



Rivista N°: 4/2016
DATA PUBBLICAZIONE: 11/11/2016

**DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO
UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI ROMA "TOR VERGATA"**

**Atti del Convegno
"ASPETTANDO LA CORTE COSTITUZIONALE.
IL CASO TARICCO E I RAPPORTI TRA DIRITTO PENALE
E DIRITTO EUROPEO"**

Roma, Istituto Luigi Sturzo, 4 ottobre 2016

Interventi di saluto

CLAUDIO FRANCHINI
DONATELLA MORANA

Introduzione al convegno

ERNESTO LUPO

La questione di legittimità costituzionale

GIUSEPPE RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte euro unitaria tra limiti di attribuzione 'internazionale' e controlimiti 'costituzionali'*

Il dibattito

CRISTIANO CUPELLI, *Il caso Taricco e l'alibi della natura processuale della prescrizione*

LUIGI DANIELE, *La sentenza "Taricco" di fronte alla Corte costituzionale: come deciderà la Consulta?*

ENRICO GALLUCCI, *La difficile composizione tra i dicta della Corte di Lussemburgo e i principi fondamentali in materia penale*

MARCO GAMBARDELLA, *Il "caso Taricco": obblighi di disapplicazione in malam partem e compatibilità con i principi costituzionali della riserva di legge e di irretroattività*

FRANCESCO SAVERIO MARINI, *Il caso Taricco fra riserva di legge, sovranità e materia penale*

Conclusioni

MASSIMO LUCIANI, *Chi ha paura dei controlimiti?*

INTERVENTI DI SALUTO

CLAUDIO FRANCHINI*

Creata sul modello americano, “Tor Vergata” - uno dei più grandi campus in Europa per estensione con i suoi 600 ettari - nel corso dei suoi 35 anni di attività ha sempre più rafforzato la propria “reputazione” in ambito nazionale e internazionale.

Alcuni risultati raggiunti negli ultimi mesi di lavoro relativamente alle valutazioni nazionali in tema di didattica e ricerca, ai progressi nei ranking internazionalmente più quotati (segnalo il recentissimo U-MULTIRANK della Commissione dell’UE), nonché agli esiti occupazionali dei laureati dicono che stiamo andando nella direzione giusta.

Naturalmente, c’è ancora molto da fare.

Oggi, per rispondere alle sfide attuali ed essere competitiva, una Università ha bisogno del meglio: ha bisogno dei migliori docenti e ha bisogno dei migliori studenti, quelli che saranno i migliori manager, i migliori professionisti o i migliori scienziati di domani.

E ancora.

Per rispondere a queste sfide, condizione essenziale è mettere in relazione “Accademia” e “Società”, incoraggiando il dialogo con il mondo esterno. Non è un caso che lo slogan dell’Università di “Tor Vergata” sia “Oggi, l’Ateneo del domani”.

Questo pomeriggio, a dimostrazione della forte attenzione per quanto accade al di fuori dell’Ateneo, ci incontriamo per discutere dei rapporti tra diritto europeo e diritto penale nazionale con riferimento al caso Taricco, che è di prossimo esame da parte della Corte costituzionale.

Molti e vari gli argomenti degni di attenzione: in via generale, quelli dei non sempre pacifici e agevoli rapporti tra diritto interno e diritto europeo e tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e anche Corte europea dei diritti dell’uomo (c’è da chiedersi in proposito se vi sia veramente *un 'dialogo tra le Corti'*).

Più in particolare, quello del ruolo dei c.d. controlimiti. Che margini di applicazione e quale futuro hanno? Possono essere letti, dopo il Trattato di Lisbona, in chiave propulsiva nel cammino (per tante ragioni ancora incompleto) di integrazione europea? O mantengono sempre (e solo) la veste di 'argine' e 'barriera' a tutela della roccaforte della sovranità statale?

Mi sembra che il tema affrontato specificamente dalla sentenza della Corte di Giustizia sul caso Taricco sia proprio questo: il principio di legalità in materia penale, nel suo 'nucleo duro' (e cioè riserva di legge parlamentare e irretroattività della legge sfavorevole), assume il valore di 'principio supremo dell'ordinamento', come tale invocabile quale controlimite al cospetto delle pretese espansive sovranazionali (anche) in materia penale?

Naturalmente vi sono anche altri profili che meritano attenzione.

Ad esempio:

- la natura sostanziale o processuale dell'istituto della prescrizione (nel secondo caso, come ritenuto dalla Corte di giustizia, il potere di disapplicazione della relativa

* Prorettore Vicario Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”, Professore ordinario di Diritto amministrativo.

normativa riconosciuto al singolo giudice interno non chiamerebbe in causa il *nullum crimen*);

- i dubbi sull'ammissibilità delle questioni prospettate (sul piano processuale costituzionale);

- il rischio di vanificazione della separazione dei poteri e di ogni certezza (e prevedibilità) del diritto;

- e ancora gli effetti *in malam partem* per gli imputati di un allungamento - *post factum* e su base giurisprudenziale - dei termini di prescrizione.

Si tratta, evidentemente, di temi che saranno esaminati dai relatori, che ringrazio ancora una volta per aver accettato l'invito del prof. Cupelli.

Buon lavoro a tutti.

È con piacere e soddisfazione che sono qui a rivolgere a tutti i partecipanti all'odierno incontro di studio il saluto – in aggiunta al mio personale – del Dipartimento di Diritto Pubblico dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Si tratta di un'iniziativa scientifica che merita un plauso particolare per la sua tempestività, oltre che per l'autorevolezza degli interventori, ai quali desidero esprimere la mia gratitudine. Tra essi, indirizzo un particolare ringraziamento a Cristiano Cupelli, cui dobbiamo l'idea di organizzare questa occasione di riflessione e l'impegno per la sua realizzazione.

Da studiosa di diritto costituzionale, non posso che condividere lo stato di attesa interessata e, per così dire, "curiosa" rispetto alla imminente pronuncia della Corte costituzionale sul "caso Taricco", oggetto della discussione che sta per svolgersi.

I motivi dell'interesse sono facilmente comprensibili.

Anzitutto, il giudizio della Corte (quale che ne sia l'esito) riguarda una vicenda che ha toccato profili di primissimo piano del diritto (anche) costituzionale, essendo stati chiamati in causa come parametri – si vedrà se a torto o a ragione – taluni principi di fondo dello Stato di diritto in materia penale, tra cui il divieto di retroattività della norma penale sfavorevole e la necessità di rispettare la riserva di legge in tale ambito.

Inoltre, quella alla nostra attenzione sembra essere una circostanza in cui per la Corte non dovrebbe essere agevole "sottrarsi" (magari facendo leva su rilievi di natura strettamente processuale) alla necessità di adottare una pronuncia nel merito. Il modo in cui è stato incardinato il giudizio di legittimità, infatti, appare propizio – salvo smentita – perché si ottenga dal Giudice costituzionale l'assunzione di una posizione netta e chiarificatrice in ordine a questioni che, per la loro delicatezza e la loro connessione addirittura con la forma di Stato, indubbiamente la pretendono.

Infine, l'interesse è ulteriormente accentuato dal fatto che la vicenda va ad intersecare uno dei temi che sono con frequenza oggetto di evocazione nella riflessione sui rapporti tra diritto nazionale e ordinamento dell'Unione europea: quello dei controlimiti alla primazia delle norme di quest'ultimo. E uso deliberatamente il termine "evocazione", dal momento che tali "controlimiti" aleggiano spesso come figure fantasmatiche la cui consistenza reale si è sinora difficilmente avuto, almeno da noi, l'opportunità di saggiare.

Ferme restando, dunque, le molteplici ragioni di curiosità scientifica di cui si colora l'attesa, voglio solo aggiungere, con specifico riguardo all'ultimo aspetto che ho menzionato, che anche ove la Corte per la prima volta usasse concretamente l'"arma del controlimite" nei riguardi del diritto dell'Unione, ciò non necessariamente dovrebbe poi imporre una lettura *drammatizzante* degli esiti di una simile decisione. Intendo dire che da essa non deriverebbero, ad esempio, irrimediabili cesure nel processo di integrazione tra ordinamenti, né altri e simili scenari apocalittici. Anzi, l'attivazione dei controlimiti in questo ambito potrebbe in certo modo rappresentare un precipitato più raffinato dello stesso processo di integrazione, meno semplicistico rispetto al mero "trasferimento" dal giudice interno a quello europeo dell'ultima parola giurisdizionale in tema di diritti e garanzie del singolo. È sufficiente pensare al modo in cui la materia della protezione dei diritti costituzionali, anche nelle esperienze federali mature e consolidate come quella statunitense, non sia oggetto di un moto esclusivamente e irresistibilmente centripeto,

* Direttore del Dipartimento di Diritto pubblico, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", Professore ordinario di Diritto costituzionale.

ma rappresenti anzi il vero banco di prova della logica “multilivello” e di quella “pluralità nell’unità” che ne è alla base.

Nessun dramma, dunque, ma semmai un potenziale e fisiologico passaggio evolutivo, collocato all’interno di dinamiche volte alla progressiva configurazione di un ordinamento complesso, che non determini però un arretramento sul piano del grado di protezione dei diritti individuali.

Ma ho già sottratto troppo tempo ai relatori ed al dibattito; non mi resta allora che ringraziarvi e porgervi i migliori auguri di buon lavoro.

INTRODUZIONE AL CONVEGNO

ERNESTO LUPO*

L'oggetto immediato dell'incontro odierno è costituito da una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) importantissima. Con essa la Corte incide su un settore dell'ordinamento – quello penale – nel quale finora era entrata in misura molto limitata. E incide pesantemente: da qui i problemi che essa pone. È una sentenza che, in coerenza con il suo rilievo giuridico, è stata commentata da moltissimi autori: non pochi l'hanno contestata in modo deciso. Ciò è avvenuto perché la sentenza, oltre ad entrare in un diritto che è l'espressione tipica della sovranità del singolo Stato, è la prima pronuncia europea concernente l'Italia che determina un restringimento dei diritti dell'imputato e non un loro ampliamento (in precedenza vi era stata la sentenza del 26 febbraio 2013, sul caso Melloni, relativa all'ordinamento penale della Spagna). E' questo il *novum* della sentenza. In passato più di una sentenza della CGUE ha ampliato, direttamente o indirettamente, i diritti dell'imputato, mentre questa è la prima volta che una pronuncia li restringe.

La lettura della sentenza da parte della maggioranza dei commentatori è quella che, con una bella espressione, la Prof.ssa Morana ha chiamato "*lettura drammatizzante*". Cioè una lettura che pone un dramma, un contrasto tra due principi, ambedue valevoli dal punto di vista astratto. Da una parte il principio, che è fondamentale nel diritto europeo, della *primauté* del diritto dell'UE, primazia quindi delle sentenze del giudice che quel diritto applica. Tale principio è un punto fermo dell'ordinamento europeo, a partire da alcune sentenze degli anni '60 della CGUE. Contrapposta alla primazia del diritto europeo (e quindi della recente sentenza Taricco della CGUE), c'è l'altro estremo del possibile dramma, e cioè i controlimiti, che sono i limiti costituzionali che incontra la nostra cessione di sovranità, consentita dall'art. 11 Cost. repubblicana, e costituente perciò una limitazione della sovranità stessa.

Il concetto dei controlimiti è già stato affermato in concreto nella nostra esperienza costituzionale, in origine per quanto riguarda l'ordinamento concordatario tra Stato e Chiesa cattolica. In alcune sentenze degli anni '70 e '80 si affermò che quel concordato incontrava limiti nei "principi supremi dell'ordinamento costituzionale", e questo portò alla pronuncia di incostituzionalità n.18/1982 per violazione del principio della tutela giurisdizionale previsto dall'art.24 Cost.. Recentemente i controlimiti sono stati ravvisati dalla Corte costituzionale nei confronti dell'ordinamento internazionale, in relazione alla norma consuetudinaria dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione per atti *jure imperii* (sentenza n.238/2014). Il giudice costituzionale ha affermato in astratto la possibile operatività dei controlimiti anche rispetto al diritto europeo, ma essi non sono mai stati applicati in concreto. Di fronte alla sentenza Taricco viene invocata l'esistenza di controlimiti.

A mio avviso, prima del dramma, di questa contrapposizione netta tra *primauté* (e dunque prevalenza della sentenza), e controlimiti (e quindi prevalenza del nostro ordinamento e conseguente inefficacia del diritto europeo come risultante dalla sentenza

* Primo Presidente Emerito Corte di Cassazione.

Tarocco), c'è il dovere di qualunque giurista di tentare un coordinamento tra queste due posizioni estreme, di evitare cioè il dramma. Credo che sia doveroso in quanto apparteniamo ad un ordinamento europeo, abbiamo accettato la cessione di sovranità all'Unione e quindi occorre accertare se è possibile percorrere una strada che eviti il dramma.

Anche nel caso Melloni il Tribunal Constitucional spagnolo, che aveva prospettato al CGUE possibili contrasti tra la normativa europea sul mandato di arresto europeo e la Costituzione nazionale, di fronte alla sentenza europea che ha dato prevalenza alla prima normativa, ha poi interpretato la propria disposizione costituzionale (art. 24) in modo compatibile con il diritto europeo, e quindi coordinandola con il medesimo.

D'altro canto – come è stato detto, anche se non con la sottolineatura che secondo me l'osservazione merita – la sentenza Tarocco invita a questo coordinamento. Essa è piuttosto prudente. Nel dispositivo affida al giudice nazionale di “verificare” le circostanze in presenza delle quali va ritenuta sussistente la violazione dei due paragrafi dell'art.325 del Trattato (TFUE), onde la stessa violazione è accertata dalla Corte europea in via ipotetica («*nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive*»). La conseguente disapplicazione della normativa nazionale viene, perciò, prospettata ipoteticamente e non come dovere che automaticamente scaturisca dalla sentenza. Ed in effetti, sempre nel dispositivo, si afferma: «*disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE*». Quindi già nella sentenza c'è un invito a coordinare le sue statuizioni e perciò il diritto europeo con il nostro diritto nazionale. Vi leggo proprio l'invito a percorrere quella strada che indicavo poco fa.

Se scegliamo la via del coordinamento, si impone il metodo di non porre alternative secche e globali (*primauté* o no, controlimiti o no), ma di distinguere i vari aspetti del problema. E di aspetti ne abbiamo parecchi. Innanzitutto, senza scendere nei dettagli che sicuramente i relatori metteranno in evidenza, va fatta una distinzione tra i due paragrafi dell'art. 325 TFUE, la cui violazione viene prospettata in questa sentenza, in quanto essi hanno formulazioni del tutto diverse. Il primo paragrafo contiene una previsione generale, dall'accertamento piuttosto discrezionale, legata a molti fattori (lo stabilire quando una sanzione sia dissuasiva e permetta una protezione efficace degli interessi finanziari dell'Unione consente una ampia gamma di valutazioni). Al contrario, il secondo paragrafo ha un enunciato normativo molto preciso: le misure che sono volte a combattere contro le frodi lesive degli interessi finanziari europei devono essere identiche a quelle che lo Stato adotta per le frodi contro i suoi interessi finanziari (c.d. principio di assimilazione). Quindi, l'art. 325 TFUE contiene disposizioni che sono strutturate molto diversamente, onde occorre distinguere a seconda della norma europea rispetto alla quale ci si deve chiedere se operi o meno la disapplicazione della norma interna.

In secondo luogo, si pone il problema della applicabilità nel tempo di questa sentenza. Essa, infatti, potrebbe applicarsi soltanto per il futuro, e cioè ai soli fatti commessi dopo la sua emanazione (8 settembre 2015). Ovvero essa potrebbe applicarsi anche ai fatti che sono ancora *sub iudice* e, quindi, commessi prima della data indicata. Così si apre il non facile problema della retroattività di una sentenza che opera *in peius* rispetto all'imputato. Trattasi di un profilo quanto mai rilevante per il nostro ordinamento, come per ogni ordinamento democratico, come si evince dalla Carta di Nizza (art.49) e dalla CEDU (art.7). Questo, tuttavia, è un problema completamente diverso dal precedente, essendo relativo soltanto agli effetti nel tempo della sentenza europea.

Il rapporto tra *primauté* e controlimiti può allora assumere un assetto diverso a seconda dei diversi profili che la sentenza presenta, onde può pervenirsi a risposte non uniformi.

Come ho avuto già modo di affermare (*La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale- Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in www.penalecontemporaneo.it, 26.02.2016, e in *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa* a cura di E. Falletti e V. Piccone, Editoriale Scientifica, 2016, p.33 ss.), quanto al primo dei due aspetti ora evidenziati, ritengo che la violazione del §1 dell'art. 325 TFUE da parte dell'ordinamento interno si fondi su presupposti di ordine troppo generico. La violazione, infatti, deriva, secondo la sentenza, dall'accertamento che «*la normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea*». La fattispecie che porterebbe alla disapplicazione appare troppo vaga ed indeterminata, e soprattutto esige un accertamento (sul *numero considerevole di casi*) che non può essere compiuto dal giudice del singolo caso sottoposto al suo giudizio. Siffatto accertamento, per la sua struttura, non può essere rimesso al giudice comune e non può, perciò, pervenirsi alla disapplicazione della norma interna. Per questa prima ipotesi occorre, allora, un intervento legislativo idoneo a determinare il doveroso rispetto dell'art. 325 del TFUE.

In termini diversi si pone invece la violazione del principio di assimilazione previsto nel §2 dell'art. 325 TFUE (violazione alla quale non si riferisce, però, l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del 30 marzo 2016 della III sezione). Nella stessa sentenza Taricco (§48) si osserva che la disciplina della prescrizione per il delitto di associazione per delinquere finalizzata alla commissione di frodi in materia di accise sui prodotti del tabacco (fattispecie posta normalmente a tutela di interessi fiscali interni) è di gran lunga più severa di quella prevista per l'associazione per delinquere finalizzata alla commissione di frodi IVA, fattispecie analoga alla prima e posta a tutela anche di interessi finanziari dell'UE (è il reato contestato nel processo che ha dato luogo al rinvio pregiudiziale deciso dalla sentenza Tarocco). In ordine al primo reato, non sussiste il limite assoluto di tempo previsto dal codice penale (art.160, ultimo comma, e art.161, secondo comma) per la prescrizione che sia stata interrotta, perché detto reato rientra nelle ipotesi eccezionali espressamente contemplate dalle citate disposizioni. In questa disciplina speciale, in cui ogni atto interruttivo della prescrizione ne determina un nuovo totale decorso senza alcun limite assoluto, non ricade invece il secondo reato. Come si nota, rispetto al § 2 dell'art. 325, il presupposto della disapplicazione può essere accertato dal singolo giudice, comportando una semplice comparazione tra le diverse discipline giuridiche degli effetti prodotti dagli atti di interruzione della prescrizione.

La disapplicazione imposta dalla sentenza europea nell'ipotesi di violazione del principio di assimilazione non ritengo che si ponga in contrasto con la nostra Costituzione perché comporta semplicemente la modifica della disciplina degli atti interruttivi della prescrizione (per il reato che lede anche gli interessi finanziari dell'unione), nel senso del passaggio da una all'altra delle due categorie già previste dal codice penale italiano.

Ben diversi e più complessi problemi, come ho detto, si pongono con riferimento alla retroattività degli effetti della sentenza Taricco. Anche su questo punto rinvio a quanto ho già scritto. Mi limito qui soltanto a sottolineare come il principio di irretroattività di qualunque modifica peggiorativa della disciplina penale sia una garanzia fondamentale dell'imputato. Pertanto, gli effetti della disapplicazione imposta dalla sentenza Taricco (nella parte che a mio parere non necessita di un intervento legislativo) andrebbero co-

ordinati con tale essenziale principio dell'ordinamento italiano, ma anche di tutti gli ordinamenti europei.

Concludendo, la distinzione tra gli aspetti della sentenza qui indicati potrebbe consentire di individuare i profili di contrasto tra diritto interno e diritto europeo (eventualmente superabile in via interpretativa) e quelli per i quali la sentenza può avere effetto nell'ordinamento italiano senza alcun problema di legittimità costituzionale.

A questa conclusione viene mossa una obiezione di fondo, vale a dire che la sentenza europea incide sulle competenze penali degli Stati, e ciò non sarebbe consentito dal diritto dell'UE. Osservo, in senso contrario, che vi sono stati molti casi in cui sentenze della CGUE hanno avuto come effetto il venir meno del reato, onde non è una novità assoluta che una sentenza della CGUE incida sul diritto penale. Famosa è la sentenza del 28 aprile 2011, El Dridi, in materia di immigrazione, ma non è l'unico caso. Nella mia esperienza di giudice della Corte di cassazione ho dovuto prima disapplicare la normativa penale interna in materia di scommesse all'estero in contrasto con il diritto europeo (sent. CGUE del 6 marzo 2007, Placanica) e poi chiedere una nuova decisione della Corte europea sulla normativa interna sopravvenuta (ord. Cass. 10 novembre 2009, in Cass. pen. 2010, p.3773), ritenuta poi anche essa in contrasto con il diritto europeo (sent. CGUE del 16 febbraio 2012, Costa e Cifone). Altra disapplicazione di norme penali rientrante nella mia recente esperienza giudiziaria è stata quella in materia di contrassegno SIAE, nel periodo in cui la disciplina italiana è stata ritenuta in contrasto per vizi procedurali con il diritto UE (sent. CGUE dell'8 novembre 2007, Schwibbert). Non vi è da sorprendersi del fatto che il diritto europeo possa incidere sul diritto penale, in quanto ciò è già accaduto in passato, anche se soltanto con effetti *in bonam partem*.

Si pone, allora, il problema se ciò che è consentito ad una sentenza della Corte di Lussemburgo quando produce per l'imputato effetti *in bonam partem*, sia poi vietato quando la sentenza opera *in malam partem*. A me sembra che al quesito debba darsi una risposta negativa, non potendo il tipo e la natura degli effetti (positivi o negativi per l'imputato) condizionare l'esistenza del potere normativo dell'Unione europea e, conseguentemente, la legittimità delle sentenze della Corte europea che delle relative norme facciano applicazione.

LA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

OBBLIGHI DI DISAPPLICAZIONE *IN MALAM PARTEM* DI FONTE EUROUNITARIA TRA LIMITI DI ATTRIBUZIONE 'INTERNAZIONALE' E CONTROLIMITI 'COSTITUZIONALI'

GIUSEPPE RICCARDI*

SOMMARIO: 1. *La Corte di Giustizia e il “giardino proibito”: Good-bye, Montesquieu?* 2. *L'insostenibile fardello della prescrizione tra esigenze di riforma e reazioni ‘riformatrici’.* 3. *Gli obblighi di disapplicazione in malam partem e il principio di irretroattività.* 3.1. *La natura sostanziale della prescrizione.* 3.2. *La giurisprudenza costituzionale sulla prescrizione.* 3.3. *La pretesa natura processuale delle cause di interruzione.* 3.4. *Applicazione retroattiva del prolungamento dei termini e diritto di difesa.* 4. *Gli obblighi di disapplicazione di fonte ‘eurounitaria’, tra effetti diretti e principio di riserva di legge.* 4.1. *La disapplicazione ‘eurounitaria’ e gli effetti diretti.* 4.2. *La valutazione dei presupposti della disapplicazione: una Kriminalpolitik im kleinen?* 4.3. *Il contenuto della valutazione dei presupposti della disapplicazione e la dissoluzione dei confini tra Poteri dello Stato.* 5. *Gli interessi finanziari dell'Unione: una inedita funzione della pena?* 6. *Gli obblighi di disapplicazione tra controlimiti ‘costituzionali’....* 7. *...e limiti ‘internazionali’.* 8. *Apogeo o declino del diritto penale europeo?*

1. La Corte di Giustizia e il “giardino proibito”: Good-bye, Montesquieu?

Richiamando un'ormai celebre suggestione, si potrebbe affermare che, nel famoso 'dialogo tra Corti', del quale sono state sovente celebrate le “*magnifiche sorti e progressive*”, la Corte di Giustizia U.E. abbia pronunciato un pressoché definitivo commiato dal paradigma, che caratterizza gli ordinamenti occidentali, della separazione dei poteri, e dalla sua diretta proiezione, nel sistema penale, della riserva di legge: “*Good-bye, Montesquieu*”¹.

In tal senso, quasi evocando quella “fine della storia costituzionale” segnata dalla crisi della vicenda storica dello Stato costituzionale e della sovranità innegabilmente manifestatasi negli ultimi decenni².

E così, confermando la propensione ad esercitare un ‘controreazione’ proprio nei momenti di *impasse* del processo di integrazione europea³, nell'attuale contingenza storica scandita dalla crisi derivante dal complesso fenomeno delle migrazioni delle po-

* Magistrato, Terza Sezione Penale Corte di Cassazione.

¹ B. ACKERMAN, *Good-bye, Montesquieu*, in Susan Rose-Ackerman e Peter L. Lindseth, *Comparative Administrative Law*, 2010, p. 128 ss..

² Il riferimento è a LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 15.4.2016, che, richiamando l'idea della ‘fine della storia’, e della democrazia liberale come forma di governo ‘definitiva’, proposta da Francis Fukuyama (in *The End of History and the Last Man*, New York, 1992, trad.it. *La fine della Storia e l'ultimo uomo*, Milano, 1992), la considera una “illusione”, poiché «gli Stati occupano tuttora una posizione di centralità non solo nei rapporti internazionali, ma anche nel processo di integrazione europea: sono tuttora i “signori dei Trattati”» (p. 5).

³ MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, in *Dir.pen.cont.*, 6 maggio 2016, 2 ss.; anche SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in *Dir.pen.cont.*, 14 ottobre 2016, 7 ss., sottolinea la coincidenza tra la fase di “stasi politica” e la fase di “eroismo giudiziario”, che interviene in soccorso del processo di integrazione europea.

polazioni afflitte da guerre e povertà, dallo scetticismo – da ultimo, culminato nella c.d. *Brexit*, l'uscita della Gran Bretagna dall'Unione - progressivamente manifestato nei confronti dello stesso progetto europeo, accusato di burocratizzazione ed eccessiva rigidità nelle politiche finanziarie, tali da comprimere lo spazio, anche domestico, delle politiche sociali, la Corte di Lussemburgo sembra aver nuovamente 'lanciato la palla in avanti', rivendicando un ruolo da protagonista anche nella dimensione più refrattaria al processo di integrazione, in quanto prerogativa riservata ai singoli Stati, gelosi custodi dello *ius puniendi*.

Decidendo su una questione pregiudiziale⁴ sollevata dal Gup del Tribunale di Cuneo in un procedimento per le c.d. "frodi carosello", la *Grande Chambre* della Corte UE, con la sentenza 8 settembre 2015, *Taricco* (causa C-105/14), ha affermato che, nei casi in cui la normativa nazionale in materia di prescrizione del reato – fissando un limite massimo al corso della prescrizione, pur in presenza di atti interruttivi – è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE, nell'ipotesi in cui impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive "*in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea*", ovvero nei casi in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare, questi è tenuto a dare piena efficacia agli obblighi di tutela effettiva degli interessi finanziari, "*disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE*"⁵.

