituzione⁶⁵.

Ed anche il mito del "dialogo tra Corti" non può probabilmente essere (più) fondato sulla immagine di una fisiologica e condivisa dialettica interpretativa: riprendendo una felice metafora originariamente elaborata a proposito del rapporto tra Corte costituzionale e giudici comuni⁶⁶, il dialogo tra Consulta e Corte di Lussemburgo è stato autorevolmente descritto con l'immagine di un "tango" danzato tra le due Corti⁶⁷; e tuttavia, il "tango rioplatense" è una forma di comunicazione emotiva che, benché caratterizzata dall'improvvisazione e dalle invasioni dello spazio del *partner*, è fondata su una serie di rigorosi codici condivisi, la cui inosservanza, da parte di uno dei ballerini, può determinare la caduta della coppia.

⁶⁴ M. LUCIANI, *Chi ha paura dei controlimiti?*, in *Atti del Convegno di studi "Aspettando la Corte Costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo"*, in *Rivista AIC*, cit., p. 77, ha opportunamente ricordato che la Corte di Giustizia non è una Corte "costituzionale", essendo stata la Costituzione europea "bocciata", in seguito ai referendum sulla ratifica di Francia e Paesi Bassi nel 2005, e che le uniche Corti deputate a determinare l'identità costituzionale dei singoli Paesi sono le Corti costituzionali.

⁶⁵ Riprendendo l'espressione, pure oggetto di critiche, adoperata da Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 49 (§ 4), in *Cass. pen.*, 2015, n. 6, 2195, con nota di V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, *ivi*, p. 2204; in dottrina, altresì, D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: «il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu»*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, n. 2, 400; M. BIGNAMI, [Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, n. 2, 288.

⁶⁶ E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Bari, 2012, p. 101 ss.

⁶⁷ La metafora è stata ripresa da Ernesto LUPO, Primo Presidente emerito della Corte di Cassazione, nel corso della relazione su "Il caso Taricco: all'incrocio tra legalità 'nazionale' ed 'europea'", tenuta all'incontro di studi "Il punto sulla legalità penale", organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, svoltosi a Scandicci il 14 febbraio 2017.