La conseguenza che ne fa derivare la Corte di Giustizia, nel caso di verifica dell'ineffettività sanzionatoria o della disparità di trattamento rispetto alle frodi lesive degli interessi finanziari nazionali, è l'obbligo del giudice nazionale di disapplicare direttamente le disposizioni in materia di interruzione della prescrizione – gli artt. 160, u.c., e 161, c.p. -, senza la mediazione di una modifica legislativa o di un sindacato di costituzionalità, in virtù dell'obbligo degli Stati membri di lottare contro attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione imposti dal diritto primario, ed in particolare dall'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE⁶, che "*pongono a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione quanto all'applicazione della regola in esse enunciata*"⁷.

In forza del principio del primato del diritto dell'Unione, dunque, la Corte afferma l'effetto diretto dell'art. 325 TFUE, che rende *ipso iure* inapplicabile qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente⁸.

Ebbene, la sentenza *Taricco* si iscrive nella medesima traiettoria tracciata, limitandosi all'ultimo decennio, dalla Corte UE, con attitudine 'fagocitante' delle competenze in

⁴ Basata su un'intuizione definita da VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale: biotechnological strengthening o manipolazione autodistruttiva?*, in *Dir.pen.cont.*, 20 giugno 2016, 7, "amara, accorata, romantica".

⁵ Per un primo commento alla sentenza, all'indomani della pubblicazione, VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di Iva? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, in *Dir.pen.cont.*, 14 settembre 2015.

⁶ CGUE, GS, 8 settembre 2015, C- 105/14, § 50.

⁷ CGUE, GS, 8 settembre 2015, C- 105/14, § 51.

⁸ CGUE, GS, 8 settembre 2015, C- 105/14, § 52.

materia penale, inaugurata dalla sentenza *Pupino* del 2005⁹, e culminata nella sentenza *Melloni* del 2013¹⁰, che, anticipando gli schemi concettuali riproposti a proposito delle frodi lesive degli interessi finanziari, ha negato la prevalenza del *surplus* di garanzie offerte da una Costituzione nazionale rispetto al diritto dell'Unione, obliterando l'art. 53 della Carta di Nizza (CDFUE) invocato dalla Corte costituzionale spagnola, in favore di un'applicazione indefettibile della *primauté* del diritto dell'Unione e dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci¹¹.

L'accelerazione impressa con la sentenza *Taricco*, tuttavia, assume ancor più rilievo, in quanto, a differenza dei casi appena richiamati, nei quali la *primauté* era stata 'brandita' nella dimensione processuale del sistema penale, concernendo profili di disciplina del processo penale (l'estensione dell'incidente probatorio, nella sentenza *Pupino*, e l'esecuzione di un mandato di arresto, nella sentenza *Melloni*), per la prima volta la Corte di Giustizia accede al "giardino proibito"¹² del diritto penale nazionale.

E l'ingresso avviene forzando non soltanto il confine che perimetra il nucleo essenziale dei valori costituzionali dell'ordinamento nazionale, ma anche i limiti di attribuzione riconosciuti dai Trattati che regolano il funzionamento dell'Unione.

Una sentenza che, ove introiettata dall'ordinamento nazionale, rischia di innescare una potenziale "sovversione di sistema"¹³.

In attesa che la Corte costituzionale decida se azionare i c.d. "controlimiti" invocati dalla Corte di Appello di Milano¹⁴ e, con più ampia estensione di parametri, dalla Corte di Cassazione¹⁵, merita una riflessione, nei limiti consentiti dal presente contributo, l'impatto che gli obblighi di disapplicazione *in malam partem* affermati dalla Corte di Giustizia può determinare su alcuni dei fondamentali principi costituzionali che governano non soltanto il diritto penale, ma la stessa architettura istituzionale.

2. L'insostenibile fardello della prescrizione tra esigenze di riforma e reazioni 'riformatrici'.

L'occasione che ha fondato la pronuncia della Corte UE è stata la disciplina della prescrizione.

⁹ CGUE, GS, 16 giugno 2005, C-105/03.

In tema, per tutti, AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di F. Sgubbi e V. Manes, Bologna, 2007.

¹⁰ CGUE, GS, 26 febbraio 2013, Melloni c. Ministero Fiscal.

In tema, per tutti, 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 *Riv. Trim. Dir. Pen. cont.*, 2013, n. 3, 242 ss.

¹¹ Per un commento che, prendendo spunto dalla sentenza *Melloni*, si sofferma sul profilo di frizione con il principio di riserva di legge, nell'ottica dei controlimiti, per tutti, CUPELLI, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, in *Criminalia*, 2013, 339 ss.

¹² Riprendendo la felice immagine, riferita alla valutazione probatoria, di FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest.giust.*, 1998, 587 ss.

¹³ MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema"*, cit., 1.

¹⁴ App. Milano, ord. 18.2.2015, n. 339, in G.U. n. 2 del 13.1.2016

¹⁵ Cass.pen., Sez. 3, 30.3.2016 (dep. 8.7.2016), n. 28346, Cestari; Cass.pen., Sez. 3, 31.3.2016 (dep. 1.8.2016), n. 33538, Adami.

Al riguardo, sebbene le due "ordinanze gemelle" invocchino i medesimi parametri costituzionali, merita segnalare che la seconda ordinanza diverge unicamente in ordine alla omessa denuncia del contrasto con il principio di riserva di legge e con il principio di uguaglianza.

Una disciplina senz'altro insostenibile¹⁶, della quale appare imprescindibile una immediata, ma meditata, riforma, pure oggetto di molteplici iniziative legislative, sovente compromesse dall'ottica miope degli interessi di parte e della 'contingenza', a discapito di una visione lungimirante, di sistema.

Nella prospettiva storica dei sistemi sociali, peraltro, non appare ridondante osservare come la sentenza *Taricco* sembra quasi rappresentare l'estremo opposto raggiunto dalla prescrizione nell'oscillazione innescata dalla improvvida riforma del 2005¹⁷, che ha moltiplicato esponenzialmente l'ineffettività sanzionatoria che già, anche per altri fattori, comprometteva il sistema penale italiano.

L'auspicio, naturalmente, è che venga trovata una posizione di 'equilibrio del pendolo', che stabilizzi in maniera consapevole ed appropriata la disciplina della prescrizione, evitando ulteriori oscillazioni, che, nella prospettiva del sistema sociale, sono probabilmente inevitabili (*ex facto oritur ius*), ove persistesse una 'regolamentazione' talmente sbilanciata.

Ed una stabilizzazione può essere raggiunta soltanto con una consapevole scelta politica, espressa nelle forme e con il metodo dialettico propri della legge parlamentare, non già mediante opzioni interpretative asistematiche, sia pur provenienti da una Corte europea.

Laddove l'accento sull'esigenza di 'sistematicità' non risponde all'aspirazione dogmatica di una ordinata "disposizione dei mobili nella stanza" dell'edificio penale, bensì alla corrispondenza biunivoca tra *sistematicità* e *uguaglianza*, della quale la prima è garante.

Solo all'esito di una chiara e consapevole opzione normativa, dunque, potrebbe essere affermata la natura *processuale* della prescrizione, sulla quale il dibattito dottrinale scaturito dalla sentenza *Taricco* si è soffermato, mediante previsione di un'efficacia estintiva del procedimento penale, non già del reato, e di una sospensione del suo corso coincidente con l'esercizio dell'azione penale¹⁸.

Ancor più in una visione integrata, la vigente disciplina della prescrizione, infatti, appare eccessivamente sbilanciata, contribuendo alla vanificazione della ragionevole durata del giudizio ed alla affermazione di una giustizia 'selettiva' ed 'arbitraria', icasticamente rappresentata come «la morta gora dove i cadaveri del processo attendono il corvo vorace della prescrizione pur sempre col timore di resurrezioni 'selettive', nelle quali "sommersi" e "salvati" si alternano a celebrare il trionfo dell'arbitrio»¹⁹.

Un vero e proprio insostenibile 'fardello' per il sistema penale, che, a fronte di sterili declamazioni in merito alle esigenze di riforme, rischia di divenire oggetto di incontrollate

¹⁶ Come riconosciuto, tra gli altri, da VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti*, cit., 15, che sottolinea come l'attuale normativa "fomenta uno scandaloso spreco di risorse umane e finanziarie"; per tale motivo, l'illustre A. esprime un esplicito dissenso all'azionamento dei controlimiti, che si rivelerebbe una "battaglia per una cattiva causa", restando incomprensibile a livello eurounitario (in VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *Dir.pen.cont.*, 9 maggio 2016, 26).

¹⁷ Per una critica all'impostazione della legge 251 del 2005, sia consentito rinviare a RICCARDI, *La riforma della recidiva e della prescrizione tra ossimori politico-criminali e schizofrenie legislative*, in *Ind. pen.*, 2007, 509 ss.

¹⁸ Per un'utile panoramica, GIUNTA - MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003; SILVANI, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna, 2009.

¹⁹ Con la consueta lucida incisività, PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Indice pen.*, 1999, p. 542.

reazioni 'riformatrici' (come quella prodotta dalla sentenza *Taricco*), al di fuori dei limiti di attribuzione costituzionale.

3. Gli obblighi di disapplicazione in *malam partem* e il principio di irretroattività.

Limitando la riflessione ad alcuni soltanto dei profili di significativa frizione con i principi costituzionali, va premesso che ciò che viene in rilievo della sentenza *Taricco* non è l'istituto sul quale incide, o le fattispecie incriminatrici coinvolte dagli obblighi di disapplicazione individuati, bensì l'*effetto penale diretto*, e *in malam partem*, che determina; effetto che, nella declinazione della Corte di Lussemburgo, può essere replicato con riferimento ad altri istituti, ovvero ad altri reati rientranti, magari in maniera indistinta, nelle competenze dell'Unione.

Sotto un primo profilo, va evidenziato che la disapplicazione delle norme sull'interruzione di cui agli artt. 160, ult. comma, e 161, comma 2, cod. pen., imposta dall'art. 325 TFUE, nell'interpretazione attribuita dalla Corte di Giustizia *in re Taricco*, determina la retroattività *in malam partem* della normativa nazionale risultante: l'effetto è, infatti, quello di allungare i tempi della prescrizione anche in relazione a *fatti* commessi prima della sentenza *Taricco*.

Al riguardo, la Corte di Giustizia ha affrontato il problema della potenziale violazione del principio di legalità in materia penale, nondimeno giungendo ad una conclusione negativa.

Infatti, adottando quale parametro di riferimento l'art. 49 della Carta di Nizza²⁰, che, in forza del successivo art. 52, recepisce il principio del *nullum crimen* nell'estensione riconosciutagli dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo formatasi sulla corrispondente previsione dell'art. 7 CEDU, la Corte di Lussemburgo ha affermato che la materia della prescrizione del reato concerne il profilo *processuale* delle condizioni di procedibilità del reato, e dunque non è coperta dalla garanzia del *nullum crimen*; in tal senso, infatti, anche l'applicazione del termine di prescrizione a fatti già commessi, ma non ancora giudicati in via definitiva, deve ritenersi compatibile con l'art. 7 CEDU, che si limita a garantire che il soggetto non sia punito per un "*fatto*" o con una "*pena*" non previsti dalla legge al momento della sua commissione²¹.

Ne consegue che la minore estensione del riconoscimento offerto, nell'ordinamento sovranazionale e nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, al principio di legalità in materia penale, in quanto limitato alla previsione del *fatto* e della *sanzione*, implica, per la Corte di Giustizia, che la disciplina della prescrizione venga attratta nel regime *processuale*, non già *sostanziale*, governato dal principio del *tempus regit actum*.

Il *dictum* della Corte di Giustizia, tuttavia, rinvia un primo serio ostacolo alla sua introiezione nell'ordinamento italiano nel principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, valore essenziale dell'identità costituzionale, come ripetutamente ribadito dalla giurisprudenza della Corte costituzionale²², idoneo ad essere 'azionato' come "controlimite".

²⁰ "Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. (...)".

²¹ CGUE, GS, 8 settembre 2015, *Taricco*, § 57.

²² Corte Cost., 23 novembre 2006, n. 394: "il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole (...) si pone come essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo

La conclusione alla quale giunge la Corte UE non appare, infatti, conforme al più esteso riconoscimento del principio di legalità in materia penale nell'ordinamento nazionale, come delineato dalla giurisprudenza costituzionale, e di conseguenza, al principio di irretroattività della legge penale.

Al riguardo, infatti, ciò che rileva è che l'obbligo di disapplicazione determinerebbe l'applicazione di una disciplina complessivamente più sfavorevole anche ai *fatti* commessi prima della sentenza *Taricco*.

Eppure, l'art. 53 della Carta di Nizza sancisce il criterio del *best standard* del livello di protezione nella tutela multilivello dei diritti fondamentali, tra i quali l'art. 49 annovera proprio il principio di legalità, ed il corollario dell'irretroattività.

Dunque, nonostante il già richiamato caso *Melloni*, la Carta di Nizza afferma che, in caso di asimmetria nella tutela di un diritto fondamentale tra l'ordinamento nazionale e quello europeo, il diritto deve essere riconosciuto e salvaguardato nella sua più ampia estensione, secondo il criterio del *best standard*, rappresentando la tutela europea il livello di protezione minimo.

Non appare ridondante osservare che, nell'ambito degli Stati aderenti all'Unione, è stata già rivendicata l'irriducibilità del *surplus* di tutela nazionale dei diritti: in tal senso, di recente, nella medesima materia, oggetto del caso *Melloni*, del mandato di arresto europeo, si è espresso il *Bundesverfassungsgericht*, ribadendo le proprie prerogative sull'*Identitätskontrolle*, e affermando che la protezione dei diritti inalienabili garantiti dalla Costituzione tedesca prevale sull'applicazione del diritto europeo²³.

Nel caso in esame, dunque, il principio di irretroattività dovrebbe essere garantito nella più ampia estensione riconosciuta dall'ordinamento costituzionale italiano, che vi ricomprende tutti i presupposti della punibilità, compresa la prescrizione.

3.1. La natura sostanziale della prescrizione.

E, al riguardo, la prescrizione rientra nell'ambito dei presupposti e delle condizioni della punibilità, ed in ragione di tale dimensione ne viene affermata la *natura sostanziale*, con conseguente riconoscimento della garanzia dell'irretroattività.

Oltre ad essere configurata, nel nostro ordinamento, come causa di estinzione del reato –a differenza del previgente codice Zanardelli del 1889, che qualificava la prescrizione come causa di estinzione dell'azione penale (art. 91)-, in quanto inserita nel Capo I del Titolo VI del Libro I del codice penale, dedicato all'estinzione del reato, la concezione sostanziale della prescrizione si fonda anche sull'interpretazione letterale dell'art. 157 cod. pen. ("*la prescrizione estingue il reato*") e sulla possibilità, sancita dall'art. 129 cod. proc. pen., di un accertamento giudiziale, sia pure nei limiti dell'evidenza probatoria, finalizzato ad un proscioglimento nel merito, anche allorquando sia maturata la prescrizione; non avendo efficacia preclusiva di ogni provvedimento sul

dell'esigenza della "calcolabilità" delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale", e "si connota, altresì, come *valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali (...)* assolutamente inderogabile" (§ 6.4) (corsivo nostro).

²³ *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, 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.

merito, non è, dunque, possibile sostenere che la prescrizione incida sull'azione penale²⁴.

Del resto, l'opinione minoritaria che in dottrina, soprattutto in passato, ha sostenuto la natura processuale della prescrizione, ha fondato la propria ricostruzione sulla 'ultratattività' di alcuni effetti (confisca dei beni, obbligazioni civili) derivanti dal reato, seppur prescritto²⁵; la percorribilità di tale tesi sembrerebbe ancor più problematica alla luce dell'orientamento, ancora controverso, espresso in recenti *arrêts*, anche della giurisprudenza europea (Corte EDU, 29/10/2013, Varvara c. Italia), sulla illegittimità di una misura ablativa senza una definitiva affermazione di responsabilità penale, in quanto impedita dalla prescrizione.

La tesi della natura sostanziale della prescrizione, del resto, gemma dalla stessa concezione della *punibilità* quale elemento essenziale del reato: una risalente autorevole dottrina definiva il reato "come l'insieme dei coefficienti necessari al prodursi della conseguenza giuridica della pena", e quindi "mancando uno qualsiasi di questi coefficienti non v'è possibilità di questa conseguenza giuridica, non v'è punibilità: e quindi non v'è reato"²⁶.

Tale concezione faceva riferimento, in una impostazione essenzialmente retributiva, alla dimensione *normativa* della "punibilità in astratto", non già alla dimensione *applicativa* della pena (come "punibilità in concreto").

Tuttavia, sebbene l'equazione reato-fatto punibile abbia attenuato il carattere di indefettibilità, a partire dalla legislazione 'premiale' in materia di criminalità terroristica e mafiosa, in una evoluzione culminata nei recenti interventi legislativi che hanno introdotto paradigmi normativi di non punibilità del reato (messa alla prova e particolare tenuità del fatto), sempre più corroborando la rappresentazione di una "sequenza infranta"²⁷, nondimeno l'essenza del reato resta sempre avvinta alla dimensione normativa della punibilità in astratto del fatto.

3.2. La giurisprudenza costituzionale sulla prescrizione.

Nel senso della natura sostanziale, del resto, si è sempre espressa anche la giurisprudenza costituzionale, che, nella sentenza n. 393 del 23 novembre 2006, pronunciata a proposito della disciplina transitoria della prescrizione introdotta dalla l. 251 del 2005, ha espressamente ribadito la "natura sostanziale della prescrizione", analogamente a quanto affermato di recente, nella sentenza 28 maggio 2014, n. 143, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del raddoppio dei termini di prescrizione per l'incendio colposo (§ 3).

La giurisprudenza granitica della Corte costituzionale, del resto, proprio sul presupposto della natura sostanziale delle norme sulla prescrizione, ha sempre dichiarato

²⁴ In tal senso, PISA, *Prescrizione*, in *Enc.dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 78; PANAGIA, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig.disc.pen.*, IX, Torino, 1995, p. 659 ss.; MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)*, in *Noviss.dig.it.*, XIII, Torino, 1966, p. 680 ss.; CORDERO, *La decisione sul reato estinto*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1962, p. 665.

²⁵ PAGLIARO, *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1967, p. 472 ss.; CARNELUTTI, *Estinzione del reato e accertamento negativo del reato estinto*, in *Riv.dir.proc.*, 1950, I, p. 211 ss.

²⁶ PETROCELLI, *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 671 ss.; BRICOLA, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, 1967, 591 ss; nella manualistica, per tutti, FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale - Parte Generale*, Bologna, 7° ed., 2014, 815 ss.; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Parte Generale, 3° ed., Torino, 2008, p. 555 ss.

²⁷ DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998.

l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale proposte *in malam partem*, poiché il principio di riserva di legge impedisce di incidere *in peius* non soltanto sulla fattispecie incriminatrice e sulla pena, ma altresì sugli altri presupposti e sulle condizioni della punibilità²⁸.

3.3. La pretesa natura processuale delle cause di interruzione.

Né, del resto, appare persuasiva la tesi, pur autorevolmente sostenuta in dottrina²⁹, secondo cui la disciplina della prescrizione avrebbe natura *sostanziale* prima dell'esercizio dell'azione penale, assumendo invece natura *processuale* dopo l'attivazione della pretesa punitiva; con la conseguenza che solo la disciplina dell'*interruzione* della prescrizione sarebbe attratta nella logica del processo, e dunque sottratta alla garanzia dell'art. 25, comma 2, Cost.; in tal senso, l'obbligo di disapplicazione dei termini 'ordinari' di interruzione della prescrizione, sancito dalla sentenza *Taricco*, e comportanti un prolungamento dei termini massimi della causa estintiva, sarebbe governato dal principio *tempus regit actum*.

La tesi esposta, infatti, oltre ad essere contraddetta espressamente dalla giurisprudenza costituzionale richiamata, che ritiene coperti dalla garanzia della riserva di legge tutti gli "*aspetti inerenti alla punibilità*", "*fra i quali, indubbiamente, rientrano quelli inerenti la disciplina della prescrizione e dei relativi atti interruttivi o sospensivi*" (Corte Cost., n. 324 del 2008), non appare convincente.

Essa è fondata sulle differenti *rationes* della prescrizione, che, se prima del processo sarebbe legata al 'tempo dell'oblio', dopo l'esercizio dell'azione penale sarebbe governata da una logica di contenimento dei tempi processuali.

Tuttavia, la *ratio* di un istituto concerne le finalità perseguite e le esigenze salvaguardate, non sempre coincidendo con la *natura* dell'istituto, che va desunta dalla disciplina positiva adottata, ed interpretata secondo i consueti canoni ermeneutici (*in primis*, quelli di rilievo costituzionale).

La *natura giuridica* di un istituto, infatti, deriva dalla conformazione normativa, non già dall'individuazione di *rationes* attribuite, sulla base di precomprensioni legate a soggettive opzioni dell'interprete.

E, alla stregua dell'attuale disciplina, la natura sostanziale della prescrizione non appare suscettibile di essere fondatamente messa in discussione, sulla base del dato normativo e sistematico, confortato dalla comparazione storica e dalla giurisprudenza costituzionale.

²⁸Corte Cost., 1 agosto 2008, n. 324 ha ribadito che "il principio della riserva di legge sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost. rende inammissibili pronunce il cui effetto possa essere quello di introdurre nuove fattispecie criminose, di estendere quelle esistenti a casi non previsti, o, comunque, «di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti alla punibilità, aspetti *fra i quali*, indubbiamente, rientrano *quelli inerenti la disciplina della prescrizione e dei relativi atti interruttivi o sospensivi*»" (corsivo nostro).

²⁹VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., 29 ss.; in tal senso, altresì, FARAGUNA-PERINI, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'Appello di Milano mette la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controlimiti*, in *Dir.pen.cont.*, 30 marzo 2016, 15 ss.; anche E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in *Dir. Pen. cont.*, 26 febbraio 2016, sostiene l'ammissibilità di una interpretazione conforme (*recte*, degli effetti diretti discendenti dal diritto UE), in quanto "la sentenza Taricco è limitata alla interruzione della prescrizione e non concerne l'intera normativa dell'istituto" (p. 14). Critico sull'invocazione dei controlimiti, frutto di una "virtuosa indignazione", insensibile ad una pacata riflessione sulle conseguenze effettive della sentenza europea, PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco. Dalla "virtuosa indignazione" al rilancio del diritto penale europeo*, in *Dir.pen.cont.*, 24 ottobre 2016.

Qualora il corso della prescrizione venisse invece sospeso con l'esercizio dell'azione penale – come previsto in diversi ordinamenti occidentali, ed in alcune proposte legislative da tempo allo studio degli organi parlamentari -, dando rilevanza ad un momento processuale, potrebbe fondatamente affermarsene la natura processuale, e, di conseguenza, l'applicazione del principio *tempus regit actum*.

Ma questo è un compito che, nel nostro ordinamento costituzionale, spetta al legislatore.

Peraltro, la distinzione tra disciplina *sostanziale* della prescrizione e disciplina *processuale* dell'interruzione della prescrizione³⁰ appare una *fictio* insuscettibile di fondare, comunque, un'applicazione di più lunghi termini di prescrizione a *fatti* commessi in precedenza.

A prescindere, per il momento, dal profilo della *fonte* dell'obbligo, sotto il profilo del principio di irretroattività della legge penale non rileva che l'aspettativa dell'imputato non riguardi più il *tempo di commissione del reato*, ma, dopo l'esercizio dell'azione penale, il *tempo del processo*³¹: un'aspettativa declinata in tali termini sarebbe da qualificare quale mero interesse di fatto, irrilevante sotto il profilo processuale, e ancor prima costituzionale.

Ciò che, al contrario, viene in rilievo è il *diritto* dell'imputato a non subire l'applicazione, imprevista, di una disciplina penale complessivamente più rigorosa rispetto a quella vigente al momento di *commissione del fatto*: in questa dimensione si articola il "nucleo essenziale" del principio di irretroattività della legge penale, in cui i termini di raffronto devono essere, da un lato, il *diritto* e, dall'altro, il *tempo di commissione del fatto*.

Seppur ispirata da una lodevole finalità garantista, la tesi che propone di delimitare gli effetti dell'obbligo di disapplicazione *in malam partem* imposto dalla sentenza *Taricco* ai soli reati per i quali la prescrizione non era ancora maturata al momento della pubblicazione della decisione, escludendo quelli per i quali il termine di prescrizione era già decorso, appare assisa su una duplice fallacia: la natura processuale della prescrizione, che consentirebbe l'applicazione secondo il principio *tempus regit actum*, e la natura costitutiva della sentenza della Corte di Giustizia, assunta a *fonte* diretta del diritto penale.

Tuttavia, la sentenza *Taricco* non può essere assunta, nell'ordinamento nazionale, alla stregua di una *legge processuale*, la cui 'entrata in vigore' segna il limite temporale di applicazione; con la conseguenza che, nell'interpretazione delimitativa degli effetti, addirittura una disciplina transitoria verrebbe surrogata da una argomentazione di carattere interpretativo, in un apogeo della *giurisprudenza-fonte*.

3.4. Applicazione retroattiva del prolungamento dei termini e diritto di difesa.

La violazione del *diritto* dell'imputato a non subire l'applicazione, imprevista, di una disciplina penale complessivamente più rigorosa rispetto a quella vigente al momento di *commissione del fatto*, inoltre, va apprezzata sotto il diverso profilo della garanzia sancita dall'art. 24 Cost. .

³⁰ PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. Pen. cont.*, 5 ottobre 2016, p. 2, ritiene che la distinzione non abbia "senso razionale".

³¹ VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 24

Va, al riguardo, rammentato che le due ipotesi nelle quali la Corte costituzionale ha, fino a questo momento, 'azionato' i controlimiti hanno riguardato la compressione del diritto di difesa riconosciuto e tutelato dall'art. 24 Cost.³².

Nel caso in esame, un'applicazione retroattiva (ai *fatti* commessi prima della sentenza *Taricco*) del prolungamento dei termini massimi di prescrizione comprometterebbe il diritto di difesa dell'imputato, che, legittimamente, e sulla base delle informazioni sui *presupposti della punibilità* vigenti al momento della scelta processuale, abbia deciso di non beneficiare dei vantaggi premiali connessi alla scelta dei riti alternativi, e, sulla base dei *nuovi presupposti*, più sfavorevoli, non possa più esercitare le facoltà difensive riconosciutegli nella competente scansione procedimentale³³.

Il sostanziale 'cambiamento delle regole in corsa' che conseguirebbe all'obbligo di disapplicazione sancito dalla sentenza *Taricco*, infatti, appare suscettibile di violare non soltanto il "nucleo essenziale" del diritto di difesa, riconosciuto e garantito dall'art. 24 Cost., ma altresì il principio di uguaglianza, sancito dall'art. 3 Cost., per la disparità di trattamento con chi, in analoga situazione processuale, e nella consapevolezza dei *nuovi presupposti della punibilità* legati al prolungamento dei termini di prescrizione, è ancora in tempo per esercitare le facoltà difensive connesse alla scelta dei riti alternativi, ed ai conseguenti trattamenti sanzionatori premiali.

4. Gli obblighi di disapplicazione di fonte 'eurounitaria', tra effetti diretti e principio di riserva di legge.

Il principio di riserva di legge statale in materia penale implica che il fondamento ed i presupposti della responsabilità penale, compresa la dimensione della punibilità, siano previsti esclusivamente dalla *legge statale*; nozione nella quale non rientra il più ampio concetto di "law", comprensivo anche del *diritto giurisprudenziale* (pur nella più ampia dimensione sovranazionale)³⁴.

L'obbligo di disapplicazione delle norme sull'interruzione della prescrizione, discendente dalla sentenza della Corte di Giustizia *in re Taricco*, viene mediata nell'ordinamento *penale* nazionale per il tramite della teoria degli *effetti diretti*; nondimeno, la fonte dell'obbligo, e degli effetti penali *in malam partem*, resta la sentenza della Corte di Giustizia, che, sebbene deputata in via esclusiva a garantire l'interpretazione

³²Corte Cost., 2 febbraio 1982, n. 18, e, di recente, nel rapporto con l'ordinamento internazionale, a proposito della norma consuetudinaria internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione per atti *jure imperii*, Corte Cost., 22 ottobre 2014, n. 238.

Appare proficuo il richiamo, necessariamente parziale, all'intenso dibattito sviluppatosi, soprattutto nella dottrina costituzionalistica, in merito a tale ultima decisione: LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Quest.giust.*, 2015, n.1, 84 ss.; 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.; LAMARQUE, *La Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere anche mordere*, in *Quest.giust.*, 2015, n.1, 76 ss.; 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; CALVANO, *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, in *Federalismi*, 2016, n. 1, 2 ss.; FARAGUNA, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2 novembre 2014;

³³ Sottolinea tale profilo MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass.pen.*, 2016, n. 4, 1258.

³⁴ 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).

del diritto dell'Unione, è un organo giurisdizionale privo di legittimazione politica, che non può esprimere scelte incidenti sulla criminalizzazione nell'ordinamento nazionale.

La conseguenza sarebbe l'irreversibile mutazione genetica della *riserva di legge* nella differente *riserva di diritto*; con il conseguente dissolvimento delle garanzie legate, storicamente e istituzionalmente, al monopolio legislativo del diritto penale³⁵.

4.1. La disapplicazione 'eurounitaria' e gli effetti diretti.

E tale mutazione genetica non sarebbe impedita o camuffata dal meccanismo della c.d. disapplicazione europea.

E' stato, infatti, sostenuto che poiché le sentenze della Corte di Giustizia hanno un valore generale e vincolante per i giudici nazionali, devono essere considerate vere e proprie "fonti del diritto"; proprio sulla base di pronunce pregiudiziali della Corte di Lussemburgo, infatti, è stata sovente affermata la disapplicazione 'eurounitaria' delle norme penali interne con effetti *in bonam partem* (come nei casi delle scommesse sportive ovvero della detenzione di opere dell'ingegno prive di contrassegno Siae); nondimeno, secondo tale tesi, sarebbe ammissibile una disapplicazione con effetti *in malam partem*, mutuabile dal sindacato della Corte costituzionale sulle "norme penali di favore" (Corte cost. n. 148 del 1983 e n. 394 del 2006)³⁶. In tal senso, infatti, sul presupposto che "la riserva di legge non può rappresentare un principio supremo, un controlimite alle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost., non essendo un principio assoluto e inderogabile"³⁷, la sentenza Taricco non ampliirebbe la complessiva area del sistema penale, limitandosi ad imporre la disapplicazione di una disciplina codicistica in materia di interruzione della prescrizione, in favore di "un altro regime previsto sempre dallo stesso codice ma meno favorevole"³⁸.

La tesi, pur autorevolmente sostenuta, non appare condivisibile.

Innanzitutto, 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; come si dirà³⁹, 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.

³⁵ CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Giur.cost.*, 2016, 419 ss.

³⁶ In tal senso, GAMBARDELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *Cass.pen.*, 2016, p. 1462 ss.; ID., *Il "Caso Taricco": obblighi di disapplicazione in malam partem e compatibilità con i principi costituzionali della riserva di legge e di irretroattività*, relazione al Convegno di studi "Aspettando la Corte Costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo", p. 2 ss. (del dattiloscritto).

³⁷ GAMBARDELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali*, cit., p. 1468 ss.; ID., *Il "Caso Taricco"*, cit., p. 4. L'A., peraltro, sottolinea la necessità di una valutazione separata dei principi di riserva di legge e di irretroattività, che, nell'ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione, non sarebbero presi in considerazione nel giusto ordine; la critica - della quale, in verità, sfuggono gli effetti interpretativi e le ricadute applicative, sotto il profilo dell'ordine di trattazione - sembra prescindere dal rilievo che l'ordinanza invoca in distinti paragrafi i parametri dell'irretroattività (§§ 4.2. e 4.3, da p. 23 a 33) e della riserva di legge (§ 4.4., da p. 33 a 38).

³⁸ GAMBARDELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali*, cit., p. 1468; ID., *Il "Caso Taricco"*, cit., p. 4; in senso analogo si esprime E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale*, cit., 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".

³⁹ Cfr. *infra* § 7.

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

In secondo luogo, non appare del tutto appropriato il richiamo al sindacato costituzionale sulle “norme penali di favore”: a prescindere dal rilievo che tale sindacato è stato ‘azionato’ dalla Corte costituzionale in un unico caso (in tema di falsi elettorali⁴⁰), essendosi nella sentenza n. 148 del 1983 limitata ad affermare l’ammissibilità (sotto il profilo della rilevanza) del sindacato sulle norme penali di favore, tuttavia dichiarando infondata la questione proposta, l’incostituzionalità del trattamento sanzionatorio dei c.d. “falsi elettorali” è stata dichiarata sul presupposto che si trattasse di una pronuncia “a rime obbligate”⁴¹, che, rimuovendo la norma illegittima, faceva riespandere la norma generale comune; nel caso della disapplicazione imposta dalla sentenza Taricco, al contrario, non soltanto verrebbe in rilievo una disposizione *speciale* (quella sull’interruzione prevista per i reati c.d. di criminalità organizzata), e non già generale, ma non potrebbe neppure intonarsi una ‘rima obbligata’, essendo la scelta sul regime della prescrizione rimessa al legislatore, nell’esercizio della discrezionalità attribuita dalla Costituzione; né, del resto, può ritenersi che l’applicazione di una norma *speciale*, l’individuazione della cui *ratio* derogatoria rientra nella discrezionalità legislativa, possa derivare dalla disapplicazione di una norma *generale*, come conseguenza automatica di un bilanciamento di interessi sottratto al legislatore.

Inoltre, non va dimenticato che il sindacato di costituzionalità sulle norme penali c.d. di favore, con il conseguente effetto *in malam partem*, viene esercitato nell’ambito delle attribuzioni costituzionali riservate alla Corte costituzionale.

In altri termini, ferma la differenza, anche concettuale, tra *caducazione* (per illegittimità costituzionale) della norma, in quanto originariamente *invalida*, e *disapplicazione* (per contrasto con il diritto UE) della norma interna, che resta in vigore, perché *valida*⁴², il meccanismo interpretativo della ‘disapplicazione europea’ non può essere mutuato dal diverso ordinamento ‘costituzionale’ che regola le fonti interne ed attribuisce le rispettive competenze istituzionali agli organi costituzionali.

Nel caso della disapplicazione imposta dalla sentenza Taricco, va evidenziato che la Corte di Giustizia non ha la medesima competenza ‘costituzionale’ della Consulta, e, dunque, ad una pronuncia europea non può conseguire un effetto penale *in malam partem*, analogamente a quanto può accadere in caso di sindacato di costituzionalità delle norme penali di favore.

Del resto, giova rammentarlo, la disapplicazione, come qualsiasi criterio ermeneutico, non è uno strumento asetticamente ‘neutro’ di risoluzione delle antinomie, rivelando, al contrario, la propria carica di ‘politicità’ proprio nell’utilizzo eccentrico rispetto ai limiti costituzionali che ne delimitano l’operatività⁴³.

⁴⁰ Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2007, p. 321, con nota di C. PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, *ivi*, p. 343.

⁴¹ Secondo la felice espressione di CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. La Corte costituzionale*, vol. II, 2, 1984, p. 408.

⁴² [Cass.pen., Sezioni Unite, 29 maggio 2014 \(dep. 14 ottobre 2014\)](#), Gatto, in [archiviopenale.it](#), 15 ottobre 2014, nonché in *Dir. pen. cont.*, 16 ottobre 2014, con nota di ROMEO, [Le Sezioni Unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di una pena "incostituzionale"](#), *ivi*, 17 ottobre 2014.

⁴³ Per una lucida riflessione sulla politicità del diritto e dell’interpretazione, per tutti, SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teoria e ideologie del diritto penale nell’Italia unita*, in AA.VV., *Stato e cultura giuridica in Italia dall’Unità*

In tal caso, la proposta combinazione tra il meccanismo della disapplicazione, proprio dei rapporti tra ordinamento nazionale ed ordinamento eurounitario, ed il riconoscimento di effetti diretti *in malam partem*, proprio della dichiarazione di incostituzionalità delle norme penali c.d. di favore, finisce per integrare un meccanismo ibrido che conduce ad enucleare una sostanziale competenza penale diretta della Corte di Giustizia.

E non rileva che la norma c.d. *prevalente*, che viene concretamente applicata, sia comunque di produzione nazionale; è il meccanismo di disapplicazione della norma, con effetti penali diretti *in malam partem*, a non essere previsto né dai Trattati UE, né dalla consolidata giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia.

La dottrina degli *effetti diretti*, infatti, 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*, l'effetto diretto non si può produrre in danno del privato, aggravandone la responsabilità penale, ma soltanto in favore del cittadino, per assicurare la tutela dei diritti nei confronti del comportamento omissivo dello Stato⁴⁴.

La teoria degli *effetti diretti*, invocata dalla sentenza Taricco, dunque, viene adoperata per una vistosa appropriazione di competenze penali dirette, in contrasto con la consolidata giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia⁴⁵, e con l'ordine costituzionale dei poteri, come definiti, in Italia, dalla Corte costituzionale⁴⁶.

La provenienza nazionale della norma applicabile in caso di disapplicazione, infine, non oblitera la violazione del principio di riserva di legge, in quanto è 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 penale⁴⁷ 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.

alla Repubblica, a cura di A. Schiavone, Bari-Roma, 1990, p. 147 ss. (ora anche in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti*, Milano, 2009, I, p. 493 ss.).

⁴⁴ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 3 maggio 2005, Berlusconi, in *Cass.pen.*, 2005, p. 2764 (con nota di INSOLERA - 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.

⁴⁵ BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venire fuori?*, in *Dir.pen.cont.*, 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.

⁴⁶ BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata*, cit., p. 7.

⁴⁷ GAMBARDELLA, *Il "Caso Taricco"*, cit., p. 4; E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale*, cit., p. 10-11.

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 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. .

4.2. *La valutazione dei presupposti della disapplicazione: una Kriminalpolitik im kleinen?*

La *ratio* garantista e la funzione del principio di riserva di legge sarebbero elusi anche sotto il profilo della tassatività della norma penale.

Invero, la Corte di Giustizia individua i presupposti dell'obbligo di disapplicazione delle norme sull'interruzione della prescrizione in concetti vaghi ed indeterminati, quali "*la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'UE*" ed il "*numero considerevole di casi di frode grave*" che dovrebbe essere oggetto di accertamento giudiziale.

Prescindendo, in questa sede, dai primi due requisiti, che pure calamitano serie perplessità, merita concentrarsi sul terzo presupposto che fonda, nell'interpretazione della Corte di Giustizia, l'obbligo di disapplicazione, ovvero la valutazione, rimessa al giudice nazionale, di apprezzare l'ineffettività delle sanzioni previste "*in un numero considerevole di casi di frode grave*" che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea.

Sul rilievo della estrema indeterminatezza del requisito⁴⁸, probabilmente più consona alle differenti esperienze di *common law* che pure integrano, sovente in maniera significativa, la matrice culturale della giurisdizione europea, tale 'presupposto' può essere considerato *in astratto*, ovvero con riferimento all'integralità dei procedimenti pendenti dinanzi alle autorità giudiziarie italiane; in tal caso, tuttavia, esso implicherebbe una prognosi di natura statistica che esula dai limiti cognitivi e valutativi del giudice; a ciò ostando non soltanto l'assenza di dati statistici affidabili, ma soprattutto l'orizzonte conoscitivo del singolo giudice, necessariamente limitato, dal vigente sistema processuale, ai *fatti di causa*, ovvero i *fatti* che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e dai quali dipenda l'applicazione di norme processuali (art. 187 c.p.p.) rilevanti nel singolo processo, non già nella generalità degli altri processi.

In una seconda ipotesi, la valutazione del presupposto potrebbe risolversi in una prognosi meramente empirica, sulla base dell' "esperienza" soggettiva del singolo giudice; in tal caso, tuttavia, il requisito sarebbe del tutto vago ed indeterminato, in quanto fondato su soggettivismi di difficile verificabilità (in senso epistemologico).

In una terza opzione interpretativa, il requisito del "*numero considerevole di casi di frode grave*" può essere inteso *in concreto*, con riferimento alle fattispecie oggetto del giudizio rimesso al singolo giudice.

⁴⁸ Secondo E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale*, cit., la prima ipotesi di disapplicazione (fondata sull'art. 325, par. 1, TFUE) prevista dalla Corte di Giustizia prevede una fattispecie "così indeterminata che non può, per le sue caratteristiche intrinseche, essere accertata dal giudice nazionale, per un limite inerente alla natura dell'attività giurisdizionale" (p. 6); ne consegue che il contrasto con il diritto europeo "non può essere accertato in un giudizio, ma richiede l'intervento del legislatore nazionale, il quale dovrà precisare quale sia la soglia di gravità della frode dell'Iva che rende operante l'obbligo per lo Stato membro di infliggere sanzioni effettive e dissuasive, tenuto conto delle statistiche nazionali sul numero di prescrizioni che sono state applicate ai detti reati di frode" (p. 7).

In tutti i casi, dunque, anche in quest'ultimo, che sembra affidare al giudice una più ristretta base cognitiva, la valutazione sul 'grado' (statistico, soggettivo, empirico) di ineffectività delle previsioni sanzionatorie resta comunque rimessa all'esclusiva decisione del giudice nazionale; e da tale valutazione ne discenderebbe una estensione o meno della punibilità.

Non potendo parlarsi di mera *interpretazione*, mancando qualsiasi confine astratto della *norma*, e neppure di *discrezionalità*, mancando qualsiasi criterio, finalistico o fattuale, di riferimento, la categoria logica che viene in rilievo, nel caso di specie, è la "*valutazione*", come del resto espressamente riconosciuto dalla Corte di Giustizia; tuttavia, tranne che nel sindacato di costituzionalità, la *valutazione* ha ad oggetto le *prove*, non già la *norma*; e quindi se la *norma* diviene oggetto di *valutazione*, al di fuori di qualsiasi limite 'legale' o di qualsiasi criterio di riferimento, essa assume i contorni non già di una 'regola di azione', ma di un concetto del tutto elastico, soggetta al totale arbitrio (in senso epistemologico) del giudice, costretto a riempire di contenuto il concetto, ed insuscetibile di orientare "le libere scelte d'azione" del cittadino (Corte Cost., 364 del 1988).

In altri termini, l'assoluta carenza di tassatività della *norma* impone al giudice nazionale una valutazione di natura politico-criminale (una *Kriminalpolitik im kleinen*, secondo la felice definizione 'ossimorica' elaborata nella dottrina penalistica d'oltralpe), fisiologicamente riservata al legislatore, sulla effettività e dissuasività della complessiva disciplina normativa rispetto alla tutela degli interessi finanziari dell'UE⁴⁹; "*valutazione*" che assegna al giudice l'*an* della punibilità in concreto dei fatti lesivi degli interessi finanziari dell'UE.

L'attribuzione di un potere di *valutazione* dell'adeguatezza della *norma* al giudice comune, inoltre, sovverte non soltanto la natura del giudizio, ma altresì il carattere accentrato del controllo sulle norme: sotto il primo profilo, al giudice comune, cui compete la *valutazione del fatto* e l'*applicazione della norma*, viene attribuita altresì la *valutazione della norma* (della sua adeguatezza politico-criminale); sotto il secondo profilo, si assiste ad una riallocazione del controllo sulla legge, che, nel nostro sistema costituzionale, è rimesso all'esclusiva competenza della Corte costituzionale; nell'impostazione della sentenza Taricco, invece, il controllo accentrato (sulla legittimità costituzionale) si dissolve in un *controllo diffuso* sull'adeguatezza politico-criminale della legge – profilo comunque estraneo alla competenza della Consulta⁵⁰, essendo prerogativa esclusiva del legislatore -, rimesso al giudice comune.

Il difetto di determinatezza dei criteri che dovrebbero orientare la disapplicazione, inoltre, comporta una violazione del principio di uguaglianza, determinando disparità di trattamento tra autori dei medesimi reati, a seconda che gli stessi vengano ritenuti, *in concreto*, e non già in astratto, "un numero considerevole di casi di frode grave"; e la prescrizione, nel settore delle frodi gravi agli interessi finanziari dell'UE, non avrà più i contorni di una disciplina *pret à porter*, confezionata in serie, ma assumerà i connotati di una disciplina 'su misura' del singolo processo, o del singolo imputato, o, addirittura, di

⁴⁹ E' questo, secondo SOTIS, *Il limite come controlimite*, cit., 15 ss., il profilo maggiormente critico della sentenza Taricco, il "limite inerente alla natura dell'attività giurisdizionale", suscettibile di essere azionato come controlimite.

⁵⁰ Sui limiti del controllo di legittimità sui presupposti fattuali delle scelte di criminalizzazione o di risposta al reato, per tutti, PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2008, p. 1004 ss.

gruppi di imputati, con clamorosa violazione del fondamentale principio di uguaglianza (art. 3 Cost.).

La disapplicazione *in malam partem* sarebbe del tutto 'randomizzata', essendo fondata su presupposti e requisiti di incerta determinazione, esulanti dai consueti e fisiologici confini della mera attività interpretativa, e ridondanti in vere e proprie valutazioni politico-criminali riservate al potere legislativo.

4.3. Il contenuto della valutazione dei presupposti della disapplicazione e la dissoluzione dei confini tra Poteri dello Stato.

Sotto diverso ed ulteriore profilo, inoltre, l'affidamento al giudice dell'individuazione dell'oggetto ("frode grave"), dell'*ambito di applicabilità* ("la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'UE"), e della valutazione di ineffettività della disciplina ("in un numero considerevole di casi di frode grave"), assegna all'ordine giudiziario un *potere* normativo riservato al legislatore, che viola il principio fondamentale della separazione dei poteri, comportando una sovrapposizione del 'giudiziario' al 'legislativo', e l'attribuzione alla giurisdizione di una funzione *normativa* in materia penale patentemente inosservante del precetto che impone che il giudice sia soggetto "soltanto alla legge" (art. 101, comma 2, Cost.).

Laddove la frizione con il principio di separazione dei poteri non deriva, nel caso in esame, dalla 'provenienza' europea, o giurisprudenziale (rilevante ai diversi fini della riserva di legge), della norma, bensì dal *contenuto* della norma, che rimette direttamente al giudice la valutazione di adeguatezza di una disciplina penale ai fini di prevenzione; in altri termini, al giudice viene affidata una valutazione di natura politico-criminale, relativa all'efficacia general-preventiva della complessiva disciplina penale a tutela degli interessi finanziari dell'U.E., che, in base al principio della divisione dei poteri⁵¹, non può che competere al legislatore, nazionale o anche - nei limiti e con le forme, soltanto indirette, previste dal TFUE - 'eurounitario'.

Come è stato opportunamente evidenziato in dottrina, ove l'effetto disapplicativo *in malam partem*, connesso a valutazioni politico-criminali di carattere general-preventivo, "una sorta di opposto in malam partem del giudizio di offensività"⁵², fosse stato previsto da una norma penale interna, non sarebbe stato ritenuto conforme ai principi di tassatività, di riserva di legge e, strettamente connesso, di divisione dei poteri⁵³.

5. Gli interessi finanziari dell'Unione: una inedita funzione della pena?

L'obbligo di disapplicazione delle norme sull'interruzione della prescrizione, con il conseguente prolungamento dei termini, viene affermato dalla Corte di Giustizia con

⁵¹ Sottolinea tale profilo EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2015.

⁵² EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, cit., 5.

⁵³ Sottolinea tale profilo anche PULITANÒ, *La posta in gioco*, cit., 7, secondo cui "la novità della sentenza Taricco, che fa la differenza, (...) è che la valutazione affidata al giudice coinvolge la norma: non la sua legittimità rispetto a principi sovraordinati, ma la sua adeguatezza in concreto. (...) Non è una questione di interpretazione della norma. (...) E' una questione di politica del diritto penale, di competenza di chi pone la norma. (...) la riserva di legge e la determinatezza della legge penale sarebbero incrinata anche se il *dictum* della sentenza Taricco fosse pronunciato dal legislatore. Sarebbe il giudice, e non il legislatore, a decidere in ultima analisi sulla norma applicabile in materia di prescrizione".

riferimento esclusivo ai “*casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea*”.

La disciplina, derogatoria rispetto a quella generale, rinviene dunque la propria *ratio* nella tutela degli interessi finanziari dell’U.E., che fonderebbe una maggiore estensione della punibilità delle “frodi gravi” per la salvaguardia dell’interesse alla percezione dei tributi in ambito ‘comunitario’.

Tuttavia, il prolungamento dei termini di prescrizione, e quindi della punibilità, in ragione della tutela degli interessi finanziari dell’U.E., comporta una funzionalizzazione della pena eccentrica rispetto al teleologismo costituzionale⁵⁴: la pena non tende più alla rieducazione del condannato, secondo quanto previsto dall’art. 27, comma 3, Cost., ma diviene strumento di tutela degli interessi finanziari dell’Unione.

In tal modo, si registra una inversione della concezione personalistica accolta nella Costituzione, con una strumentalizzazione dell’individuo-persona che, da “*fine*” della sanzione penale, ne diviene “*mezzo*”⁵⁵: la visione personalistica sottesa alla funzione rieducativa della pena soccombe alla visione patrimonialistica e finanziaria sottesa alla tutela degli interessi finanziari dell’Unione.

Tuttavia, nella dimensione costituzionale, gli interessi finanziari non possono assurgere a *fine* della sanzione penale, restando del tutto estranei agli scopi special-preventivi assegnati dalla Carta del 1948 alla pena.

In dottrina, peraltro, è stato autorevolmente espresso scetticismo in ordine al denunciato contrasto con la finalità rieducativa della pena, sottolineando che “contrariamente a quanto opina l’ordinanza di remissione, la tutela di interessi costituzionalmente rilevanti (...) non è affatto *eccentrica al teleologismo costituzionale* del sistema penale (...) l’allungamento dei tempi di prescrizione è, di per sé, una *possibilità legittimamente aperta per il legislatore*, proprio in considerazione della rilevanza attribuita a dati interessi, su entrambi i piani della meritevolezza e del bisogno di pena”⁵⁶.

L’argomentazione, in ordine alla quale non si ravvisano ragioni sostanziali di dissenso, non tiene probabilmente conto, tuttavia, della precisazione al riguardo contenuta nella stessa ordinanza di remissione della Corte di Cassazione⁵⁷, secondo cui non potrebbe fondatamente obiettarsi che gli interessi finanziari dell’Unione sono un legittimo bene giuridico suscettibile di tutela, ché, in tal modo, si incorrerebbe in una inversione metodologica: invero, è pacifico che gli interessi finanziari dell’U.E. (e qualsiasi interesse patrimoniale ritenuto meritevole di tutela da parte del legislatore) fondano la tutela penale apprestata con le relative fattispecie incriminatrici a salvaguardia dell’interesse alla percezione dei tributi (anche ‘comunitari’); ma l’assetto della punibilità non può essere modificato, mediante prolungamento dei termini di prescrizione, consentendo l’applicazione della sanzione penale all’esclusivo fine di tutelare gli interessi finanziari, anziché al fine di tendere alla risocializzazione del condannato.

Gli interessi finanziari possono fondare, e fondano, la c.d. “meritevolezza di pena” (*Strafwürdigkeit*, nella terminologia della dottrina d’oltralpe che ha elaborato il concetto),

⁵⁴ Per tutti, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, *passim*.

⁵⁵ In tal senso, anche SOTIS, *Il limite come controlimite*, cit., 16.

⁵⁶ Nel denso e lucido contributo di PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016, 4.

⁵⁷ Cass.pen., Sez. 3, 30 marzo 2016, Cestari (§ 4.8, p. 43-44).

la scelta relativa alla astratta criminalizzazione del fatto, ma non possono assumere rilievo nella dimensione del c.d. “bisogno di pena” (*Strafbedürfnis*).

Allorquando in tale dimensione vengano in rilievo considerazioni politico-criminali – quali quelle relative alla salvaguardia degli interessi finanziari dell’U.E. - , e non per restringere, bensì per estendere la punibilità, la sanzione penale diviene strumento della politica-criminale, e non più strumento di tendenziale risocializzazione della persona.

Al riguardo, giova chiarire: che gli interessi finanziari (dell’Unione, ma non solo) siano un legittimo bene giuridico, suscettibile di tutela penale, è pacifico; che il termine di prescrizione dei reati a tutela degli interessi finanziari possa essere *normativamente* ‘prolungato’ rispetto ai termini ordinari è costituzionalmente legittimo, purchè ragionevolmente fondato sul particolare allarme sociale di alcuni “tipi di reato” o sulla speciale complessità delle indagini (Corte cost. n. 143 del 2014); ciò che appare costituzionalmente illegittimo è il rilievo attribuito, in una dimensione meramente *fattuale*, alla circostanza che la fattispecie concreta sottoposta alla valutazione del giudice ‘disapplicatore’ concerna gli interessi finanziari dell’Unione; in altri termini, gli interessi finanziari dell’UE penetrano nella valutazione *concreta* del singolo *fatto-reato*, per determinare un prolungamento dei termini di prescrizione, e dunque della punibilità, senza che, nella dimensione della *astratta previsione normativa*, abbiano assunto un ruolo di elemento specializzante della *fattispecie incriminatrice*.

Il contrasto con il principio di rieducazione della pena, dunque, discende non già dalla possibilità di prevedere termini di prescrizione *astrattamente* più lunghi, bensì dalla previsione di far dipendere il ‘prolungamento’ dei termini della prescrizione, e dunque della punibilità, dal coinvolgimento, nel *caso concreto* sottoposto alla valutazione giudiziaria, di interessi finanziari dell’Unione.

Gli interessi finanziari dell’UE connotano il *fatto-reato concreto*, non già la *fattispecie incriminatrice astratta*: ed in tale declinazione penetrano impropriamente nel giudizio sulla concreta punibilità, assecondando una commistione di *finalità della pena* eccentrica rispetto al paradigma costituzionale.

Al riguardo, la giurisprudenza della Corte costituzionale, soprattutto nella stagione delle c.d. “sentenze trattato”, ha valorizzato il principio di rieducazione sul piano della struttura del reato (con la celebre sentenza n. 364 del 1988), e sul piano della dimensione teleologica della pena, mediante l’affermazione dell’immanenza della finalità rieducativa alla fase dell’astratta previsione normativa, della concreta commisurazione, e dell’esecuzione (sentenza 2 luglio 1990, n. 313).

Se, pertanto, la finalità rieducativa costituisce uno degli scopi della pena già nella fase della astratta previsione normativa, non può essere del tutto obliterata per la salvaguardia degli interessi finanziari che, impropriamente, assumono rilievo nella dimensione del c.d. “bisogno di pena”.

Da un lato, la conseguenza di una tale sovrapposizione di piani sarebbe una strumentalizzazione dell’individuo per conseguire finalità di politica criminale, espressione di mere esigenze di prevenzione generale.

Dall’altro, la funzione rieducativa della pena, assiologicamente fondante l’istituto della prescrizione, potrebbe essere, di per sé, compromessa da una disciplina che, per i soli reati a tutela di interessi finanziari dell’UE, preveda un prolungamento dei termini suscettibile di integrare una sostanziale ‘imprescrittibilità’.

Sotto diverso ed ulteriore profilo, del resto, la Corte costituzionale, con la sentenza 28 maggio 2014, n. 143, con la quale ha dichiarato l’illegittimità del raddoppio dei termini di prescrizione per l’incendio colposo, nell’evidenziare la connessione tra prescrizione e

funzione rieducativa della pena, ha affermato che entrambe le finalità, di natura generale e special-preventiva, sono strettamente collegate alla gravità del reato, nondimeno ammettendo che il legislatore dispone di un'ampia discrezionalità nello stabilire termini prescrizionali derogatori rispetto alla mera gravità dei reati; tuttavia, ha delimitato il perimetro di legittimità dell'esercizio di tale discrezionalità, individuando nel particolare allarme sociale di "alcuni reati", ovvero nella particolare difficoltà di indagine e di accertamento processuale, che incida in maniera rilevante sulla durata media del processo, le ragioni che possono fondare la previsione di più ampi termini di prescrizione.

Ebbene, nel caso dell'obbligo di disapplicazione sancito dalla Corte di Giustizia, il prolungamento dei termini di prescrizione riguarderebbe non già "*alcuni tipi di reato*", ma soltanto i reati che ledono gli interessi finanziari dell'UE.

In altri termini, il prolungamento dei termini non coinvolgerebbe tutte le fattispecie *astratte* di reati tributari integranti la frode grave (es., dichiarazione fraudolenta, omessa dichiarazione, emissione di fatture per operazioni inesistenti), bensì soltanto le fattispecie *concrete* che "*ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea*"; non è il "*tipo di reato*" che viene assunto a *discrimen* del differente trattamento, ragionevole in virtù del maggior allarme sociale o della complessità dell'accertamento, ma il "*tipo di fatto*", in quanto offensivo degli interessi finanziari dell'UE.

Tale conseguenza comporta una violazione del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.), in quanto determina "*ingiustificabili sperequazioni di trattamento tra fattispecie omogenee*": premesso che la medesima tipologia di *fattispecie astratta* esclude che la sperequazione di trattamento possa essere giustificata da un maggior allarme sociale ovvero da una maggior complessità di accertamento, ne deriverebbe che la stessa *fattispecie concreta* (ad es., di dichiarazione fraudolenta), ove lesiva degli interessi finanziari dell'UE, sarebbe sottoposta ad un prolungamento dei termini di prescrizione; ove risulti lesiva di interessi finanziari 'domestici', sarebbe disciplinata dagli ordinari termini di prescrizione.

6. Gli obblighi di disapplicazione tra controlimiti 'costituzionali'...

E', dunque, nel prisma dei "controlimiti" che si disputa la scommessa su un embrionale diritto penale europeo.

La dottrina dei "controlimiti" non va intesa come una forma di resistenza degli Stati nazionali ai processi di integrazione sovranazionale e internazionale, ma l'espressione rigorosa della sovranità popolare, nella sua dimensione irrinunciabile.

Come lucidamente osservato nella dottrina costituzionalistica⁵⁸, vi è infatti una corrispondenza biunivoca tra controlimiti e sovranità popolare, nel senso che se "*la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione*" (art. 1 Cost.), non è il *popolo* – privo di soggettività internazionale –, ma lo Stato italiano a "*consentire (...) alle limitazioni di sovranità*" (art. 11 Cost.); i controlimiti rappresentano, dunque, lo strumento costituzionale per esercitare, nelle "forme e nei limiti" della Costituzione, la sovranità popolare, che può essere limitata, ma non ceduta; e le limitazioni non possono compromettere la dimensione dei principi fondamentali della Costituzione, alterando l'identità costituzionale dell'ordinamento nazionale.

⁵⁸ LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 7

Peraltro, i “controlimiti” assumono rilevanza sia *in negativo*, nella prospettiva nazionale (ai sensi dell’art. 11 Cost.) e nella prospettiva eurounitaria (ai sensi dell’art. 4.2 TUE, e, per alcuni princîpi, anche ai sensi dell’art. 6.3 TUE), sia *in positivo*, quali riflessi dei *limiti* alle attribuzioni dell’Unione imposti dagli stessi Trattati (artt. 83, 258 e 325 TFUE).

Nella consapevolezza che l’identificazione dei princîpi supremi dell’ordinamento costituzionale italiano non possa derivare da un ragionamento di carattere assiomatico, i parametri costituzionali invocati – irretroattività della norma penale, riserva di legge, tassatività, diritto di difesa, finalità rieducativa della pena, uguaglianza, ragionevolezza, divisione dei poteri – appaiono princîpi che connotano in termini imprescindibili l’identità costituzionale del nostro ordinamento; princîpi la cui erosione, conseguente agli effetti derivanti dalla sentenza della Corte di Giustizia *in re Taricco*, segnerebbe il limite di non riconoscibilità dell’ordine costituzionale.

In tal senso, va evidenziato che il profilo dei “controlimiti” è legato non soltanto all’individuazione ed alla salvaguardia dei princîpi supremi, ma altresì alle limitazioni di sovranità consentite dall’art. 11 Cost. .

Al riguardo, le *limitazioni* di sovranità, oltre a non poter trascinare in vere e proprie *cessioni* di sovranità, intanto sono costituzionalmente legittime, in quanto siano adottate “*nelle forme e nei limiti*” previsti dalle fonti che le consentono.

Quanto ai “*limiti*” delle limitazioni di sovranità, va sottolineato che il Trattato sull’Unione europea, stipulato dall’Italia, e fonte delle “limitazioni di sovranità” consentite ai sensi dell’art. 11 Cost., prevede, all’art. 4.2: “*L’Unione rispetta l’uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale*”.

Ebbene, se i parametri costituzionali invocati connotano in termini imprescindibili l’identità costituzionale del nostro ordinamento, essendo “*insiti*” nella struttura fondamentale dello Stato italiano, essi devono essere presi in considerazione altresì quali princîpi generali della stessa Unione europea, in quanto comuni – i princîpi della divisione dei poteri, dell’uguaglianza, dell’irretroattività della legge penale, del diritto di difesa - alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, e perciò insuscettibili di compromissione da parte delle stesse Istituzioni europee.

In tal senso, l’art. 6.3 TUE sancisce: “*I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto princîpi generali*”.

Ne consegue che la consistenza di princîpi supremi dei parametri invocati, che vengono compromessi dall’obbligo di disapplicazione sancito della sentenza della Corte di Giustizia *in re Taricco*, dovrebbe attrarli nella sfera di intangibilità propria dei “*princîpi generali*” della stessa Unione europea (art. 6.3 TUE).

Va aggiunto che, se l’estensione dei diritti fondamentali garantiti dall’art. 6.3 TUE è circoscritta ai diritti fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri – tra i quali vanno annoverati, almeno, le garanzie derivanti dalla divisione dei poteri, l’uguaglianza, l’irretroattività della legge penale e il diritto di difesa -, la salvaguardia degli altri princîpi supremi invocati quali controlimiti – riserva di legge, finalità rieducativa della pena, tassatività – deve ritenersi garantita in modo maggiormente pregnante dall’art. 4.2 TUE.

Infatti, nell’affermare che l’Unione rispetta l’ “identità nazionale” degli Stati membri insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, tale norma garantisce, a

sua volta, l'intangibilità dei c.d. "controlimiti", dei principi supremi che connotano l'identità costituzionale di un ordinamento nazionale.

Né potrebbe fondatamente obiettarsi che l'art. 4.2. TUE avrebbe 'comunitarizzato' i controlimiti, incorporandoli nel diritto eurounitario, e trasformandoli da controlimiti *esterni* in semplici limiti *interni* all'ordinamento dell'U.E.; come osservato nella dottrina costituzionalistica⁵⁹, una tale interpretazione, che paradossalmente finirebbe per "raccomandare le pecore al lupo"⁶⁰, snaturerebbe la funzione stessa dei controlimiti, neutralizzandone i contenuti, in quanto la gestione ed il rispetto dei controlimiti sarebbe affidato all'ordinamento (in tal caso, 'eurounitario') nei cui confronti essi vengono opposti; in tal senso, la norma del Trattato sarebbe costituzionalmente illegittima per contrasto con il metaprinzipio supremo della intangibilità dei principi supremi.

Deve, dunque, ribadirsi l'esclusività della competenza dell'ordinamento costituzionale nazionale ad affermare i caratteri ed il contenuto della propria identità nazionale, nelle forme e nei modi previsti dalla Costituzione.

Ciò che l'art. 4.2 TUE aggiunge è la garanzia che le stesse Istituzioni eurounitarie sono tenute a rispettare l'identità costituzionale degli Stati membri; e dunque, in caso di violazione di tale *limite*, l'ordinamento nazionale che registrasse un mancato rispetto della propria identità costituzionale sarebbe, da un lato, legittimato (ai sensi del Trattato sull'Unione), e, dall'altro, obbligato (ai sensi della Costituzione interna), ad opporre i "controlimiti" alla penetrazione del diritto sovranazionale ritenuto irriducibilmente incompatibile con i principi supremi della propria Costituzione.

Lungi dall'innescare pretese 'guerre' tra Corti⁶¹, o tra ordinamenti, dunque, non appare esserci un ragionevole margine argomentativo (ove basato su ragioni giuridiche e 'istituzionali', e non su supposte 'opportunità' politiche) per una rappresentazione drammaticizzante dell'opposizione dei "controlimiti", che non è altro che una fisiologica *actio finium regundorum* tra ordinamento nazionale e ordinamento sovranazionale, nel complesso e multifattoriale processo di integrazione europea, alla stregua delle norme costituzionali (art. 11 Cost.) e internazionali (art. 4.2 TUE) che ne regolano l'evoluzione, delimitando le rispettive attribuzioni.

7. ... e limiti 'internazionali'.

I limiti all'introduzione degli obblighi di disapplicazione *in malam partem* sanciti dalla Corte di Giustizia, peraltro, non sono soltanto 'interni' all'ordinamento nazionale (i c.d. controlimiti costituzionali), ma sono anche 'esterni' ad esso, coincidendo con i limiti di attribuzione delle competenze dell'Unione europea; limiti che, in quanto fissati da Trattati, hanno carattere internazionale.

Come si è evidenziato, le *limitazioni* di sovranità intanto sono costituzionalmente legittime, in quanto siano adottate "nelle forme e nei limiti" previsti dalle fonti che le consentono.

⁵⁹ LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 9

⁶⁰ MANES, *La "svolta" Taricco*, cit., 5

⁶¹ Concorde, sul punto, LUCIANI, *Conclusioni. Chi ha paura dei controlimiti?*, p. 2 (del dattiloscritto), che, nelle *Conclusioni* al Convegno di studi "Aspettando la Corte Costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo", ha sostenuto che "la Corte costituzionale potrà pronunciarsi in tutta tranquillità, perché una declaratoria di incostituzionalità non potrà generare alcuna guerra fra Corti".

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 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* travalica i confini delle attribuzioni riconosciute dal Trattato alle istituzioni dell’Unione.

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

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 comma 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), 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.

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

L’assunzione dell’art. 325 TFUE quale “base legale” per la tutela *penale* di interessi finanziari dell’U.E., dunque, 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.

8. Apogè o declino del diritto penale europeo?

La sentenza *Taricco* sembra, dunque, segnare lo stadio più avanzato, l’apogè del c.d. ‘diritto penale europeo’, il presupposto, a sua volta, per ulteriori ‘fughe in avanti’ calibrate sulle capacità autopoietiche della Corte di Giustizia⁶², più che sulle ‘fisiologiche’ dinamiche normative previste dai Trattati.

⁶² MANES, *La “svolta” Taricco*, cit., 4.

But jumping the gun is not a project: la “fuga in avanti”⁶³ rischia, anzi, di rivelare una ‘tattica’ di corto respiro, che proponendo mete lontane, o addirittura irraggiungibili, tradisce, ad esse supplendo, una mancanza di volontà, o di capacità, di risolvere i problemi immediati mediante elaborazione di lungimiranti e condivise ‘strategie’.

Le ‘forzature’ istituzionali dell’ordinamento sovranazionale fomentano il rischio di un’involuzione generale del progetto europeo – già segnata dalla imminente uscita della Gran Bretagna, in seguito al recente *referendum* –, per l’assenza di riconoscibilità dei singoli ordinamenti nazionali, e, di conseguenza, di un inarrestabile declino della stessa idea di un ‘diritto penale europeo’.

Nell’attuale quadro istituzionale dell’Unione, infatti, la competenza penale, soltanto indiretta, non può essere oggetto di una surrettizia auto-attribuzione, che violerebbe gli stessi limiti imposti dai Trattati, dei quali gli Stati nazionali sono “signori” (*Herren des Verträge*⁶⁴).

E la sentenza Taricco sembra avviarsi proprio sul “piano inclinato” della progressiva auto-attribuzione di competenze penali dirette, con corrispondente erosione delle prerogative nazionali; il rischio concreto ed imminente di una *slippery slope* si materializza ove si consideri che, una volta ammessa tale competenza in materia di prescrizione delle frodi IVA, non si intravedono argomenti ragionevoli per impedire analoghe ‘appropriazioni’ di competenze⁶⁵ in materie, di tradizionale rilevanza eurounitaria, quali il riciclaggio, la corruzione internazionale, il terrorismo, gli abusi di mercato⁶⁶.

In tale contesto, pur prescindendo dai riflessi della c.d. *Brexit* sulla conformazione del diritto eurounitario, ora verosimilmente meno esposto alle influenze di *common law*, e dalle difficoltà di ricomporre le diverse declinazioni dei diritti nazionali, non possono essere ignorate le ragioni delle ‘resistenze’ nazionali alla penetrazione del diritto dell’Unione nello scrigno della potestà punitiva.

Del resto, oltre ai limiti ‘istituzionali’, non possono neppure ignorarsi i limiti ‘culturali’ al riconoscimento di una competenza penale sovranazionale: il diritto ‘eurounitario’, in particolare nel prisma dei diritti fondamentali, è largamente debitore della giurisprudenza della Corte di Strasburgo; ed il diritto ‘convenzionale’ assume, per la stessa morfologia di tutela giurisdizionale nella quale viene elaborato, la ‘declinazione’ soggettiva del riconoscimento dei diritti e delle libertà nelle Carte internazionali; in tal senso, dunque, il processo di osmosi giuridica è necessariamente frenato dalla (tendenzialmente) opposta ‘declinazione’ oggettiva dei diritti e dei principi affermati negli ordinamenti nazionali, come evidenziato dai sempre più ricorrenti ‘corto circuiti’ della legalità⁶⁷.

⁶³ Identica connotazione in CATALANO, *Il caso Taricco: una fuga in avanti*, in *Forum Quad. costituzionali*, 5 ottobre 2016.

⁶⁴ Secondo l’espressione alla quale il *Bundesverfassungsgericht* è rimasta ancorata a partire dalla decisione sul Trattato di Maastricht (BVG, Secondo senato, 12 ottobre 1993).

⁶⁵ Non si comprende, dunque, l’argomentazione (GAMBARDELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali*, cit., p. 1480, e Id., *Il “Caso Taricco”*, cit., p. 7) 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.

⁶⁶ In senso analogo, VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale*, cit., 14.

⁶⁷ Emblematica, in tal senso, l’affermazione della Corte di Strasburgo, nel caso *Contrada* (Corte EDU, 14 aprile 2015), della violazione della ‘legalità convenzionale’ in relazione al “reato” (*recte*: forma di manifestazione del reato) di concorso esterno in associazione mafiosa; per tutti, PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir.pen.proc.*, 2015, n. 9, 1061 ss.

In tale solco, l'irriducibilità degli ordinamenti deriva dalla 'babele di linguaggi' che connota il processo di integrazione giuridica europea, sia nella dimensione propriamente 'lessicale', sia nella dimensione della "grammatica"⁶⁸ del diritto penale nelle diverse esperienze ordinamentali; non può, infatti, prescindersi dalla considerazione che il *linguaggio* giuridico⁶⁹, soprattutto nel diritto penale, delimita gli spazi di libertà, e dunque è essenziale nell'affermazione (nelle diverse declinazioni) del principio di legalità.

Del resto, oltre all'irrisolto problema del *deficit* di democraticità delle opzioni incidenti sulla politica criminale, l'assenza di 'astrattezza' che connota il c.d. diritto penale 'euro-unitario'(soprattutto di provenienza giurisprudenziale) - emblematicamente materializzata dalla sentenza *Taricco*, le cui statuizioni non sembrano automaticamente applicabili ad altri Stati membri al di fuori dell'Italia, essendo declinate sulle 'concrete' peculiarità del singolo ordinamento – sembra contraddire lo stesso carattere essenziale che, anche negli ordinamenti di *common law*, connota la giuridicità: la "generalità del diritto"⁷⁰.

Il timore è 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'⁷¹, 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 poteri⁷².

E, nonostante le metamorfosi degli ordinamenti giuridici, per i quali il paradigma culturale della "piramide" è stato soppiantato da quello 'reticolare', come icasticamente raffigurato dalla metafora "*dalla piramide alla rete*"⁷³, nondimeno va sottolineato che, pur nel sempre più complesso sistema delle fonti di produzione del diritto, la Costituzione

⁶⁸ In tal senso, riprendendo la felice traduzione di 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.

⁶⁹ Di recente, in una brillante *lectio magistralis*, FLETCHER, *Linguaggio e diritto*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2016, p. 445, ha affrontato la complessa tematica delle relazioni tra linguaggio e diritto, evidenziando come la struttura del linguaggio giuridico possa influenzare gli stessi concetti giuridici.

Del resto, nella filosofia del linguaggio è diffusa la consapevolezza della connessione tra struttura delle lingue, pensiero e realtà: ad es., la morfologia delle lingue occidentali, basate sul paradigma 'soggetto, copula e predicato', fonderebbe la struttura del relativo pensiero, che ha ad oggetto cose, sostanze, oggetti, cui attribuire proprietà (nel solco della filosofia aristotelica), a differenza delle lingue basate non sul riconoscimento di cose, ma di *eventi*.

⁷⁰ In una sorta di dialogo con Hart (*The Concept of Law*, Oxford, 1961), e nel contesto di un diritto di matrice di *common law*, ENDICOTT, *The Generality of Law*, Oxford, 2013, trad.it. *La generalità del diritto*, Modena, 2013, individua proprio nella "generalità" la caratteristica essenziale del diritto.

⁷¹ Scettico sulle possibilità del 'dialogo tra Corti' è anche LUCIANI, *Conclusioni*, cit., p. 5 (del dattiloscritto), che evidenzia come la Corte di Giustizia sembra predisposta più ad un 'monologo', non avendo tenuto in alcun conto la tradizione giuridica italiana, e l'indirizzo della Corte costituzionale in materia di (natura giuridica della) prescrizione.

⁷² 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 Brunelli, Pugiotto, Veronesi, Napoli, 2009, p. 35 ss., evidenzia "lo spostamento dalla teoria delle fonti alla teoria dell'interpretazione"

⁷³ OST-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, VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol.dir.*, 2001, p. 633 ss.; lo stesso VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *Dir. Pen. cont.*, 2 novembre 2016, p. 14 ss., 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.

italiana è, e resta, l'unica espressione di un "potere costituente", essendo l'adesione ai Trattati sull'Unione Europea espressione di un "potere costituito"⁷⁴; il limite invalicabile, di riconoscibilità, del *potere costituente*, rappresentato dai principi supremi e dai diritti fondamentali, non può, dunque, essere oltrepassato, senza una grave "rottura costituzionale", da un *potere costituito*; ed in ciò consiste il "predominio assiologico" della Costituzione⁷⁵.

E tale (ri)affermazione, nel nostro ordinamento, passa per la consapevolezza che "non tutti i cammelli europei possono passare per la cruna dell'art. 11 della Costituzione"⁷⁶.

⁷⁴ LUCIANI, *Conclusioni. Chi ha paura dei controlimiti?*, cit., p. 7 (del dattiloscritto) 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.

⁷⁵ 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 MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, *ivi*, p. 2204; in dottrina, altresì, 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; BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Riv.trim. dir.pen. cont.*, 2015, n. 2, 288.

⁷⁶ LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Quest.giust.*, n. 1 del 2015, 85.

IL DIBATTITO

IL CASO TARICCO E L'ALIBI DELLA NATURA PROCESSUALE DELLA PRESCRIZIONE

CRISTIANO CUPELLI*

SOMMARIO: 1. *Il tema.* – 2. *Legalità e prescrizione nella sentenza Taricco.* – 3. *La prescrizione nella giurisprudenza costituzionale.* – 4. *L'argomento metagiuridico e le ragioni dello scetticismo.* – 5. *L'evanescenza dei criteri.* – 6. *Davvero non ne vale la pena?*

1. Il tema.

Nel dedalo dei profili problematici dischiusi dalla Corte di Giustizia con l'ormai celebre sentenza Taricco dell'8 settembre dello scorso anno, ve ne è uno all'apparenza circoscritto, evocato per lo più di sfuggita nei commenti ma non sfuggito alla Terza Sezione penale della Cassazione nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dello scorso 30 marzo 2016 (depositata l'8 luglio), n. 28346⁷⁷: quello della prescrizione penale e della sua natura giuridica, sostanziale o processuale.

Non v'è dubbio che, nell'ambito di un dibattito *alto* sullo stato dei rapporti tra diritto nazionale (non solo penale) e diritto UE e tra principi costituzionali, fonti sovranazionali e decisioni delle Corti, intraprendere una discussione su tale profilo esponga a un duplice rischio: se affrontata sul piano astratto, di essere relegata tra le disquisizioni minori, tra le dispute che appassiano solo i teorici e allontanano dal cuore delle tensioni; se rapportata al profilo pratico, di finire tra le questioni *scomode*, in ragione dell'impopolarità di cui la controversa disciplina dell'istituto gode nell'attuale contesto giudiziario, politico e accademico.

Ad onta di ciò, non si può fare a meno di rimarcare come il riconoscimento della natura processuale della prescrizione operato dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia assuma – per diverse ragioni - un ruolo centrale nel dibattito odierno.

Anzitutto, per la sua indubbia funzionalità a superare agevolmente ogni possibile riserva in merito alla prospettata lesione del principio di legalità in materia penale e dunque al riconoscimento, allorquando ricorrano determinate circostanze, di un obbligo di disapplicazione *in malam partem* al giudice interno di norme meramente processuali (la disciplina in materia di atti interruttivi della prescrizione, così come emergente dagli artt. 160 e 161 c.p.).

In secondo luogo, perché rappresenta una spia sintomatica dell'estrema scivolosità del tema e del pericolo – che il penalista avverte - di vedere travolti, con una buona dose di superficialità, cardini del diritto penale classico (a partire dal principio di legalità,

* Associato di Diritto penale, Dipartimento di Diritto pubblico, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

⁷⁷ Cass. Terza Sez. penale, ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2016.

nei suoi corollari fondanti della riserva di legge parlamentare e dell'irretroattività della norma penale sfavorevole), assieme a secolari punti fermi della sistematica penalistica.

Infine, e soprattutto, in quanto il richiamo alla prescrizione – proprio in virtù dell'impopolarità di cui s'è detto – offre un formidabile appiglio per quello che, a ben vedere, rappresenta l'*argomento forte* nella radicale presa di distacco dal ricorso ai controlimiti nel caso Taricco⁷⁸: quello che potremmo definire l'argomento del "*ne vale la pena*", schematizzabile in suggestioni dal seguente tenore: "*vale davvero la pena investire la Corte costituzionale, invocare l'arma dei controlimiti, porsi in frontale contrapposizione con la Corte di Giustizia e più in generale con l'UE, rischiando di minare il prezioso dialogo tra le Corti e di segnare una battuta di arresto così significativa nel percorso di creazione/implementazione di un diritto penale europeo per difendere una normativa 'impresentabile' come quella italiana sulla prescrizione, che peraltro l'Europa stessa, e non da oggi, ci chiede di modificare e della quale beneficiano grandi e incalliti evasori, autori di condotte che sottraggono ingenti risorse all'Unione?*".

La risposta agli interrogativi, quantomeno nelle intenzioni dei proponenti, è già scritta. E la domanda vorrebbe assumere contorni retorici. Ma è davvero così?

2. Legalità e prescrizione nella sentenza Taricco.

Per abbozzare una risposta, è dalla prescrizione e dagli scarni passaggi motivazionali ad essa riservati nella sentenza Taricco che occorre muovere.

Invocando come unico referente l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - che, in forza dell'art. 52 della stessa Carta, recepisce i principi di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene nella dimensione riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo formatasi sulla corrispondente previsione dell'art. 7 CEDU) e cioè che "*nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale*" (§. 54) -, la Corte di Giustizia ha ritenuto che la disapplicazione delle disposizioni interne in materia di prescrizione avrebbe come unico effetto quello "di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale pendente, di consentire un effettivo perseguimento dei fatti incriminati nonché di assicurare, all'occorrenza, la parità di trattamento tra le sanzioni volte a tutelare, rispettivamente, gli interessi finanziari dell'Unione e quelli della Repubblica italiana" (§. 55).

Una siffatta disapplicazione del diritto nazionale "non violerebbe i diritti degli imputati, quali garantiti dall'articolo 49 della Carta", dal momento che "*non ne deriverebbe affatto una condanna degli imputati per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva un reato punito dal diritto nazionale, né l'applicazione di una sanzione che, allo stesso momento, non era prevista da tale diritto*", visto che "*i fatti contestati agli imputati nel procedimento principale integravano, alla data della loro commissione, gli stessi reati ed erano passibili delle stesse sanzioni penali attualmente previste*" (§. 56). A supporto, viene menzionata anche quella giurisprudenza della Corte EDU relativa all'art. 7 CEDU, ad avviso della quale, in sostanza, la materia della pre-

⁷⁸ Ci si riferisce, in particolare, a F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2016, p. 14 ss. e ID., *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, 14 settembre 2015, p. 14.

scrizione del reato attiene alle condizioni di *procedibilità* del reato, e non è pertanto coperta dalla garanzia del *nullum crimen* (§. 56).

Tanto basta alla Corte di Giustizia per ritenere garantito il rispetto del principio di legalità, tenuto conto che, come esplicitato dall'Avvocato generale nelle sue Conclusioni, manca, per l'individuo/imputato, un qualsivoglia "affidamento meritevole di tutela" a "che le norme applicabili sulla durata, il decorso e l'interruzione della prescrizione debbano necessariamente orientarsi sempre alle disposizioni di legge in vigore al momento della commissione del reato"⁷⁹.

3. La prescrizione nella giurisprudenza costituzionale.

In questi termini, e a modo loro, i giudici di Lussemburgo si sono posti – e hanno risolto - il *problema della legalità*. È la natura processuale e non sostanziale della prescrizione, assieme al presupposto che non sia ravvisabile in ambito convenzionale né in ambito europeo un diritto fondamentale dell'individuo a non essere sottoposto a termini di prescrizione non previsti al momento della commissione del fatto⁸⁰, a consentire di sottrarre la disciplina dei termini prescrizionali alle garanzie del *nullum crimen sine lege*.

Senonché, il sillogismo proposto pecca nella premessa. È infatti largamente condivisa in dottrina una lettura sostanzialistica della prescrizione⁸¹, ancorata a "ragioni relative al punire o non punire", al "problema della rilevanza del tempo trascorso rispetto alle esigenze di risposta al reato"⁸² e agli indissolubili legami con le istanze di prevenzione generale positiva e alla strumentalità al perseguimento della funzione rieducativa della pena⁸³.

⁷⁹ Cfr. §. 119 delle Conclusioni dell'Avvocato generale J. Kokott presentate il 30 aprile 2015 nella causa C-105/14, Taricco e altri.

⁸⁰ Questa soluzione è stata peraltro ripresa e ulteriormente sviluppata, in termini se possibile ancor più discutibili e con riferimenti quasi testuali a taluni dei primi commentatori, dalla Terza Sezione della Cassazione, nella sentenza 17 settembre 2015, n. 2210, depositata lo scorso 20 gennaio 2016 (in *Giur. it.*, 2016, p. 965 ss., con nota di F. ROSSI, *La Cassazione disapplica gli artt. 160 e 161 c.p. dopo la sentenza Taricco*). A supporto, vengono invocati argomenti alquanto labili, quali a) l'avvenuta ratifica, da parte dell'Italia, del Quarto Protocollo alla Convenzione del Consiglio d'Europa sull'estradizione; b) la natura meramente "dichiarativa" e non "costitutiva" della sentenza della Corte di Giustizia; c) un passaggio della sentenza della Corte costituzionale 22 luglio 2011, n. 236; perplesso su tali passaggi motivazionali F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in *Dir. pen. cont.*, 22 gennaio 2016, p. 2 ss.; con toni critici, anche D. MICHELETTI, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco. Dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, in www.la legislazione penale.eu, 3 febbraio 2016, p. 8 ss. e G. CIVELLO, *La prima attuazione della sentenza "Taricco" della C.G.U.E.: il principio di legalità nell'epoca del minimalismo penale*, in *Arch. pen.*, n.1/2016, p. 6 ss.

⁸¹ Per un accurato inquadramento del dibattito relativo alla natura giuridica della prescrizione, F. GIUNTA - D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, p. 63 ss.; in argomento, si vedano anche G. BALBI, *Questioni aperte in tema di prescrizione del reato*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013, p. 391 ss.; A. MOLARI, voce *Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, 1966, p. 679 ss.; S. PANAGIA, voce *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, p. 659 ss.; P. PISA, voce *Prescrizione (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 78 ss.

⁸² D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 1/2015, p. 21; tesi già in precedenza sostenuta in ID., *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 523 e da ultima ribadita in ID., *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016, p. 2 ss.

⁸³ In termini generali, per tutti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, p. 830 ss. e, con riferimento alla sentenza Taricco, B. ROMANO, *Prescrizione e ragionevole durata del processo, cit., principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, cit., p. 7 ss.; in questa prospettiva, si è ipotizzato un fondamento

Come si è accennato, sulla natura sostanziale prende limpidamente posizione anche la Terza Sezione penale della Cassazione, nella ricordata ordinanza di rimessione del 30 marzo scorso (spec. al §. 4.2.3.), con appropriati richiami alla collocazione legislativa, all'interpretazione letterale, alle possibilità (riconosciute dall'art. 129 c.p.p.) di un "accertamento giudiziale, sia pure nei limiti dell'evidenza probatoria, che il fatto non sussiste o non è previsto dalla legge come reato o l'imputato non lo ha commesso, anche allorquando sia maturata la prescrizione" e alla stessa concezione della punibilità come elemento del reato (anche in rapporto alla particolare tenuità del fatto).

Ma è ancor più nella costante giurisprudenza della Corte costituzionale che la natura sostanziale della prescrizione si è radicata, in coerenza con il suo fondamento storico e la sua *ratio*⁸⁴.

Tra le varie⁸⁵, particolarmente istruttivo è il richiamo alla sentenza n. 143 del 2014⁸⁶, nella quale la Corte ha precisato che "sebbene possa proiettarsi *anche sul piano processuale* - concorrendo, in specie, a realizzare la garanzia della ragionevole durata del processo (art. 111, co. 2, Cost.) - la prescrizione costituisce, nell'attuale configurazione, un istituto di natura sostanziale, la cui *ratio* si collega preminentemente, da un lato, all'interesse generale di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venir meno, o notevolmente attenuato [...] l'allarme della coscienza comune" e, dall'altro, "al 'diritto all'oblio' dei cittadini, quando il reato non sia così grave da escludere tale tutela".

Con l'ulteriore specificazione che tali finalità "si riflettono puntualmente nella tradizionale scelta di correlare alla gravità del reato il tempo necessario a prescrivere, ancorandolo al livello quantitativo della sanzione, indice del suo maggiore o minore disvalore nella coscienza sociale. Siffatta correlazione, cui già si ispirava la scansione dei termini prescrizionali per 'classi di reati', originariamente adottata dal codice penale del 1930, è divenuta ancor più stretta a seguito della legge n. 251 del 2005, la quale (...) ha identificato nella durata massima della pena edittale di ciascun reato il tempo sufficiente a decretare, in via presuntiva, il disinteresse sociale per la repressione del fatto criminoso".

Sempre la Corte riserva all'esclusiva discrezionalità legislativa la possibilità di introdurre deroghe al regime ordinario di prescrizione, stabilendo "termini più brevi o più lunghi di quelli ordinari in rapporto a determinate ipotesi criminose, sulla base di valutazioni correlate alle specifiche caratteristiche degli illeciti considerati e alla ponderazione complessiva degli interessi coinvolti"⁸⁷.

costituzionale della prescrizione nell'art. 3, co. 2 Cost., "sub specie dell'obbligo statale di rimozione dei fattori di impedimento al pieno sviluppo della persona umana, ma anche nell'art. 27, co. 3, stante la dispersione nel tempo delle istanze rieducative" (Così G. BALBI, *Questioni aperte in tema di prescrizione del reato*, cit., p. 394). Per una rilettura degli istituti del diritto penale in chiave teleologicamente orientata, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 83 ss.

⁸⁴ *Ratio* collegata, "da un lato, all'interesse generale di non perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venir meno, o notevolmente attenuato, l'allarme della coscienza comune" e, dall'altro, "al diritto all'oblio dei cittadini, quando il reato non è così grave da escludere tale tutela" (C. PIERGALLINI, *Il fondamento della prescrizione nel diritto penale (ancora una volta) all'esame della Consulta*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2372).

⁸⁵ Senza pretesa di esaustività, si possono ricordare, tra le più recenti, Corte cost., sent. 23 novembre 2006, n. 393, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4106; sent. 1 agosto 2008, n. 324, ivi, 2008, p. 3459 ss.; sent. 14 febbraio 2013, n. 23, ivi, 2013, p. 370 ss.; sent. 25 marzo 2015, n. 45, ivi, 2015, p. 370 ss.

⁸⁶ Corte cost., sent. 28 maggio 2014, n. 143, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2369.

⁸⁷ Ancora Corte cost., sent. 28 maggio 2014, n. 143, cit., p. 2369.

4. L'argomento metagiuridico e le ragioni dello scetticismo.

Caduta la premessa, cade la correlata pretesa di una legalità affievolita⁸⁸. Resiste unicamente l'argomento metagiuridico che, con tutta probabilità, ha rivestito un peso rilevante nelle determinazioni dei giudici europei: l'idea che l'istituto della prescrizione rappresenti, in fondo, nulla più che un *odioso privilegio*, uno strumento per garantire, a chi può permettersi strategie difensive dilatorie e collegi difensivi agguerriti, una sostanziale e indiscriminata impunità: "un paradossale istituto premiale a tutela degli imputati colpevoli e ai danni della collettività"⁸⁹.

Si tratta di un argomento che non solo non smussa ma che anzi, se possibile, accentua le molte e varie ragioni di perplessità e dissenso rispetto alla sentenza Taricco.

Salta subito agli occhi come, nei passaggi sopra riportati, la Corte di Giustizia indebolisca apertamente il mito della dimensione dialogica tra le Corti: "sprezzantemente, non si preoccupa affatto della consolidata giurisprudenza costituzionale sulla natura (sostanziale e non processuale) della prescrizione penale e nega la possibile violazione dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE richiamando solo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo"⁹⁰.

Scarsamente persuasivo appare poi il richiamo operato alla giurisprudenza della Corte EDU: sia perché "i precedenti non sembrano inequivoci, sia perché l'esclusione della prescrizione – in sede convenzionale – dall'ombrello garantistico dell'art. 7 CEDU non può determinare mutamenti peggiorativi dello statuto garantistico seguito a livello domestico"⁹¹, considerato che il concetto di *materia penale* ha sempre operato – ma a questo punto sarebbe meglio dire: *dovrebbe sempre operare* - a senso unico, nel senso cioè di estendere, e mai ridurre, le garanzie interne, in linea con la clausola di salvaguardia di cui all'art. 53 CEDU. Il richiamo alla giurisprudenza europea dovrebbe spingere a conclusioni diametralmente opposte rispetto a quelle prospettate dalla Corte di Giustizia: "l'approccio sostanziale che caratterizza la giurisprudenza della Corte EDU, infatti, considera centrale – al di là di qualificazioni formalistico/dogmatiche – se una certa modifica di disciplina abbia avuto ripercussioni negative in capo al singolo, non prevedibili al momento della commissione del fatto: e, francamente, l'effetto peggiorativo – quale che ne sia la natura – sembra innegabile quando la mutazione concerna il regime della prescrizione, mutazione che del resto la stessa Corte di Strasburgo ha considerato

⁸⁸ Ammesso e non concesso che davvero il principio di legalità non copra anche le norme processuali (come sottolinea invece, opportunamente, S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, cit., 371, invocando in particolare l'art. 111, co. 1 Cost., ai sensi del quale il processo è "regolato dalla legge"), va comunque messa in luce l'intrinseca contraddittorietà che accompagna l'impostazione seguita dalla pronuncia, "che prima imputa alla disciplina italiana della prescrizione il deficit di effettività/adequatezza della tutela, e poi nega che essa sia parte della legalità sostanziale" (V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016cit., p. 13).

⁸⁹ G. CIVELLO, *La prima attuazione della sentenza "Taricco" della C.G.U.E.: il principio di legalità nell'epoca del "minimalismo penale"*, cit., p. 10; sull'intolleranza per l'istituto della prescrizione (e sui molteplici equivoci circa la sua reale funzione), con particolare riferimento alla prospettiva riformistica, in F. GIUNTA, *Oltre l'avversione imprescrittibile per la prescrizione penale*, in *Giust. pen.*, 2015, II, c. 186 ss.

⁹⁰ M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC n. 2/2016*, 15 aprile 2016, p. 15.

⁹¹ V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, cit., p. 14.

determinante, nelle sue ripercussioni negative, in un precedente «italiano» assai noto (*Drassich c. Italia*)⁹².

Alla prevedibilità si ricollega, in qualche modo, l'ulteriore limite che ricondurre la prescrizione al regime della mera procedibilità mette in luce: l'applicazione retroattiva dell'allungamento dei termini di prescrizione pregiudica infatti il diritto del singolo di beneficiare dei vantaggi premiali connessi alla scelta dei riti speciali⁹³, compromettendo non tanto una mera aspettativa di esito favorevole collegata a fattori estrinseci della procedibilità, quanto la "dimensione di complessiva informazione su tutti i presupposti della punibilità che caratterizza la fattispecie penale di garanzia"⁹⁴; e cioè il diritto del singolo "di non essere punito sulla base di condizioni e presupposti strumentali all'applicazione della pena introdotti dopo la commissione del fatto"⁹⁵.

5. L'evanescenza dei criteri.

Restando sul 'fronte penalistico', vi sono altri snodi problematici che accompagnano, sul piano applicativo, l'attuazione del *dictum* della sentenza Taricco, che in questa sede si possono solo accennare e che si ricollegano tutti all'evanescenza delle condizioni che il giudice nazionale è chiamato a verificare per procedere alla disapplicazione del diritto interno: la *gravità* delle frodi che ledono gli interessi finanziari dell'UE e il *numero dei casi* - che dovrà essere *considerevole* - in cui la normativa interna determini l'impossibilità di sanzioni effettive e dissuasive.

Se l'accertamento della "gravità" delle frodi è stato in qualche modo ancorato a parametri normativi conosciuti - la configurabilità, nel caso concreto, dell'aggravante del "danno patrimoniale di rilevante gravità" di cui all'art. 61, n. 7 c.p.⁹⁶ e il riferimento all'art. 2, par. 1 della Convenzione PIF⁹⁷ -, più problematica si presenta la verifica del *numero considerevole di casi* di frodi gravi che resterebbero impuniti. *Quando* tale numero potrà ritenersi considerevole? *E a quali casi* ci si dovrà riferire: al totale di fattispecie in materia di evasione IVA scrutinate nell'intero territorio nazionale ovvero solo a quelle sottoposte al vaglio del singolo giudice procedente? Nella prima ipotesi, "il giudice dovrebbe avere a disposizione statistiche affidabili", nella seconda, "la casualità della disapplicazione sarebbe totale, perché tutto dipenderebbe dall'accidentale andamento di singoli gruppi di processi"⁹⁸.

L'effetto è duplice. Da un lato, si finisce per delegare la valutazione circa l'*an* della punibilità - tipicamente riservata al legislatore - al singolo giudice interno, stravolgendo i canoni di sussidiarietà e offensività in nome di esigenze di "pura (e presuntiva) preven-

⁹² Ancora V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, cit., p. 14 ss.

⁹³ Limite messo in evidenza in particolare da V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1257 ss.

⁹⁴ Ancora V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, cit., p. 1258, il quale fa l'esempio "che venga disapplicata la disciplina più favorevole della prescrizione sulla quale avevano fatto affidamento imputati che, in vista dell'imminente maturazione del relativo termine di durata, avevano ritenuto di non scegliere definizioni negoziali del processo, che avrebbero consentito loro di lucrare sconti di pena consistenti, capaci di condizionarne le dinamiche esecutive con effetti di straordinario impatto sui diritti fondamentali".

⁹⁵ V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, cit., p. 1258.

⁹⁶ In questo senso, Cass. Quarta Sez. penale, sent. 25 gennaio 2016 (dep. 26 febbraio 2016), n. 7914, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2016, cit., p. 12 ss.

⁹⁷ Cass. Terza Sez. penale, ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346, cit., §. 3.3.

⁹⁸ M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., p. 15.

zione generale⁹⁹ e prendo all'idea "che il singolo sia concretamente punito ove esigenze di prevenzione generale lo richiedano, e dunque che il singolo sia strumentalizzato per fini di politica criminale"¹⁰⁰. Dall'altro, si oblitera del tutto il principio di *tassatività* e si vanifica ogni accettabile margine di *prevedibilità*, per i destinatari/interessati, della soluzione derivante dalla primazia del diritto dell'Unione, finendo col rinnegare persino quel corollario (minimo) del principio della certezza del diritto che, in chiave sovranazionale e convenzionale, rappresenta il cuore della legalità penale¹⁰¹.

6. Davvero non ne vale la pena?

Conclusivamente, rinviando ad altra sede l'indagine sull'operatività dei controlimiti e sul margine di tutelabilità del principio di legalità in materia penale¹⁰², ci si può limitare a rilanciare (e *rileggere*) il monito, evocato dai *critici dei controlimiti* quale corollario del ricordato '*ne vale la pena*', ad usare con cautela e attenzione - "*solo quando davvero serve*" - i controlimiti.

Ebbene: non è questo un caso paradigmatico in cui *davvero serve* chiamare in causa i controlimiti? Non occorre farlo proprio nel momento in cui è chiamato in causa il principio di legalità nel suo nucleo duro (*riserva di legge parlamentare e irretroattività della legge penale sfavorevole*), quel principio che concorre, con ruolo preminente, a riempire di contenuto la stessa "*identità nazionale insita nella struttura fondamentale, politica e costituzionale (anche penale, quindi)*" degli Stati membri, richiamata all'art. 4.2. TUE, in una lettura armonizzante e costituzionalmente orientata¹⁰³, da cui poter inferire l'inviolabilità dei principi costituzionali fondamentali di ogni Stato membro che ne costituiscono l'identità nazionale e dunque una vera e propria riserva di competenze statali in determinati, significativi settori¹⁰⁴?

Non pare possa cogliersi alcun azzardo istituzionale nell'invocare il controlimite della riserva di legge in materia penale e nell'auspicare una presa di posizione coraggiosa della Corte costituzionale che, oltre a non smentire i suoi precedenti in tema di natura

⁹⁹ L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2015, cit., p. 4.

¹⁰⁰ V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, cit., p. 23. Anche questo aspetto è colto efficacemente da Cass. Terza Sez. penale, ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346 (§. 4.8.), nelle sue molteplici implicazioni problematiche e nei marcati punti di frizione rispetto ai canoni costituzionali.

¹⁰¹ Proprio in un caso "in cui si fanno prevalere gli interessi dell'Unione rispetto alle garanzie assicurate al cittadino dal diritto interno", osserva D. MICHELETTI, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco. Dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, cit., p. 9, la Corte di Giustizia "dimentica di compiere questa usuale verifica, scordandosi di chiarire la ragione per cui un cittadino europeo, imputato in Italia di una frode carosello, leggendo l'art. 325 TFUE ben si sarebbe dovuto aspettare che non avrebbe potuto usufruire del termine di prescrizione di sette anni e mezzo previsto dal combinato disposto degli artt. 157 e 161 c.p."

¹⁰² Affrontati invece in C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 419 ss.

¹⁰³ Proposta da M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., p. 9, ad avviso del quale "l'identità nazionale (*recte*: costituzionale) che l'Unione deve rispettare è *solo* quella che viene dichiarata tale dallo Stato interessato, nelle forme e nei modi che la sua Costituzione stabilisce. Così, del resto, si darebbe un senso al riferimento al fatto che quell'identità è '*insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale*': essendo '*insita*' in quella '*struttura*', infatti, è solo secondo le regole procedurali di quella struttura che può essere pienamente identificata".

¹⁰⁴ B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e "controlimiti europeizzati"*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 152 ss.

della prescrizione, si faccia carico, in continuità con quanto scolpito nella sentenza 230 del 2012¹⁰⁵, di scongiurare scenari inquietanti (e ben più concreti dei paventati rischi di euro-disgregazione in caso di accoglimento della questione) che, qualora attecchisse la 'linea Taricco', sarebbero inevitabili.

Basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, *i*) al riconoscimento senza limiti della *giurisprudenza come unica fonte del diritto penale*, con buona pace del bisogno di legittimazione democratica delle scelte penali e della separazione dei poteri; *ii*) alla sublimazione di una prospettiva panpenalistica (oltre che panvittimistica), che legittima pretese di bilanciamento tra beni eterogenei e assiologicamente distanti quali gli interessi finanziari dell'UE e il principio democratico della separazione dei poteri e della riserva di legge in materia penale (questo perché, è bene ribadirlo, sulla bilancia non vi sono, come si tende a ravvisare, interessi finanziari dell'UE e un'astratta pretesa di impunità, mediante prescrizione, dei grandi evasori¹⁰⁶); *iii*) alla rincorsa spasmodica alla Corte di Giustizia, invocandone la scure in materia penale¹⁰⁷.

Un'anticipazione di quest'ultimo rischio è offerta dalla pronta ordinanza del 30 ottobre 2015 del GIP presso il Tribunale di Varese¹⁰⁸, con la quale la Corte è stata investita in via pregiudiziale, sulle orme del precedente Taricco, del vaglio di compatibilità con il diritto europeo - e segnatamente con l'art. 325 TFUE e sempre in relazione ai principi di assimilazione e di efficacia-proporzionalità- del delitto di omesso versamento IVA (art. 10-ter del d. lgs. n. 74 del 2000) e il cui esito, in caso di ravvisata incompatibilità, non potrebbe che essere un inasprimento dell'attuale trattamento sanzionatorio.

Anche riflettendo su questi punti, aumenta la convinzione che *valga la pena, qui e ora*, attivare il controlimito della riserva di legge; non in nome della bontà dell'attuale regime della prescrizione (sul quale peraltro si sta lavorando, pur tra mille difficoltà, in Parlamento) o di una aprioristica lettura sostanziale della sua natura. Molto più semplicemente, perché è palese che in gioco non vi sia il singolo istituto, il suo regime giuridico o la disciplina degli atti interruttivi; in ballo vi è la salvaguardia di quei principi supremi dell'ordinamento che impregnano la tradizione costituzionale italiana, vale a dire la riserva di legge, l'irretroattività della norma penale più sfavorevole, la separazione dei poteri.

L'accoglimento della questione, solidamente argomentata dalla Cassazione, non segnerebbe un'irrimediabile battuta d'arresto nel cammino di sviluppo dell'UE. Piuttosto, letto in ottica propositiva e, per così dire, *ottimistica*, rappresenterebbe un concreto stimolo a recuperare, in chiave sovranazionale, le garanzie classiche della democrazia penale, segnando un nuovo inizio per un diritto penale europeo, edificato su base legislativa (restituendo ruolo decisionale e non co-decisionale al Parlamento europeo) e non

¹⁰⁵ In *Giur. cost.*, 2012, p. 3440 ss.

¹⁰⁶ È l'argomento sotteso, ad esempio, alla posizione scettica e ai ripetuti interrogativi "se valga davvero la pena" azionare i controlimiti della sovranità statale per difendere grandi evasori evidenziati, come già riportato alla nota 2, da F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit., p. 14 ss. e ID., *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, cit., p. 14.

¹⁰⁷ Ad esempio, come nota V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, cit., p. 12, per "eliminare una soglia di punibilità o un meccanismo estintivo, una condizione obiettiva di punibilità o di procedibilità, una circostanza attenuante o persino una peculiare qualificazione del dolo, che aggravi troppo l'accertamento del reato in punto di elemento soggettivo".

¹⁰⁸ In *Arch. pen.*, n. 1/2016, con nota critica di G. CIVELLO, *Il Tribunale di Varese solleva nuova questione alla C.G.U.E. in tema di omesso versamento IVA: osservazioni a prima lettura*.

più giurisdizionale. Un'opportunità, da non lasciarsi sfuggire, per rilanciare un'idea forte di Europa del diritto (penale), espressione di una condivisa e consapevole partecipazione alle scelte di politica criminale e del compiuto esercizio della sovranità popolare¹⁰⁹.

¹⁰⁹ In questa prospettiva, M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., p. 6, per il quale i controlimiti "se a prima vista appaiono solo paletti di difesa di interessi nazionali (anche egoistici), a uno sguardo più attento si rivelano marcatori della via per una più profonda e meditata unione politica, segnalando, allo stesso tempo, il più ridotto confine cui può giungere un processo di integrazione di tratto essenzialmente economico-finanziario".

LA SENTENZA “TARICCO” DI FRONTE ALLA CORTE COSTITUZIONALE: COME DECIDERÀ LA CONSULTA?

LUIGI DANIELE*

SOMMARIO: 1. *Potrebbe la Corte costituzionale dichiarare inammissibili le questioni di costituzionalità?* – 2. – *Potrebbe la Corte costituzionale rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia?* 3. *Potrebbe la Corte costituzionale invocare l’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali?* – 4. *Potrebbe la Corte costituzionale dichiarare infondate le questioni di costituzionalità?*

1. Ora che la sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea sul caso Taricco¹¹⁰ è stata oggetto di ben tre ordinanze¹¹¹ che mettono in dubbio la costituzionalità di quanto tale sentenza dispone, invocando la violazione di numerose norme della Costituzione (artt. 3, 11, 25, comma 2, 27, comma 3, e 111, comma 2), è davvero improbabile che la Corte costituzionale eviti di pronunciarsi.

Certo non mancano precedenti in cui la Consulta, di fronte a questioni che l’avrebbero spinta ad entrare in aperto conflitto con prese di posizione della Corte di giustizia, ha trovato il modo di non farlo.

Si pensi alle due sentenze nn. 176 e 177/81, in cui la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sul seguito da dare ai diktat della sentenza Simmenthal¹¹² della Corte di giustizia, preferì prendere tempo, interpretando le norme di legge censurate in modo conforme al diritto dell’Unione e dichiarando perciò infondate le questioni di costituzionalità.

In questo contesto, il caso più noto è quello della sentenza n. 232/89, FRAGD, a proposito della “pretesa” della Corte di giustizia di dichiarare, in via pregiudiziale, l’invalidità di un regolamento ma allo stesso tempo, di limitare la portata nel tempo di tale dichiarazione, escludendone così anche le parti nel giudizio a quo.

In quel caso, si ricorderà, la Corte costituzionale riuscì a “cavarsela”, bastonando la Corte di giustizia in punto di non manifesta infondatezza della questione, pervenendo poi a dichiararne comunque l’inammissibilità, giudicando la questione stessa irrilevante¹¹³.

Nel caso della sentenza “Taricco” e delle ordinanze di rinvio ad essa relative, un’eventuale decisione di inammissibilità sembra improbabile.

Tanto la Corte d’appello di Milano, quanto la III sezione della Corte di cassazione hanno di fronte casi per i quali, almeno in parte, il termine di prescrizione, calcolato ai sensi degli artt. 160 e 161 c.p., e dunque tenendo conto del termine massimo della pena

* Ordinario di Diritto dell’Unione europea, Dipartimento di Diritto pubblico, Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”.

110 v. Corte giust., Grande Sezione, 8 settembre 2015 in causa C-105/14, *Taricco*; vastissima la dottrina sull’argomento: da ultimo v. C. Cupelli, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2016, fasc.I, pp. 419 ss., anche per la bibliografia *ivi* citata. 111 Nell’ordine v. Corte di Appello di Milano, Seconda Sez. penale, ord. 18 settembre 2015, Pres. Maiga Est. Locurto; Cass. Terza Sez. penale, ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346, Pres. Grillo Est. Riccardi; Cass. Terza Sez. penale, ord. 31 marzo 2016, Pres. Rosi Est. Andronico

112 v. Corte giust., 9 marzo 1978 in causa C-106/77, *Simmenthal*

113 v. Corte cost., sent. 21 aprile 1989, n.232 *FRAGD*, in particolare punti da 3.1 a 7 del Considerato in diritto

edittale aumentata di un quarto, non era ancora venuto a scadenza alla data di pubblicazione della sentenza “Taricco” ma sarebbe maturato di lì a poco, ben prima della possibilità di ottenere una pronuncia definitiva. In altri termini, si tratta proprio di reati che, applicando la disciplina vigente del codice penale, si sarebbero senz’altro estinti per prescrizione, mentre, applicando quanto stabilito dalla sentenza “Taricco”, giungerebbero probabilmente a sentenza definitiva¹¹⁴.

Forse qualche profilo di inammissibilità la Corte, se davvero volesse evitare di pronunciarsi, lo potrebbe trarre dalla circostanza che alcuni punti – e non dei meno importanti – della sentenza “Taricco” restano oscuri e che soltanto chiariti tali punti in un senso o in un altro la questione diverrebbe rilevante e non manifestamente infondata.

Qui di nuovo entra in gioco la portata temporale del *dictum* contenuto nella sentenza. La Corte di giustizia ha senza dubbio incaricato il giudice nazionale di disapplicare norme come il combinato disposto degli artt. 160 e 161 c.p. in caso di gravi frodi in materia IVA, qualora conducano ineluttabilmente alla prescrizione dei reati “in un numero considerevole di casi” (punto 47), ma non ha precisato se la disapplicazione deve valere anche per fatti commessi prima (molto prima) della data di pubblicazione della sentenza. La logica della sentenza fa propendere per una risposta affermativa a tale interrogativo ma la Corte costituzionale potrebbe domandarsi se non sarebbe stato forse il caso che i giudici *a quo*, prima di scomodare la “delicata” questione dei controlimiti e della loro eventuale violazione, si fossero premurati, secondo il meccanismo della “doppia pregiudizialità”, di chiedere un chiarimento all’unico giudice che potesse darlo, cioè alla Corte di giustizia.

Né ci sarebbe stato nulla di male che la Corte d’appello o la III Sezione della Corte di cassazione avessero proposto, anziché un’eccezione di costituzionalità, una nuova questione pregiudiziale ai sensi dell’art. 267 TFUE. Tale articolo non esclude che uno stesso giudice nazionale possa rivolgersi una seconda volta alla Corte di giustizia, soprattutto per chiedere dei chiarimenti su una prima sentenza e, eventualmente, per cercare di ottenere un ripensamento su alcuni aspetti della stessa meno convincenti. Vi sono alcuni precedenti in questo senso¹¹⁵.

Nel nostro caso, poi, non si sarebbe trattato nemmeno dello stesso giudice, che nel caso Taricco era stato il GUP del Tribunale di Cuneo.

Gli stessi dubbi circa l’opportunità di un rinvio pregiudiziale da parte dei giudici *a quo* potrebbero venire alla mente della Corte costituzionale sotto altri profili:

- Cosa deve intendersi per “frode” e soprattutto per “frode grave”?
- In quali circostanze può parlarsi di “un numero considerevole di casi”?

114 Diverso discorso vale invece per la terza questione di costituzionalità sollevata dalla Terza Sezione Sezione penale della Cassazione con l’ordinanza del 31 marzo 2016 (Pres. Rosi Est. Andronio), che ha per oggetto reati la cui prescrizione sarebbe maturata - secondo il regime di diritto interno - prima dell’8 settembre 2015, con la conseguenza che (cfr. in particolare punto 3.3.2 del Considerato in diritto) *“la questione di legittimità costituzionale che si propone può essere ritenuta rilevante, a condizione di richiamare e ribadire l’orientamento interpretativo fatto proprio dalla sentenza Cass., sez. 3, n. 2210 del 2015, secondo cui la disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p. opera anche nei confronti di imputati per i quali i termini di prescrizione erano già scaduti prima della decisione della Corte di Giustizia dell’8 settembre 2015, sul rilievo che la sentenza Taricco è da considerarsi meramente dichiarativa del diritto dell’Unione”*.

115 v. Corte giust., 11 marzo 1980 in causa C-104/79, *Foglia c. Novello* e poi, a seguito di un nuovo rinvio da parte del medesimo Pretore di Bra, Corte giust., 16 dicembre 1981, in causa 244/80, *Foglia c. Novello*

Non sarebbe stato opportuno e forse necessario che, prima di rivolgersi alla Corte costituzionale, profili così importanti e decisivi fossero sottoposti all'esame della Corte di giustizia, anche e soprattutto per sapere se e in che misura i casi pendenti di fronte alla Corte milanese o alla III Sezione della Suprema Corte rispondessero effettivamente alla definizione enunciata dalla sentenza Taricco? D'altra parte, un giudice di uno Stato membro contro le cui decisione non è ammesso un ricorso di diritto interno, come la Corte di cassazione, sarebbe in realtà "tenuto" al rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, comma terzo, TFUE.

In conclusione, la Corte costituzionale, se volesse "togliersi dalle botte" ovvero per avere maggiori elementi e (forse) maggior tempo per decidere, avrebbe qualche elemento per farlo, giudicando inammissibili le questioni di costituzionalità e rinviando "la palla" ai giudici *a quo*.

2. Nondimeno, come dicevo in apertura, è improbabile che la Consulta agisca in questo modo e se lo facesse sarebbe davvero un vero peccato!

La soluzione di gran lunga migliore e auspicabile è che la stessa Corte costituzionale sottoponga alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali in merito al significato e alla portata della sentenza Taricco.

Da un lato, dopo il caso dei "Supplenti nella scuola", in cui, con l'ordinanza n. 207/13, la Corte ha utilizzato per la prima volta¹¹⁶, nell'ambito del giudizio incidentale di costituzionalità, il meccanismo dell'art. 267 TFUE, un nuovo rinvio in relazione ai molti dubbi che lascia aperti la sentenza Taricco, costituirebbe un ulteriore passo in avanti nel dialogo diretto tra le due Corti.

Si ricordi infatti che nel caso dei "Supplenti nella Scuola", la norma di diritto UE oggetto della questione pregiudiziale sollevata dalla Consulta difettava del requisito dell'efficacia diretta e rappresentava perciò uno dei pochi casi per i quali, ai sensi della sentenza n. 170/84, Granital, viene meno il potere di disapplicazione diretta da parte del giudice comune delle norme interne incompatibili e sopravvive la competenza della Corte costituzionale¹¹⁷.

Nel caso Taricco invece la norma UE (l'art. 325 TFUE) è certamente considerata dalla Corte di giustizia capace di produrre effetti diretti persino *in malam partem* ma, secondo i giudici *a quo*, entra in conflitto con i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale e con i diritti inalienabili della persona umana protetti dalla nostra Costituzione. Come è noto, la violazione da parte di una norma UE di tali principi o di tali diretti costituisce un'altra ipotesi in cui, secondo la sentenza Granital, il giudice comune non può procedere alla disapplicazione della norma interna e pertanto rivive la competenza della Corte costituzionale.

Nulla impedisce e anzi meglio sarebbe che la Consulta, prima di decidere se davvero sussiste una violazione del genere, si assicuri del significato e della portata della norma UE. In caso contrario, un grave conflitto potrebbe essere aperto senza che le due Corti si siano parlate direttamente sulla questione.

116 v. Corte cost., ordinanza 18 luglio 2013, n.207, *Personale scolastico non di ruolo c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*

117 v. Corte cost., 8 giugno 1984 n.170, *Granital*, punto 5 del Considerato in diritto

E' dunque auspicabile che, non avendo i giudici *a quo* provveduto a ottenere i chiarimenti necessari dalla Corte di giustizia, a tale adempimento provveda la stessa Corte costituzionale.

3. Che cosa potrebbe o dovrebbe chiedere la Consulta alla Corte di Lussemburgo?

A parte i chiarimenti già menzionati in merito alla nozione di “frode grave” e di “numero considerevole di casi”, chi altri se non la Corte costituzionale sarebbe titolata a chiedere alla Corte di giustizia “lumi” sull’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali?

Si ricorderà che ai sensi di tale norma

“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, [...] dalle costituzioni degli Stati membri”.

Applicato all’art. 49 della Carta, che corrisponde all’art. 7 CEDU e, grosso modo, all’art. 25, comma 2, Cost., l’art. 53 dovrebbe consentire che ciascuno Stato membro applichi uno standard di protezione maggiore di quello garantito dalla Carta, se così prevede la Costituzione nazionale. E se la Corte costituzionale dovesse confermare la tesi propugnata dai giudici *a quo* e dalla maggior parte della dottrina secondo cui la prescrizione e il regime delle interruzioni sono “coperti” dall’art. 25, comma 2, Cost. ne risulterebbe che in Italia tale forma di protezione dovrebbe essere fatta salva.

Vero è che dell’art. 53 la Corte di giustizia ha fornito un’interpretazione molto limitativa nella sentenza sul caso Melloni. Come si ricorderà in questo caso, la Corte ha puntato sul principio del primato per escludere che una norma della Costituzione spagnola, così come interpretata dal Tribunal constitucional in relazione all’estradiizione, potesse condurre a rifiutare l’esecuzione di un mandato d’arresto europeo in presenza di una sentenza contumaciale di condanna qualora l’ordinamento dello Stato richiedente (l’Italia) non garantisse la ripetizione del processo¹¹⁸.

Tuttavia il caso Melloni è ben diverso rispetto a quello Taricco. Nel primo, il legislatore dell’Unione aveva adottato un atto normativo (una decisione quadro), che era stata modificato proprio sul punto delle sentenze contumaciali e ciò proprio per ovviare a certe difficoltà quanto all’esecuzione dei mandati in casi del genere e garantire maggiore tutela ai soggetti coinvolti. Di fronte ad un intervento d’armonizzazione normativa così preciso, è comprensibile che la Corte di giustizia non abbia ritenuto di consentire ai vari Stati membri di disapplicare la decisione quadro ed applicare il diverso standard nazionale di protezione.

Nel caso Taricco, invece, la norma UE è rappresentata dal solo art. 325 TFUE, una norma di diritto “primario” sì, ma una norma estremamente generica che impone null’altro che un risultato ed è ben lungi dall’ indicare i mezzi per conseguirlo. In particolare l’art. 325 lascia agli Stati membri la scelta se prevedere o meno sanzioni di tipo penale per tutelare gli interessi finanziari dell’Unione. Che nemmeno in un contesto del genere, l’art. 53 possa avere un proprio ruolo sembra difficile da motivare.

I rapporti tra l’art. 53 e l’art. 49 della Carta, peraltro, non sono stati evocati nella sentenza Taricco.

Di conseguenza, la questione resta aperta. Se, con tutta la sua autorevolezza, la Corte costituzionale scegliesse di interrogare la Corte di giustizia, potrebbe indurla a ri-

118 v. Corte giust., Grande Sezione, sentenza 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, *Melloni*, punti 58 - 60

dimensionare la sua posizione euro-centrica ma poco garantista, evitando così un possibile conflitto.

4. Che cosa succederebbe se, contrariamente a quanto sin qui auspicato, la Corte costituzionale volesse pronunciarsi sulle questioni da sola, cioè senza interrogare la Corte di giustizia.

Buttandomi ad indovinare, io credo che la Corte costituzionale troverà il modo per dichiarare infondate le questioni.

Questo risultato potrebbe essere raggiunto con un'interpretazione pro-Europa delle norme costituzionali invocate come parametro di costituzionalità, escludendo che il regime della prescrizione e delle interruzioni sia coperto da garanzia costituzionale.

Lo stesso risultato potrebbe essere raggiunto, viceversa e più verosimilmente, sottoponendo la stessa sentenza Taricco ad una interpretazione costituzionalmente orientata. La Corte costituzionale potrebbe, ad esempio, sostenendo che il *dictum* non si applicherebbe altro che ai reati commessi dopo la data della pubblicazione della sentenza. In questo modo si escluderebbe qualunque effetto retroattivo della sentenza, facendo così venir meno il *vulnus* più grave ai principi fondamentali del nostro ordinamento.

Ma, come tutti sanno, la Corte costituzionale è molto spesso capace di sorprendere la dottrina e "immaginare" soluzioni alla quale nessuno aveva pensato.

Per cui non ci resta che attendere.

LA DIFFICILE COMPOSIZIONE TRA I *DICTA* DELLA CORTE DI LUSSEMBURGO E I PRINCIPI FONDAMENTALI IN MATERIA PENALE

ENRICO GALLUCCI*

SOMMARIO: 1. *La sentenza Taricco*. – 2. *La natura della prescrizione penale*. - 3. *Le prime applicazioni della sentenza da parte della Cassazione*. - 4. *La sentenza "Taricco" e i principi fondamentali in materia penale*. - 5. *Conclusioni*

1. La sentenza Taricco.

Riprendendo alcune acute osservazioni del prof. Daniele, mi sembra che effettivamente la sentenza della Corte GUE "Taricco" presenti più di un punto oscuro.

Innanzitutto, va sottolineato che la questione pregiudiziale, oggetto del rinvio effettuato dal giudice italiano, è relativa ad una ipotesi di associazione per delinquere finalizzata alla commissione di frodi IVA (artt. 416 c.p. e 2 e 8 d.lgs. 74/2000). Quindi, si tratta di una fattispecie associativa, per la quale può operare – ed effettivamente la Corte lo ha fatto operare – il secondo paragrafo dell'art. 325 TFUE, che contempla, come già è stato detto, il c.d. principio di "assimilazione", in base al quale la tutela penale prevista dallo Stato membro per le violazioni degli interessi finanziari UE non deve essere inferiore al livello di tutela apprestata per le analoghe violazioni che però offendono solo gli interessi finanziari dello Stato membro.

E qui la discrasia – mi sembra - è di tutta evidenza, ed è stata già segnalata da chi mi ha preceduto: mentre l'associazione per delinquere finalizzata alla commissione di frodi IVA è un reato "ordinario", assoggettato al regime di prescrizione ordinario (e, quindi, si estingue al massimo, compreso il prolungamento del termine conseguente ad atti interruttivi, una volta decorsi 7 anni e mezzo dalla commissione del fatto per i semplici partecipi, e anni 8 e mesi 9 per i promotori, organizzatori e capi: e questo è in particolare il caso oggetto della sentenza "Taricco"), l'associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-*quater* d.P.R. 43/1973) rientra tra i "delitti associativi", per i quali opera, come è noto, la disciplina dell'art. 51, co. 3-*bis* c.p.p., richiamato dalle norme sulla prescrizione (art. 161, co. 2, c.p.), con l'effetto che per questa fattispecie associativa - che offende i soli interessi tributari interni - non c'è un limite massimo di prescrizione. Basta, infatti, che intervengano tempestivamente atti interruttivi, e la prescrizione inizia nuovamente a decorrere, senza alcun limite massimo, come invece è stabilito per i reati "ordinari" (per i quali anche in presenza di più atti interruttivi il termine massimo della prescrizione non può essere aumentato oltre la misura di un quarto del tempo stabilito dall'art. 157 c.p.: sempre art. 161, co. 2, c.p.).

Questo è il caso affrontato dal giudice italiano che ha rinviato pregiudizialmente la disciplina interna sulla prescrizione alla Corte GUE. La Corte (v. il § 2 della sentenza) dà atto che la questione è sorta in riferimento a detta fattispecie associativa, per la quale opera il "principio di assimilazione". Pur potendosi limitare a questo profilo, la sentenza, nello sviluppo del suo *iter* motivazionale, estende il ragionamento anche al paragrafo 1

* Magistrato ordinario, Collaboratore presso il Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica.

art. 325 TFUE e si avventura nella elaborazione del secondo presupposto applicativo della “disciplina speciale”. Presupposto, però, assolutamente vago e non definibile in sede giurisdizionale; tale seconda ipotesi – concordo pienamente con il Pres. Lupo – necessita di una interposizione legislativa, non essendo possibile per il giudice individuare i casi in cui la disciplina interna della prescrizione impedisce di “infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di frodi gravi che ledono gli interessi finanziari dell’UE”. Si tratta di una clausola estremamente vaga, che comporta necessariamente, trattandosi di norma che incide sulla fattispecie penale e che impone la disapplicazione della disciplina ordinaria della prescrizione, un intervento legislativo.

2. La natura della prescrizione penale.

Quindi, la prima cosa che mi sento di poter affermare è che mentre il §2 dell’art. 325 del Trattato, almeno dal punto di vista astratto, è auto-applicativo, potendo il giudice immediatamente verificare il disallineamento tra la disciplina della prescrizione per i reati che offendono interessi finanziari interni rispetto a quella dell’omologa fattispecie che offende gli interessi finanziari dell’UE, per ritenere operativa la clausola inserita nel §1 del citato articolo, è necessario un intervento legislativo in quanto la relativa previsione non risulta *self-executing*. Ritenere che il giudice possa direttamente far operare il §1, lascerebbe all’organo giudicante un ambito discrezionale talmente vasto e privo di riferimenti precisi da essere incompatibile, a mio avviso, con la necessità di una formulazione tassativa della fattispecie penale, principio scolpito nell’art. 25 Cost.

L’altro profilo critico della sentenza Taricco, già segnalato da diversi relatori che mi hanno preceduto, riguarda la natura della prescrizione penale.

La Corte di Lussemburgo afferma che è un istituto che non ha natura sostanziale, ma processuale e, pertanto, a suo avviso non si verificherebbe un fenomeno di applicazione retroattiva di una norma penale più sfavorevole nei casi in cui ai procedimenti già in corso venisse data applicazione della disciplina “speciale” prevista per i delitti associativi. È stato detto invece – e mi sembra affermazione assolutamente condivisibile – che nel nostro ordinamento la prescrizione ha natura sostanziale e così sia la dottrina che la giurisprudenza granitica della Corte costituzionale l’hanno qualificata (si vedano, in particolare, Corte cost., sentenze nn. 393 del 2006¹¹⁹ e 236 del 2011¹²⁰). Conseguenza di detta qualificazione è che una disciplina della prescrizione sopravvenuta e più sfavorevole non può applicarsi retroattivamente.

D’altro canto, non esistendo uno statuto ontologico eurounitario della prescrizione, e non essendovi neppure una definizione generale della prescrizione in ambito UE che prescindendo dalla concreta disciplina normativa che i singoli Stati dettano per l’istituto, mi sembra che allo stato degli atti e salvo un (improbabile) ripensamento della Corte costituzionale deve concludersi che nel nostro ordinamento la prescrizione ha natura di norma penale sostanziale. È però vero che il confronto con l’ordinamento sovranazionale e con le pronunce giurisdizionali emesse dai relativi organi di giustizia (Corte EDU, Corte GUE) ci impone di riflettere anche sui principi costituzionali del nostro ordinamento.

¹¹⁹ *Giur. cost.* 2006, 4106, con note di PISTORIO; *Foro it.* 2007, I, 1676, con nota di LARNÉ; *Cass. pen.* 2007, 419 con note di AMBROSETTI, MAZZA.

¹²⁰ *Giur. Cost.* 2011, 3021, con nota di PINELLI; *Cass. pen.* 2011, 4142, con nota di MARI.

È stato già detto – e condivido tale osservazione – che il principio di riserva di legge statutale anche in materia penale è stato già incrinato da pronunce della Corte EDU e della stessa Corte GUE e mi riferisco ai notissimi casi *Scoppola* e *Contrada* e *Grande Stevens*, per quanto riguarda la Corte EDU, e *El Dridi* e *Melloni*, per quanto riguarda la Corte GUE. È vero che fino alla sentenza *Melloni* si trattava di sentenze che incidevano *in bonam partem*, mentre sia la *Melloni* che, ora, la *Taricco* incidono *in malam partem*.

Il problema, però, a mio avviso, non è quello di scandalizzarsi per l'invasione delle Corti europee nel diritto penale interno: questo è un fenomeno inevitabile in un sistema di fonti multilivello che si è strutturato in una maniera ormai irreversibile e che è congeniale alla stessa natura dell'ordinamento UE. La questione, invece, è quella di verificare i limiti di resistenza del nucleo duro dei nostri principi costituzionali: a mio avviso il limite è da individuare non nella riserva legislativa, che attiene al principio di sovranità statutale che nell'UE è oggettivamente indebolito, ma nei principi – fondamentali – contenuti nell'art. 25 Cost., di necessaria determinatezza della norma penale e del divieto di applicazione retroattiva della norma penale sfavorevole. Questi, sì, sono principi che presidiano un irrinunciabile profilo di civiltà giuridica, che riguarda la tutela dei diritti inviolabili del cittadino.

3. Le prime applicazioni della sentenza da parte della Cassazione.

Tra le due sentenze della Cassazione che, ad oggi, si sono espresse nel merito della pronuncia “*Taricco*”, quella maggiormente rispettosa dei principi contenuti nella pronuncia della Corte GUE è, a mio avviso, certamente la n. 7914/16 della IV sez.¹²¹, nella quale si è ritenuto di non poter procedere alla disapplicazione della disciplina “ordinaria” della prescrizione; e ciò, sia perché le frodi non erano “gravi” (tra l'altro, avendo escluso i giudici di merito la sussistenza della circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 7 c.p.), sia perché i relativi reati erano già, al momento del giudizio di cassazione, prescritti secondo detta disciplina “ordinaria”. Invece, la sent. n. 2210/15 (dep. 2016) della III sez.¹²² non mi sembra condivisibile, perché, per un verso, ha ritenuto di “disapplicare” la disciplina ordinaria della prescrizione (sostituendola con quella dettata per i delitti associativi), nonostante i reati fossero già, secondo il regime di prescrizione ordinaria, estinti, e, per l'altro verso, non ha giudicato di fattispecie associativa – per la quale come si è detto, il principio di “assimilazione” può consentire la sostituzione della disciplina ordinaria con quella speciale – ma di “frodi” di cui si è predicata la “gravità”, in modo, a mio avviso, neppure convincente (in tal modo essendo stato violato il principio di determinatezza della fattispecie penale).

Peraltro, mi sembra che neanche la sentenza della IV sez. vada del tutto esente da rilievi critici, nella parte in cui (in ciò per la verità adeguandosi a quanto emerge dalla *Taricco*) individua il limite all'applicazione temporale del principio di “sostituzione della disciplina speciale a quella ordinaria della prescrizione”, nella circostanza che la prescrizione – secondo la disciplina “ordinaria” – non sia già maturata, mentre, come dirò più avanti, mi sembra necessario rispettare in modo rigoroso il principio di irretroattività della norma penale più sfavorevole.

4. La sentenza “*Taricco*” e i principi fondamentali in materia penale.

¹²¹ *Foro it.* 2016, II, 232, con note di PERRINO e DI PAOLA; *Cass. pen.* 2016, 1456, con nota di GAMBARDELLA.

¹²² *Foro it.* 2016, II, 87; *Cass. pen.* 2016, 1445.

La rimessione alla Corte costituzionale delle questioni di legittimità già ricordate (e sicuramente l'ordinanza della terza sezione, estensore il Cons. Riccardi, è la più articolata e la più ricca di argomentazioni) costituisce l'occasione per il Giudice delle leggi di saggiare la compatibilità della sentenza *Taricco* con il rispetto dei principi costituzionali. È stato già detto che esiste un importante precedente di applicazione concreta dei controllimiti: si tratta della sentenza della Corte cost. n. 238/2014¹²³, che ha ritenuto operante il controlimito rappresentato dalla tutela giurisdizionale dei diritti (art. 24 Cost.) in relazione alla decisione della Corte di giustizia dell'ONU sull'esenzione dalla giurisdizione civile italiana della Germania per i danni derivanti dai crimini di guerra commessi dagli agenti della Germania nazista durante la Seconda guerra mondiale.

Quindi il controlimito, laddove la Corte costituzionale intendesse porlo, non dovrebbe a mio avviso consistere nel principio di legalità nazionale in materia penale, ma dovrebbe essere rappresentato dalla necessità di tassativa determinazione della fattispecie penale, da cui deriverebbe l'impossibilità di far operare – senza la necessaria interposizione legislativa – il criterio individuato dal §1 dell'art. 325 del TFUE – e soprattutto dal divieto di applicazione retroattiva della norma penale più sfavorevole (cioè lo statuto della prescrizione per i reati associativi in tema di violazioni della disciplina sull'IVA, introdotto dalla sentenza *Taricco*, che è dell'8 settembre 2015). E questo perché il divieto di applicazione retroattiva della norma penale più sfavorevole è davvero un principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale, in quanto tutela il cittadino dai mutamenti peggiorativi che vengono introdotti nell'ordinamento successivamente al fatto di reato commesso e prescinde dalla natura della fonte, sia essa legislativa statale o derivante dal TFUE, come interpretato dalla CGUE.

Peraltro, rilevo che un'eco della possibilità del giudice interno di ritenere sussistenti diritti inviolabili, che esulano dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (norma che, secondo la Corte GUE non “coprirebbe” la disciplina della prescrizione), può ricavarsi dalla stessa sentenza *Taricco*. Il §53 della motivazione contiene un passo a mio avviso molto significativo, perché precisa che «*se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi [quindi quelle ordinarie sulla prescrizione], egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati. Questi ultimi, infatti, potrebbero vedersi infliggere sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggiti in caso di applicazione delle suddette disposizioni di diritto nazionale*».

Successivamente, la pronuncia affronta il tema dell'art. 49 citato, concludendo che da tale norma non può trarsi il divieto di applicazione retroattiva di norme che disciplinano la prescrizione, anche se più sfavorevoli. Ma, mi domando, quali sono questi *diritti fondamentali* degli imputati cui il giudice interno deve assicurare, a seguito della sentenza *Taricco*, tutela, se non quello, veramente essenziale, del divieto di applicazione retroattiva della norma più sfavorevole?

Inoltre, non va dimenticato che la Corte costituzionale ha nettamente distinto il fenomeno dell'applicazione retroattiva della norma penale più favorevole da quello del divieto di applicazione della norma penale più sfavorevole.

Vi è spesso un po' di confusione sul punto, ma una cosa è l'applicazione retroattiva della norma penale più favorevole, che nei limiti dell'art. 3 Cost. è derogabile (v. le già

¹²³ *Giur. cost.* 2014, 3853 con note di CONFORTI, PINELLI, BRANCA, CAPONI, RIMOLI; *Cass.pen.* 2015, 1048, con nota di RIVELLO.

citare sentenze n. 393/06 e 236711), altra cosa è il principio, mai revocato in dubbio, del divieto assoluto di applicazione retroattiva di norma penale sopravvenuta più sfavorevole.

Pertanto, mi sembrerebbe di poter dire che per rispettare tali principi fondamentali (la cui tutela viene richiamata dalla stessa sentenza *Taricco*), gli effetti della pronuncia della Corte GUE debbono necessariamente essere limitati:

a) ai soli fatti di associazione finalizzata alla realizzazione di frodi IVA (fattispecie associativa per le quali può operare il *principio di assimilazione* di cui all'art. 325, § 2, TFUE)

b) che siano stati commessi dopo la data della sentenza *Taricco* (in tal modo salvaguardandosi il divieto di applicazione retroattiva di una norma penale sfavorevole).

Vedremo se la Corte costituzionale riterrà di affermare questo principio, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata, attivando i controlli o procedendo a un ulteriore rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo.

5. Conclusioni.

Concludo con due parole sul significato "sistemico" che può trarsi dalla sentenza *Taricco*. Mi sembra che Corte GUE ci ponga di fronte alla necessità di riflettere sullo statuto della nostra disciplina della prescrizione penale, e ciò sotto due distinti profili.

In primo luogo, la sentenza evidenzia l'oggettiva irragionevolezza di un sistema, quale quello che si è venuto a formare, dopo la modifica del 2005 da parte della legge ex Cirielli ed i successivi interventi di "aggiustamento", spesso assai poco ragionevoli¹²⁴, e nel quale convivono - per reati che offendono beni giuridici omogenei e che sono connotati dalla medesima gravità sanzionatoria - regimi totalmente distonici di prescrizione breve e regimi di prescrizione "eterna", grazie al meccanismo di sterilizzazione del termine massimo a seguito degli atti interruttivi.

D'altro canto - e mi riporto alle osservazioni molto convincenti del Pres. Lupo di pochi minuti fa - non si può non prendere atto che nella quasi totalità degli altri Paesi d'Europa¹²⁵, e anche secondo la Corte EDU (v. sentenza 22 giugno 2000, n. 32492, Coeme e altri c. Belgio)¹²⁶, la prescrizione penale è un istituto di natura processuale, non sostanziale.

Alla luce di tale contesto, mi sembra sia giunto il momento per una seria e complessiva riflessione sulla disciplina italiana della prescrizione e per prendere atto della - ormai indifferibile - necessità di dare alla stessa un nuovo assetto, che regoli l'istituto in

¹²⁴ Per lo più motivati dall'esigenza di rassicurare, attraverso lo strumento penale, l'opinione pubblica a fronte di fenomeni criminali particolarmente gravi (o percepiti come tali): emblematici sono i casi dell'incendio colposo (il cui termine di prescrizione era superiore a quello della corrispondente fattispecie dolosa, prima dell'intervento caducatorio della Corte cost.: sent. n. 143 del 2014, *Giur. cost.* 2014, 2363, con nota di PIERGALLINI), e, più di recente, del c.d. *omicidio stradale* (art. 589 *bis* c.p., introdotto dalla l.n. 41 del 2016) che, laddove ricorrano alcune circostanze aggravanti, si prescrive, in virtù del raddoppio del termine di prescrizione di cui all'art. 157, sesto comma, c.p., in un tempo superiore a quello dell'omicidio doloso (art. 575 c.p.).

¹²⁵ Si veda, al riguardo, *L'efficacia nel tempo delle norme sulla prescrizione penale*, a cura del Servizio Studi della Corte costituzionale, ottobre 2016, nel quale si dà conto che in Francia, Germania e Inghilterra alla prescrizione penale è riconosciuta natura processuale, con la conseguenza che è possibile applicare retroattivamente norme sopravvenute sfavorevoli per l'imputato; nonché A. MACCHIA, *Le proposte della commissione Grateri in tema di prescrizione: alcune riflessioni*, *Cass.pen.* 2016, 3105.

¹²⁶ *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali* 2007, 219.

modo tale da non rendere, come oggi accade, il processo una corsa, spesso inutile, contro il tempo.

La soluzione, ma questo è veramente un *flash*, che vuole solo abbozzare la linea di percorso che mi sembrerebbe condivisibile, potrebbe essere quella di prevedere, accanto a un regime di prescrizione del reato - che conserverebbe natura sostanziale e che varrebbe dalla commissione del fatto fino all'esercizio dell'azione penale - una sorta di "prescrizione o decadenza processuale", che imponga lo svolgimento entro tempi certi (e ragionevoli) del processo, finché esso non giunga alla sentenza definitiva.

IL “CASO TARICCO”: OBBLIGHI DI DISAPPLICAZIONE *IN MALAM PARTEM* E COMPATIBILITÀ CON I PRINCIPI COSTITUZIONALI DELLA RISERVA DI LEGGE E DI IRRETROATTIVITÀ

MARCO GAMBARDELLA*

SOMMARIO: 1. La necessaria distinzione e sequenza tra il principio di riserva di legge e quello di irretroattività. – 2. Obblighi di disapplicazione con effetti *in malam partem* e riserva di legge. – 3. Obblighi di disapplicazione con effetti *in malam partem* e irretroattività. – 4. La reale esigenza di opporre il “controlimite” del principio di irretroattività. – 5. Il parametro della soggezione del giudice soltanto alla legge (cenni). – 6. La disapplicazione della prescrizione con effetti sfavorevoli in rapporto alle diverse situazioni processuali prospettabili. – 7. Riflessioni finali.

1. La necessaria distinzione e sequenza tra il principio di riserva di legge e quello di irretroattività

Tra i temi di fondo che si agitano intorno alla sentenza Taricco (Corte giust., Grande Sezione, 8 settembre 2015, causa C-105/14), particolare importanza riveste il rapporto tra gli obblighi di disapplicazione con esiti *in malam partem* imposti al giudice nazionale dalla pronuncia della Corte di giustizia e i principi costituzionali di riserva di legge e di irretroattività.

Sono compatibili gli obblighi di disapplicazione con conseguenze *in malam partem*, che la sentenza Taricco pone in capo ai giudici, con i nostri principi costituzionali di riserva di legge e di irretroattività?

I giudici nazionali dovrebbero qui azionare i c.d. “controlimiti” alle limitazioni di sovranità cedute ex art. 11 Cost. per l’adesione dell’Italia all’Unione europea?

A tali domande conviene rispondere distinguendo tra due autonomi principi costituzionali all’interno del principio di legalità. Mantenendo, cioè, separati tra loro (a) il principio di legalità-riserva di legge dal (b) principio di irretroattività della legge penale sfavorevole; ed esaminandoli inoltre nell’ordine appena evocato.

Ordine e collegamento che non sembrano tuttavia presi in considerazione dalle due ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, da parte della terza sezione della Corte di cassazione, della questione concernente l’ordine di esecuzione del TFUE (cfr. Cass., sez. III, ud. 30 marzo 2016, n. 28346/16, Pres. Grillo, Rel. Riccardi; Cass., sez. III, 31 marzo 2016, n.33538/16, Pres. Rosi, Rel. Andronio, di cui si dirà in seguito).

I due principi seppure trovano la loro base normativa nella stessa disposizione: l’art. 25 Cost., debbono però essere tenuti distinti. Il primo principio (legalità-riserva di legge) attiene al piano delle fonti; il secondo canone (irretroattività) opera sul piano degli effetti nel tempo.

Non solo hanno contenuti diversi tra loro, ma hanno anche statuti e livelli differenti di tutela nel nostro ordinamento, come vedremo a breve. Solo per fare un esempio della necessità di distinguerli, anzi sulla presa d’atto che sono due “entità” diverse, si pensi all’art. 7 Cedu: contiene il principio di irretroattività, ma non quello di riserva di leg-

* Associato di Diritto penale, Sapienza Università di Roma.

ge (perché chiaramente nei Paesi di *common law* può crearsi in via giurisprudenziale la “fattispecie criminosa”).

2. Obblighi di disapplicazione con effetti *in malam partem* e riserva di legge

Proviamo ad osservare più da vicino la compatibilità degli obblighi di disapplicazione gravanti sui giudici nazionali per effetto della sentenza Taricco con il principio costituzionale di legalità-riserva di legge.

Orbene, la questione ruota intorno all'impiego dello strumento della disapplicazione europea con effetti *in malam partem*, con ricadute dunque sfavorevoli nel sistema penale. Siamo invece abituati a ragionare con una disapplicazione che ha esiti favorevoli, effetti cioè *in bonam partem*.

Ma siamo sicuri che sia così scontata l'ammissibilità della disapplicazione da parte del giudice nazionale in attuazione di una sentenza pregiudiziale della Corte di giustizia che determini esiti sfavorevoli? Oppure dobbiamo confrontarsi seriamente con una evidente compromissione del principio costituzionale di legalità-riserva di legge?

Come è noto le pronunce pregiudiziali della Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE, hanno un valore generale e vincolante per tutti i giudici nazionali. Sicché questi ultimi sono obbligati a disapplicare la norma nazionale che si pone in conflitto con la norma del diritto eurounitario nella interpretazione assegnatagli dalla Corte di Lussemburgo.

Le sentenze pregiudiziali della Corte di Lussemburgo hanno un valore generale, “normativo” (il principio affermato vale *erga omnes*); nel senso che innovano nella materia dove vanno ad incidere (nel nostro caso, il diritto penale sostanziale). Le possiamo considerare allora vere e proprie fonti del diritto alla stregua di quelle interne.

Il principio di diritto contenuto nella sentenza pregiudiziale si impone con effetti *erga omnes*: chiunque deve sottostare alla interpretazione della Corte di giustizia. Effetti obbligatori per tutti anche se si parla di sentenza “dichiarativa”. In realtà si tratta solo della formula usata: la Corte “*dit pour droit*”. Non sembra dunque condivisibile l'accento posto dalla sentenza della III sezione della Cassazione n. 2210/2016 sulla natura dichiarativa e non creativa della interpretazione della Corte di giustizia.

A riprova di quanto detto, basti pensare alla sentenza della Corte di giustizia “El Dridi” del 2011 in materia di incompatibilità del nostro diritto penale dell'immigrazione con la Direttiva “Rimpatri” (Corte di giustizia, 28 aprile 2011, El Dridi, C - 61/11PPU). Al riguardo si è ritenuta corretta la strada della revoca delle sentenze di condanna passate in giudicato tramite l'applicazione analogica dell'art. 673 c.p.p., come quando il legislatore abolisce un reato modificando per sottrazione il catalogo chiuso degli illeciti penali (cfr. Cass., sez. I, 29 aprile 2011, n. 20130, in *C.E.D. Cass.*, n. 250041).

Ne consegue che il principio di riserva di legge in diritto penale non è violato dall'impiego dello strumento della disapplicazione eurounitaria con esiti favorevoli. La prassi ha ampiamente consentito tale forma di incidenza delle pronunce della Corte di giustizia sul sistema delle fonti penali interne. Si pensi, ad esempio, (oltre ai reati in materia di immigrazione) alle vicende della rilevanza penale dell'esercizio abusivo di scommesse sportive (art. 4 l. n. 401 del 1989) e dell'obbligo di apporre il contrassegno SIAE sui supporti contenenti audiovisivi, banche dati, software e videogiochi (cfr. Corte di giustizia, 6 novembre 2003, causa C-243/01, Gambelli; Corte di giustizia, 6 marzo 2007, cause C-338/04 359/04 360/04, Placanica. Corte di giustizia, 8 novembre 2007, causa C-20/05, Schwibbert).

Risolta in via di indiscussa e ripetuta prassi la questione generale dell'ammissibilità della disapplicazione da parte del giudice penale, occorre adesso verificare se sia consentito in particolare l'effetto *in malam partem* a seguito di disapplicazione della disciplina legislativa interna imposta dalla *primauté* del diritto eurounitario.

Ebbene ciò dipende dal rango e soprattutto dalla quotazione (o livello) del principio di legalità-riserva di legge, che attribuisce appunto al legislatore nazionale l'inserimento di una disciplina che genera effetti penali sfavorevoli nel sistema.

Esso non è assoluto né inderogabile, come risulta con tutta evidenza dalla giurisprudenza costituzionale riguardo al c.d. "sindacato sulle norme penali di favore". Dove si è individuato uno spazio assegnato al Giudice delle leggi per pronunce di incostituzionalità *in malam partem*, che non violano il principio costituzionale della riserva di legge.

Esiste quindi un campo, un ambito in cui non c'è un monopolio assoluto del legislatore nel porre una disciplina o generare degli effetti che abbiano conseguenze *in malam partem* nel sistema (chiuso) penale.

Questo spazio viene designato con l'espressione "norme penali di favore"; norme che possono essere annullate dalla Corte costituzionale se invalide, generando così una variazione dell'ordinamento penale in senso sfavorevole (effetti o modifiche *in peius* nel sistema penale).

Il controllo di costituzionalità *in malam partem* sulle "norme penali di favore" è stato ammesso per la prima volta con la sentenza n. 148 del 1983; e poi delineato in modo chiaro con la sentenza n. 394 del 2006 (sui c.d. "falsi elettorali") in cui per la prima volta la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima, per violazione dell'art. 3 Cost., una "disposizione incriminatrice" la quale stabiliva un trattamento penale più benevolo.

In tali ipotesi non si ravvisa un *vulnus* al principio della riserva di legge, giacché l'effetto *in malam partem* discende dall'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria (cfr. Corte cost., n. 394 del 2006). In pratica il perimetro generale del sistema penale non viene ampliato a seguito della pronuncia della Corte costituzionale, che si limita ad annullare una previsione normativa senza incidere sulla complessiva area di illiceità penale.

Non rientrano, invece, nella categoria di norme penali di favore, e debbono essere tenute distinte da esse, quelle previsioni normative che <<"delimitano" l'area di intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato>> (cfr. Corte cost., n. 394 del 2006). Non bisogna confondere le norme penali di favore con <<gli elementi di selezione dei fatti meritevoli di pena che il legislatore ritenga di introdurre in sede di descrizione della fattispecie astratta>>, nell'esercizio di scelte di politica criminale riservate in via esclusiva alla sua discrezionalità. Nella ricorrenza di tale ipotesi (elementi che concorrono alla definizione del reato), la scelta del legislatore è sottratta al sindacato della Corte costituzionale (Corte cost., n. 161 del 2004).

Anche in relazione agli effetti della sentenza Taricco, è possibile sostenere che la complessiva area del sistema penale non è stata ampliata: in realtà le conseguenze prodottesi qui, per i reati che ledono pure gli interessi finanziari dell'Unione europea, sono costituite dal passaggio da una disciplina codicistica in materia di interruzione della prescrizione (che fissa un tetto massimo di un quarto all'aumento del termine ordinario di prescrizione in caso di interruzione) ad un altro regime previsto sempre dallo stesso codice ma meno favorevole (il regime previsto per i reati di cui all'art. 51 commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p.: i procedimenti attribuiti alla competenza della Procura distrettuale; illeciti

penali esclusi *ex lege* dall'aumento massimo di un quarto del termine necessario a prescrivere).

In definitiva, valorizzando il tema delle norme penali di favore e del possibile sindacato *in malam partem* con prevalenza sulla riserva di legge, potrebbe sostenersi qui l'ammissibilità di una disapplicazione europea *in malam partem*, con effetti dunque sfavorevoli nel sistema penale. La riserva di legge non può rappresentare infatti un principio supremo, un controlimito alle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost., non essendo un principio assoluto e inderogabile.

E pur vero che nella giurisprudenza costituzionale è rinvenibile una importante decisione la n. 28 del 2010 (sulle cosiddette "ceneri di pirite") da cui potrebbe desumersi che lo strumento della disapplicazione europea trovi il suo limite invalicabile negli esiti *in malam partem* ai quali essa può condurre nell'ordinamento penale italiano.

Si tratta di una decisione costituzionale in cui non si prende in realtà in considerazione il meccanismo disapplicatorio con ricadute *in malam partem*, ma il possibile effetto diretto sfavorevole del diritto europeo. Tuttavia, se si muove dalla premessa in precedenza posta – secondo cui il sistema penale è innovato dalla disapplicazione – le due situazioni sono in sostanza equiparabili.

Questa impostazione ha comunque generato il seguente paradosso. Ancora oggi non è attribuita alcuna potestà diretta legislativa di natura punitiva penale agli organi dell'Unione, bensì soltanto l'imposizione agli Stati membri di obblighi di penalizzazione per la tutela di interessi di rilievo europeo. Eppure le norme eurounitarie prevalendo sul diritto interno obbligano il giudice nazionale alla disapplicazione con effetti *in bonam* o *in malam partem*, innovando nell'ordinamento penale.

3. Obblighi di disapplicazione con effetti *in malam partem* e irretroattività

Il secondo principio costituzionale rispetto al quale misurare la compatibilità degli obblighi di disapplicazione con effetti *in malam partem* gravanti sui giudici nazionali è sicuramente il principio di irretroattività.

Tale esame è distinto dal primo (relativo al principio di legalità-riserva di legge) sebbene consequenziale, perché presuppone risolta in senso positivo la questione della possibilità (o meglio della necessità) per il giudice nazionale, a seguito della sentenza Taricco della Corte di Lussemburgo, di disapplicare con risvolti *contra reum* la disciplina degli atti interruttivi della prescrizione.

Ora, per stabilire la compatibilità degli obblighi di disapplicazione che discendono dalla sentenza Taricco con il diritto fondamentale alla irretroattività della legge penale sfavorevole tutelato nella nostra Carta costituzionale, sembra opportuno procedere nel modo seguente.

In primo luogo, devono essere escluse dal discorso che segue le condotte penalmente rilevanti tenute successivamente alla sentenza Taricco. I fatti di reato accaduti dopo la pronuncia della Corte di giustizia sono soggetti solo alla eventuale garanzia del principio di legalità-riserva di legge e non più a quello di irretroattività che potrebbe venire in rilievo solo per i fatti antecedenti alla sentenza pregiudiziale della Corte di Lussemburgo. Si può dunque parlare di una "fase transitoria" e di una "fase di pieno regime" rispetto agli effetti della sentenza Taricco.

In secondo luogo, bisogna sottolineare come tale principio abbia contenuti e, di conseguenza, livelli di tutela distinti in ambito sovranazionale e in ambito nazionale. Non vi è in realtà coincidenza fra l'estensione e lo standard di protezione accordato dagli artt.

49 Carta dei diritti UE e 7 Cedu e quello ricavabile dall'art. 25 Cost. in materia di ir-retroattività.

Non v'è dubbio infatti che, come esplicitamente affermato nella sentenza Taricco dalla Corte di Lussemburgo (§ 54), il diritto fondamentale garantito dall'art. 49 Carta dei diritti UE (principio di legalità e proporzionalità dei reati e delle pene) non osta alla soluzione di far operare gli effetti scaturenti dalla disapplicazione *in malam partem* anche rispetto a fatti verificatisi prima della sentenza Taricco.

Quest'ultimo principio copre le applicazioni retroattive delle modifiche sfavorevoli relative soltanto al binomio fattispecie/sanzione. Dunque, nessuna violazione dell'art. 49 Carta diritti UE perché i medesimi "fatti astratti" e le stesse "sanzioni" erano configurabili sia quando l'agente ha tenuto la condotta storica sia attualmente. Non rientra pertanto nel contenuto di tutela dell'art. 49 l'istituto della prescrizione.

Anche, poi, le garanzie intertemporali accordate dai principi convenzionali non si oppongono ad una disapplicazione con esiti *in malam partem*. In particolare, l'art. 7 Cedu è stato interpretato dalla Corte di Strasburgo nel senso che il termine di prescrizione prorogato può essere applicato immediatamente a "fatti ancora non prescritti" (Cfr. Corte cost. n. 236 del 2011, secondo cui l'istituto della prescrizione non forma oggetto della tutela apprestata dall'art. 7 § 1 Cedu).

La disciplina della prescrizione viene trattata dalla Corte Edu, a livello di garanzie intertemporali, come un istituto processuale valendo la regola del *tempus regit actum* (cfr. la sentenza della Corte di Strasburgo 22 giugno 2000, Coëme e altri c. Belgio).

Insomma, nell'ambito dei procedimenti penali pendenti (e quindi per i fatti antecedenti alla sentenza Taricco), secondo la Corte di Lussemburgo non viola i diritti fondamentali garantiti dall'art. 49 Carta UE e dall'art. 7 Cedu la disapplicazione con effetti *in malam partem*, da parte del giudice penale italiano, della disciplina degli atti interruttivi della prescrizione, a patto però che i reati contestati non si siano già prescritti.

Che il reato addebitato non si debba essere già prescritto è chiarissimo non solo perché ciò viene evocato esplicitamente dalla Corte di Lussemburgo in relazione all'art. 7 Cedu (così come interpretato dalla sentenza della Corte Edu Coëme c. Belgio cit.), ma perché la Corte di Giustizia afferma che l'art. 7 Cedu <<sancisce diritti corrispondenti a quelli garantiti dall'art. 49 Carta>>.

Il punto però che deve essere sottolineato è che quando la Corte di Giustizia Taricco si sofferma sul contenuto delle garanzie degli artt. 49 Carta UE e 7 Cedu lo fa non per esaurire la tutela dell'imputato, bensì per delineare appunto l'ambito di protezione che la Carta dei diritti UE e la Convenzione europea accordano a tale riguardo agli interessati (§ 54 – 57).

La Corte di giustizia prende, dunque, in considerazione gli artt. 49 Carta e 7 Cedu solo per "autodeterminare" il perimetro di copertura delle due disposizioni (fattispecie/sanzione con esclusione della prescrizione), e non già per circoscrivere attraverso il contenuto di tali principi l'ambito di tutela interna dei diritti fondamentali nei confronti di una disapplicazione della normativa penale con effetti sfavorevoli. E non potrebbe essere diversamente, spettando unicamente alla Corte costituzionale di delineare i tratti identitari del nostro ordinamento costituzionale (*Verfassungsideutlichkeit*).

La Grande Sezione nel § 53 della sentenza Taricco, pertanto, si preoccupa di precisare che se <<il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali ... dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati>>.

E quali siano questi “diritti fondamentali” va ricavato dalla seconda parte del paragrafo 53 della decisione: occorre evitare in pratica che per i procedimenti penali in corso siano inflitte condanne che, alla luce della disciplina antecedente alla sentenza Taricco, non lo sarebbero state.

Questa netta presa di posizione non contrasta in realtà con l’ambito di applicazione degli artt. 49 Carta e 7 Cedu, i quali lasciano fuori dal loro perimetro operativo le modifiche sfavorevoli in materia di prescrizione.

La Grande Sezione ci ha solo voluto offrire la sua “interpretazione autentica” sul contenuto (fattispecie/sanzione) e sul campo di estensione (“fuori” la prescrizione) dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta UE e dalla Cedu.

Resta impregiudicata la questione per il giudice nazionale di individuare il rispetto di tutti i diritti fondamentali anche quelli interni.

Ebbene, nell’ordinamento italiano attribuiamo al principio costituzionale di irretroattività un diverso contenuto e livello di tutela rispetto a quanto avviene in sede europea o convenzionale. Questa conclusione, quanto al livello di tutela, fa leva su quanto chiaramente si è sostenuto in proposito nella giurisprudenza costituzionale: si tratta di un vero e proprio “superiore principio di civiltà”, un valore assoluto che non è suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali né è derogabile in qualche modo (C. cost., n. 51 del 1985; n. 389 del 1991; n. 394 del 2006).

Quanto, poi, in dettaglio al contenuto del principio, lo rapportiamo in genere alle modifiche sfavorevoli del sistema penale; e non solo alla coppia concettuale: fattispecie/sanzione, come invece nel diritto eurounitario e convenzionale. Fattispecie e sanzione che in realtà non sono altro che gli elementi costitutivi della norma incriminatrice.

In base al nostro ordinamento, insomma, qualsiasi modifica sfavorevole del sistema “chiuso” penalistico (e non solo quelle concernenti fattispecie/sanzione) non può che operare per il futuro, altrimenti si viola il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole: un allargamento e innalzamento del rango di tutela rispetto a quanto enucleabile dal diritto europeo e convenzionale.

E dunque anche una modifica sfavorevole della disciplina della prescrizione è coperta dal superiore principio di irretroattività della legge penale. Prescrizione dell’illecito penale che, come insegna la giurisprudenza costituzionale, ha natura sostanziale (cfr. così, ad esempio, Corte cost., sent. n. 393 del 2006 sulla c.d. legge ex Cirielli). Nella pronuncia costituzionale n. 393 del 2006 si è, inoltre, affermato – con riferimento al principio di retroattività della *lex mitior*, che ha oltretutto uno statuto di garanzia meno forte di quello di irretroattività – che la garanzia del principio di applica a tutte “le norme ... che incidono sulla prescrizione del reato”. Perciò non solo sul termine ordinario di prescrizione, ma pure con riferimento agli istituti della sospensione e della interruzione della prescrizione.

Nonostante che la Corte di giustizia prenda in esame nello specifico il tema delle cause di interruzione della prescrizione e il “tetto massimo” di aumento previsto dall’art. 161 c.p. e non già in generale il tema della prescrizione, è tuttavia innegabile che la prescrizione e tutta la sua disciplina (sospensione, interruzione, decorrenza del termine) è regolata nel nostro codice penale quale causa di estinzione del reato. Attiene quindi al diritto sostanziale e non al processo penale; principi e garanzie della materia penale e non piuttosto di quella processuale.

4. La reale esigenza di opporre il “controlimite” del principio di irretroattività

La prevalenza del diritto europeo su quello interno e il conseguente obbligo di disapplicazione del giudice nazionale, trova il “limite” nel contrasto di tale disapplicazione con i principi fondamentali dell’assetto costituzionale dello Stato o con i diritti inalienabili della persona. Al centro di quel nucleo di cosiddetti “controlimiti” alle limitazioni di sovranità consentite dall’art. 11 Cost., vi sono quei valori e principi fondamentali della nostra Carta costituzionale che ne rappresentano l’essenza immodificabile, legati alla impossibile revisione “interna” o “esterna”.

Come da ultimo asserito nella giurisprudenza costituzionale, il limite che segna l’apertura dell’ordinamento italiano all’ordinamento internazionale e sovranazionale (artt. 10 e 11 Cost.) è costituito dal rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili dell’uomo. Essi rappresentano gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell’ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale (Corte cost. n. 238 del 2014). “Controlimiti” che comunque non sono stati mai affermati “in concreto” dalla Corte costituzionale italiana.

Ora, la Corte di appello di Milano, a distanza di solo pochi giorni dalla pronuncia della Grande Sezione, ha individuato nel principio di legalità-irretroattività di cui all’art. 25, comma 2, Cost. il “controlimite” rispetto all’obbligo per il giudice italiano di disapplicazione del tetto massimo di un quarto all’aumento del termine ordinario di prescrizione nel caso di interruzione del suo corso. Con la conseguente applicazione in pratica della disciplina prevista dall’art. 161 c.p. per i reati di cui all’art. 51 commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. (già esclusi *ex lege* dalla sottoposizione al limite insormontabile di un quarto) (App. Milano, sez. II, 18 settembre 2015, n. 6421/14 RGA). Il parametro dell’irretroattività è stato successivamente evocato anche da due ordinanze della Suprema Corte, che hanno sollevato questione di legittimità costituzionale (cfr. il § che segue).

E’ opportuno però chiedersi se in vicende come quella appena illustrata della Corte di appello milanese sia realmente necessario evocare i “controlimiti” e la conseguente questione di costituzionalità per evitare la violazione del principio costituzionale di irretroattività.

Per davvero è imposto dalla sentenza Taricco al giudice italiano un obbligo di disapplicazione dalla disciplina degli atti interruttivi della prescrizione che abbia un effetto retroattivo sfavorevole, e che dunque operi nei confronti di fatti commessi prima della sentenza Taricco e nei confronti di atti interruttivi che siano intervenuti prima della pronuncia della Corte di giustizia ?

Cosicché, la Corte di appello avrebbe fatto bene a chiamare in causa la Corte costituzionale per valutare l’eventualità di contrapporre a questa soluzione il “controlimite” rappresentato dal principio di irretroattività di cui all’art. 25, comma 2, Cost.

Ebbene, non sembra indispensabile l’intervento della Corte costituzionale al fine del sindacato relativo all’esistenza di un “controlimite” all’obbligo di disapplicazione con effetti sfavorevoli in campo penale. E’ lo stesso giudice nazionale che deve garantire il rispetto dei diritti fondamentali degli interessati, come scritto nella sentenza Taricco (§ 53): dovendosi egli assicurare che la disapplicazione delle disposizioni interne rispetti al contempo i diritti fondamentali degli interessati.

Non c’è alcuna assoluta necessità di alzare gli scudi dei “controlimiti”. E’ la stessa Corte di giustizia che chiede appunto ai giudici nazionali di non disapplicare il diritto interno allorché ciò conduca alla lesione un diritto fondamentale. E quindi il giudice italiano – per i fatti antecedenti alla sentenza Taricco – deve individuare una regola,

un criterio per separare i casi cui si applica la sentenza della Grande Sezione da quelli rispetto ai quali essa non opera.

Si tratta infatti di un tipico caso di avvicendamento di leggi penali nel tempo nella disciplina di un caso concreto, rispetto al quale il sistema interno consente all'interprete, attraverso le regole che governano il diritto intertemporale, di risolvere il problema senza intaccare il principio costituzionale, inderogabile, di irretroattività. E vedremo – ma unicamente per i fatti commessi prima dell'emanazione della sentenza Taricco (8 settembre 2015) – come occorre a tal fine distinguere tra molteplici situazioni processuali. Né d'altronde la mancata disapplicazione sfavorevole in queste ipotesi costituisce una aperta sfida al principio del primato del diritto eurounitario su cui si fonda l'ordinamento dell'Unione, come ribadito di recente dalla Grande Sezione nella sentenza Melloni.

5. Il parametro della soggezione del giudice soltanto alla legge (cenni)

Come accennato, dopo un primo contrasto giurisprudenziale, anche la terza sezione della Cassazione ha sollevato con due ordinanze la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 l. n. 130 del 2008, che ordina l'esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007), nella parte che impone di applicare l'art. 325, § 1 e 2, TFUE, dalla quale – nell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia Taricco – discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160, comma 3, e 161, comma 2, c.p., in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, allorché ne derivi la sistematica impunità delle gravi frodi in materia di IVA, pure se dalla disapplicazione, e dal conseguente prolungamento del termine di prescrizione, scaturiscano effetti sfavorevoli per l'imputato, per contrasto di tale norma con gli artt. 3, 11, 25, comma 2, 27, comma 3, 101, comma 2, Cost. (Cass., sez. III, 30 marzo 2016, n. 28346/16, Pres. Grillo, Rel. Riccardi; Cass., sez. III, 31 marzo 2016, n. 33538/16, Pres. Rosi, Rel. Andronio).

La Corte di cassazione ha individuato ulteriori parametri costituzionali – oltre quello dell'art. 25, comma 2, Cost. – per chiedere alla Corte costituzionale di azionare i “controllimiti”.

L'ampliamento dei parametri è importante perché diversamente la Corte costituzionale non avrebbe potuto allargare l'oggetto del suo giudizio oltre l'irretroattività: bisogna tener presente che, in base al principio di “corrispondenza tra chiesto e pronunciato”, l'oggetto del giudizio di costituzionalità in via incidentale è strettamente limitato alle norme-parametro fissate nell'ordinanza di rimessione (cfr. Corte cost., 20 maggio 2013, n. 94).

Tra i parametri costituzionali presi in considerazione dall'ordinanza della terza sezione della Corte di cassazione spicca il principio di separazione dei poteri e di soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.), che sarebbe violato qualora il giudice nazionale fosse obbligato a non applicare il diritto interno contrastante con il diritto eurounitario anche se da ciò derivassero conseguenze *in peius* per il soggetto agente.

Per la terza sezione della Suprema Corte «l'affidamento al giudice dell'individuazione dell'oggetto (“frode grave”), dell'ambito di applicabilità (“la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'UE”), e della valutazione di ineffettività della disciplina (“in un numero considerevole di casi di frode grave”), assegna all'ordine giudiziario un potere normativo riservato al legislatore, che viola, all'evidenza, il principio fondamentale ... della separazione dei poteri, comportando una sovrapposizione del “giudiziario” al “legislativo”, e l'attribuzione alla giurisdizione di una

funzione normativa in materia penale patentemente inosservante del precetto che impone che il giudice dia soggetto “soltanto alla legge” (art. 101, comma 2, Cost.)>> (Cass., sez. III, ud. 30 marzo 2016, Pres. Grillo, Rel. Riccardi. Nello stesso senso si è espressa poi Cass., sez. III, 31 marzo 2016, n. 33538/16, Pres. Rosi, Rel. Andronio, la quale ribadisce la frizione con il principio di separazione dei poteri in relazione <<al “contenuto” della norma, che rimette direttamente al giudice la valutazione di adeguatezza di una disciplina penale ai fini di prevenzione>>).

Senonché, come evidenziato dalla fondamentale sentenza costituzionale n. 230 del 2012, nell’ordinamento italiano la soggezione soltanto alla legge dei giudici (ex art. 101, comma 2, Cost.) implica senz’altro che la creazione giurisprudenziale di nuovo diritto sia vietata. Le decisioni dei giudici, hanno quindi effetti circoscritti al caso deciso e i precedenti giurisprudenziali non sono vincolanti.

Netta distinzione, dunque, tra creazione e applicazione del diritto: il diritto è prodotto dal legislatore e applicato dai giudici. Occorre chiaramente discernere tra l’attività di produrre un testo legislativo, e quella di decidere il significato del testo legislativo attraverso la sua interpretazione.

Ma con quanto appena asserito vanno confrontati gli esiti della sentenza Taricco. La pronuncia della Corte di giustizia a ben vedere non crea *ex novo* diritto, ma si limita ad estendere una disciplina (relativa alla interruzione della prescrizione) già prevista per i reati di competenza della Procura distrettuale ai reati in materia di frodi gravi che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea.

Non si può dunque parlare di “apogeo della giurisprudenza-fonte”: qui la disciplina applicabile in tema di interruzione della prescrizione trova la sua fonte non già nella giurisprudenza, bensì nel codice penale.

6. La disapplicazione con effetti sfavorevoli della prescrizione in rapporto alle diverse situazioni processuali prospettabili

Sul presupposto assodato in precedenza che, nel campo sopra delineato, grava sul giudice nazionale un obbligo di disapplicazione con effetti sfavorevoli delle disposizioni di cui agli artt. 160, ult. comma, e 161, comma 2, c.p., nella parte in cui appongono un limite massimo pari a un quarto all’aumento del termine ordinario per la prescrizione nei casi di interruzione del suo corso, bisogna tuttavia chiedersi qual è l’esatto ambito temporale di applicazione di questa sostanziale modifica *in peius* dell’ordinamento penale. E ciò, vale la pena ribadirlo, unicamente per evitare la violazione del principio costituzionale di irretroattività, da considerarsi quale principio supremo, integrante un “controlimite”; senza alcuna ricaduta sul profilo, logicamente presupposto, della riserva di legge.

Ora, a seguito della sentenza Taricco vi è stata in pratica l’introduzione di una nuova disciplina sull’interruzione della prescrizione in un certo settore. Si è estesa, infatti, ai casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea la disciplina relativa ai reati di cui all’art. 51 commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. (ossia: i procedimenti attribuiti alla competenza della Procura distrettuale), per i quali non è fissato alcun limite di prolungamento massimo della durata iniziale della prescrizione; in luogo dell’ipotesi ordinaria che prevede in caso di interruzione un tetto massimo di un quarto del tempo necessario a prescrivere (artt. 160, comma 3, e 161, comma 2, c.p.).

Questa “nuova” regolamentazione dell’interruzione della prescrizione per i reati concernenti gravi frodi in materia di Iva, per un verso – come tutte le nuove leggi penali sfavorevoli – deve operare unicamente per il futuro (art. 11 disp. prel. c.c.); e per altro

verso, non può proiettare i suoi effetti sfavorevoli retroattivamente (art. 25, comma 2, Cost.). Precisandosi al riguardo che è “nuova legge”, ai fini del fenomeno della successione di leggi, anche quella già vigente ma che al momento della commissione del fatto non si applicava; e che diviene applicabile alla vicenda da giudicare solo successivamente, a seguito dell’impiego dello strumento disapplicatorio.

Orbene, sembrano individuabili due diverse macro-situazioni processuali.

(a) La prima macro-situazione processuale concerne appunto le condotte penalmente rilevanti tenute dopo la data della sentenza Taricco (8 settembre 2015).

A tali ipotesi, in cui la condotta tipica è successiva alla decisione della Grande Sezione, si applica, come detto, indiscutibilmente la disciplina della prescrizione senza il tetto che la limita all’aumento di un quarto del tempo ordinario in presenza di atti interruttivi. Il giudice interno dovrà qui disapplicare la normativa interna che non permette di dare piena efficacia all’art. 325 § 1 e 2 TFUE, anche se ciò ha effetti sfavorevoli nel sistema penale nazionale.

(b) La seconda macro-situazione processuale riguarda una serie di ipotesi, per fatti commessi prima della sentenza Taricco, in cui è preclusa la disapplicazione: perché altrimenti si violerebbe il principio costituzionale di legalità-irretroattività di cui all’art. 25, comma 2, Cost.

(b₁) Nel novero delle ipotesi in cui è preclusa al giudice penale la disapplicazione della disciplina dell’interruzione della prescrizione, va innanzitutto collocato il caso nel quale la prescrizione è stata dichiarata dal magistrato prima della sentenza Taricco: il reato in questi procedimenti si è già definitivamente estinto.

In tal senso si è espressa esattamente la pronuncia della III sezione della Cassazione n. 2210/2016, secondo cui non è possibile la <<revoca della dichiarazione di estinzione del reato già intervenuta, perché il soggetto al quale l’autorità giurisdizionale abbia dichiarato estinto il reato acquisisce un diritto soggettivo che prevale sulle istanze punitive dello Stato>>. Nel caso di specie – ha chiarito la III sezione della Cassazione – <<il contrasto con la norma del Trattato non incide sui periodi di imposta 2003 e 2004 già dichiarati estinti per prescrizione nei due gradi di merito. Si tratta, in sostanza, di un errore del giudice che ha ommesso di rilevare il già sussistente (anche se non ancora esplicitato dalla Corte di giustizia U.E.) contrasto col principio europeo, ma la sua statuizione è ormai divenuta irrevocabile>>.

(b₂) Vengono, poi, in considerazione le ipotesi in cui la prescrizione è stata maturata dall’imputato prima della sentenza Taricco, ma essa non è ancora stata dichiarata. Si tratta anche qui di un “diritto quesito” e non può di certo operare, in ambito penale, il meccanismo della disapplicazione della disciplina dell’interruzione della prescrizione con effetti *in malam partem*. Il divieto di retroattività si risolve innanzitutto nel rispetto dei “diritti quesiti”, essendo storicamente stretta la connessione tra irretroattività della legge e “diritti acquisiti”: secondo la definizione di “diritto acquisito” come quello che è entrato a far parte del patrimonio dell’individuo. L’imputato ha già conquistato un diritto a essere lasciato in pace dalla giurisdizione penale, che non può essere rimesso in discussione per effetto dal *novum* normativo scaturito dalla decisione della Grande Sezione Taricco.

Dunque, non è condivisibile la pronuncia della III sezione della Corte di cassazione n. 2210/2016. In tale sentenza, decisa il 17 settembre 2015, la suprema Corte ha applicato i principi discendenti dalla sentenza della Corte di giustizia non dichiarando la prescrizione già maturata fin dal 16 gennaio 2015. In questo senso si è poi orientata anche Cass., sez. III, 31 marzo 2016, n. 33538/16 cit., secondo cui la disapplicazione sfavorevole opera anche per i reati la cui prescrizione è maturata prima della sentenza

Taricco, perché la pronuncia della Corte di Lussemburgo è meramente dichiarativa del diritto dell'Unione che era già pienamente in vigore al momento del fatto penalmente illecito.

Mentre appare corretta la soluzione prospettata dalla pronuncia della IV sezione della Corte di cassazione n. 7914/2016. In quest'ultima decisione – sulla scorta anche delle conclusioni dell'Avvocato Generale nell'ambito della causa Taricco che ha esplicitamente fatto riferimento ai “casi in cui non è ancora intervenuta la prescrizione” – si è affermato che sussiste <<una sorta di “diritto quesito” dell'imputato all'estinzione del reato per il quale fosse già intervenuta il termine di prescrizione, diritto che non appare pregiudicabile per effetto di una forma atipica di *ius superveniens* come quella introdotta dalla Corte lussemburghese>>. E pertanto bisogna reputare ragionevole sostenere che la disapplicazione della disciplina degli atti interruttivi della prescrizione possa intervenire soltanto rispetto a fatti non ancora prescritti alla data di pubblicazione della sentenza Taricco.

Qualora il reato sia già estinto, anche se non è ancora stata dichiarata formalmente la prescrizione, l'imputato ha acquisito un vero e proprio diritto, che prevale sull'obbligo di disapplicazione europea, ad una decisione che dichiari l'avvenuta prescrizione del reato. Da notare che diversamente si violerebbe anche l'art. 7 Cedu (nella interpretazione della Corte Edu), che permette l'applicazione retroattiva di un termini di prescrizione più lungo soltanto allorché i fatti addebitati all'imputato non siano ancora prescritti.

(b₃) Si pensi, inoltre, alle ipotesi in cui la prescrizione non è ancora maturata alla data dell'8 settembre 2015, dove però l'atto interruttivo si sia verificato anteriormente alla sentenza Taricco.

Ebbene, tutte le prescrizioni di reati che sarebbero maturate in base ad atti interruttivi che sono precedenti alla decisione della Grande Sezione (e ovviamente per fatti *ante* sentenza Taricco), per il raggiungimento del tetto di aumento massimo di un quarto della durata iniziale del termine di prescrizione stabilito dall'art. 161 c.p., devono essere comunque dichiarate dal giudice nazionale.

Gli effetti dell'atto interruttivo (o degli atti interruttivi) sono qui assoggettati ancora alla disciplina pre-Taricco, giacché tale disciplina, in quanto più favorevole di quella successiva (ponendo un limite assoluto alla durata della prescrizione dopo la sua interruzione, anziché consentire, come adesso, l'inizio di un nuovo periodo intero di prescrizione dopo ogni atto interruttivo), continua ad operare ex art. 2, comma 4, c.p.

E soprattutto perché ciò permette di evitare il contrasto con la garanzia irrinunciabile e mai derogabile posta dal principio di irretroattività della legge penale sfavorevole di cui all'art. 25, comma 2, Cost.: violazione del principio che si avrebbe facendo operare il nuovo assetto normativo scaturito dalla sentenza Taricco nei confronti di atti interruttivi della prescrizione già intervenuti.

7. Riflessioni finali

La sentenza Taricco non la definirei né una decisione “eversiva” né “pericolosa” e neanche “sbagliata”, ma soltanto la “prima” sentenza (forse un “tantino approssimativa”) che ha imposto un obbligo ai giudici penali nazionali di disapplicare il diritto interno con esiti *in malam partem*: mantenendo però – come accennato in precedenza – tutte le garanzie a tutela dei diritti fondamentali dell'imputato.

Bisogna tuttavia evitare che la rottura dell'argine apra la via all'inondazione incontrollata, da parte dei giudici interni, della Corte di Lussemburgo di questioni disapplicatorie con effetti *in malam partem*.

In altri termini, la nefasta conseguenza da scongiurare collegata alla Grande Sezione Taricco è l'integrale crollo della diga che "conteneva" le questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia con esiti sfavorevoli, al fine di evitare una indiscriminata rimessione alla Corte di Lussemburgo.

Esempio di ciò è l'ordinanza del g.i.p. del Tribunale di Varese del 30 ottobre 2015, che ha sollecitato un intervento *in malam partem* della Corte di giustizia (G.i.p. Trib. Varese, ord. 30 ottobre 2015, n. 588, giud. Sala).

Il g.i.p. del Tribunale di Varese ha domandato in via pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo di stabilire la compatibilità con il diritto europeo del reato di omesso versamento di Iva ex art. 10-ter d.lg. n. 74 del 2000 (come riformulato dal d.lg. n. 158 del 2015). Si tratta nel dettaglio di tre questioni interpretative oggetto di rinvio pregiudiziale, le quali investono direttamente l'ampliamento dell'ambito di applicazione del delitto di cui all'art. 10-ter cit. e l'inasprimento del suo trattamento sanzionatorio; e quindi il binomio fattispecie/sanzione e non più come prima, nella vicenda Taricco, l'estinzione del reato.

Si verrebbe così ampliare il perimetro del penalmente rilevante, sovrapponendosi alle scelte di politica criminale che spettano al nostro legislatore parlamentare. Si toccherebbe in pratica il perimetro generale del sistema penale, a differenza della disapplicazione *in malam partem* del caso Taricco, che non estende l'area complessiva dell'ordinamento penale ma opera solo modifiche al suo interno.

In definitiva, è evidente che l'accoglimento di una delle questioni proposte dal g.i.p. di Varese, sulla scorta dell'incompatibilità del delitto di omesso versamento Iva con il diritto eurounitario, aprirebbe la strada alla disapplicazione delle norme penali interne con esito sfavorevole: qui davvero – a differenza che nel caso della sentenza Taricco – con una intollerabile violazione del principio costituzionale di legalità-riserva di legge.

Il caso Taricco fra riserva di legge, sovranità e materia penale

FRANCESCO SAVERIO MARINI*

I futuri sviluppi della vicenda giurisprudenziale, e politica, originata dal caso Taricco sono difficilmente prevedibili per il giurista. In questa prospettiva, vi è stato chi ha provato a ridimensionare l'impatto sul processo d'integrazione europea, provando a mettere in dubbio l'effetto retroattivo o confinandone gli effetti all'interno della vicenda processuale; così come vi è stato chi ha provato a valorizzare il caso per "aggredire" il tema lungamente eluso del ruolo della sovranità, e della sua effettiva allocazione, nel processo d'integrazione europea e auspicando un intervento deciso della Corte costituzionale.

Gli spunti che offrono la sentenza della Corte di Giustizia e la successiva ordinanza della Corte di Cassazione sono molteplici: dall'individuazione dei controlimiti alla natura della prescrizione, dal futuro dell'Unione europea al fenomeno espansivo della giurisprudenza delle Corti sovranazionali, dalla natura del divieto di irretroattività delle norme penali sfavorevoli alla tassatività della fattispecie penale. In questo breve intervento mi limiterò ad analizzare solo tre aspetti di stretto interesse costituzionalistico: il rapporto fra riserva di legge e fonti europee; il rapporto fra sovranità, monopolio della forza e diritto penale; e, infine, il problema del diritto penale come materia di ripartizione delle competenze.

Il primo profilo può essere esaminato sotto un duplice profilo: quello, generale, dell'idoneità delle fonti europee ad assolvere le esigenze che le riserve di legge contenute nella nostra Costituzione sono volte a garantire e quello, più specifico e complesso, dell'idoneità delle sentenze dei giudici dell'Unione a soddisfare quelle stesse esigenze. In altri termini, occorre chiedersi se nelle materie coperte da riserva di legge c'è spazio per le fonti dell'Unione? Sul tema il giudice costituzionale si è espresso più volte in senso estensivo: penso, per restare ai casi più noti, alle celebri sentenze nn. 183 del 1973, 170 del 1984 e 383 del 1998.

Mi sembra, sintetizzando, che la conclusione affermativa della Corte si basi su un triplice ordine di argomentazioni.

Il primo, di teoria delle fonti, è quello dell'attribuzione ai regolamenti europei della forza di legge.

Il secondo – che sembra in realtà sovrapporsi e superare il primo - richiama la capacità delle norme dei Trattati di derogare anche alle norme costituzionali, comprese quelle che pongono riserve di legge, fatto salvo il rispetto dei principi supremi.

Il terzo fa leva sulla consonanza valoriale fra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale, che implica una (almeno presunta) equipollenza delle norme prodotte da entrambi i livelli a garantire i medesimi principi¹²⁷.

* Ordinario di Diritto costituzionale, Dipartimento di Diritto pubblico, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

¹²⁷ È questo, sembra, il senso di quanto la Corte afferma nella sentenza n. 183 del 1973: «occorre, d'altro canto, ricordare che la competenza normativa degli organi della C.E.E. è prevista dall'art. 189 del Trattato di Roma limitatamente a materie concernenti i rapporti economici, ossia a materie in ordine alle quali la nostra Costituzione stabilisce bensì la riserva di legge o il rinvio alla legge, ma le precise e puntuali disposizioni del Trattato forniscono sicura garanzia, talché appare difficile configurare anche in astratto l'ipotesi che un regolamento

La conclusione raggiunta dalla Corte, o meglio gli argomenti su cui essa poggia, non paiono però completamente persuasivi. Infatti, nei frequenti casi in cui vengano in rilievo i diritti fondamentali, non sembra che la questione della fungibilità tra leggi e atti europei in materie riservate possa essere risolta solo come questione di rapporto tra fonti; al contrario, essa va tematizzata pure come questione di teoria dei diritti. L'indiscussa primazia della normativa europea non implica che ogni spazio riservato dalla Costituzione alla legge possa essere automaticamente coperto anche da fonti euro-unitarie. Ciò in quanto la *ratio* della riserva di legge in materia di diritti non è solo quella garantista di limitare la discrezionalità degli organi dell'applicazione. Ad essa si sommano infatti almeno altre due funzioni: quella democratico-partecipativa, tesa a consentire agli interessati di prender parte alle decisioni destinate a incidere sulla loro sfera giuridica; quella che potremmo dire "giurisdizionale", finalizzata ad assicurare, rispetto all'atto pregiudizievole, il controllo di un giudice peculiare: il giudice costituzionale.

Ebbene, se così è, l'effettiva idoneità della normativa europea ad assolvere la riserva di legge dovrebbe valutarsi materia per materia, in ragione della diversa intensità e del differente "peso" che i diversi fini della riserva assumono nell'ambito considerato.

Il problema si pone soprattutto sotto il profilo democratico-partecipativo. Nonostante, infatti, l'incrementata parlamentarizzazione della forma di governo europea, almeno rispetto ai diritti fondamentali occorre tuttora verificare l'effettiva riconducibilità della decisione normativa a istanze democratiche. Esigenza, questa, che impone uno scrutinio molto severo in relazione a due settori dell'ordinamento. Mi riferisco tanto alla disciplina delle prestazioni patrimoniali imposte, sulla base del principio consensualistico del *no taxation without representation*; quanto, alla materia penalistica. Per entrambi i settori il deficit democratico degli organi dell'Unione tradisce le finalità della riserva. Ed è soprattutto per tale motivo che la Corte di Cassazione ha ritenuto - a mio avviso correttamente - la riserva di legge penale come una riserva di legge statale. Del resto, allo Stato sono riservate le finalità ultime delle scelte di criminalizzazione: ossia, la tutela dei diritti fondamentali e, in particolare delle libertà civili, nonché la finalità rieducativa della pena che la Costituzione impone alla legge penale¹²⁸.

Come è noto, se "scomponiamo in fattori primi" la sovranità, ne resta che il suo nucleo essenziale corrisponde al monopolio della forza in un dato territorio: monopolio che si esercita anche e soprattutto attraverso la restrizione della libertà personale, tipica della sanzione penale.

Non a caso tra le funzioni anche storicamente più caratterizzanti e qualificanti dello Stato, come ordinamento giuridico, vi è quella punitiva. Ciò significa che la sovranità non è sovranità, e lo Stato non è Stato, senza il potere dell'ultima parola sul diritto penale.

comunitario possa incidere in materia di rapporti civili, etico-sociali, politici, con disposizioni contrastanti con la Costituzione italiana. È appena il caso di aggiungere che in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma - sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini -, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all'art. 189 una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali».

¹²⁸ Come ancora una volta rileva, molto acutamente, l'ordinanza n. 28346 del 2016 della III sez. pen. della Corte di Cassazione.

Di questo i Paesi protagonisti del processo d'integrazione europea si mostrano ben consapevoli.

All'interno di quelle che, dopo Lisbona, sono complessivamente designate come politiche relative all'attuazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, i Trattati ammettono una comunitarizzazione debolissima della materia penale.

Per il diritto penale processuale, l'art. 82 TFUE consente alle istituzioni europee di adottare, tramite procedura legislativa ordinaria, direttive per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale. Queste, ad ogni modo, possono riguardare solo un insieme tassativo e ristretto di materie, e devono in ogni caso tener conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

Per il diritto penale sostanziale, l'art. 83 TFUE consente l'adozione, sempre tramite procedura legislativa ordinaria, di direttive per stabilire norme minime relative alla definizione di reati di particolare gravità (e a carattere transnazionale), nonché delle connesse sanzioni. Le sfere criminali in cui l'Unione può intervenire sono tassativamente delimitate dal Trattato, che però ammette l'impiego di tale potere di "ravvicinamento" anche in settori già oggetto di misure di armonizzazione a livello europeo.

Ai limiti materiali imposti dagli artt. 82 e 83 TFUE, si somma poi lo strumento del cd. freno d'emergenza: allorché uno Stato ritenga che il progetto di direttiva incida su aspetti fondamentali del proprio sistema penale, questo può interrompere il corso della procedura fino a un massimo di 4 mesi e investire il Consiglio europeo della questione.

Tutto ciò è sufficiente a evidenziare quanto ancora gli Stati custodiscano gelosamente le proprie prerogative punitive. Ma se così è, non si tardano a scorgere le possibili problematiche sollevate dalla sentenza Taricco e dai precedenti nei quali la Corte di Giustizia è intervenuta, sebbene *in bonam partem*, in materia penale. Problematiche riassumibili nell'eventualità che, attraverso il canale giurisprudenziale, venga indebolita o aggirata l'opzione restrittiva accolta nei Trattati.

È chiaro, infatti, che se, sulla base dell'effetto utile, si giunge ad ammettere la possibilità per la giurisprudenza europea di obbligare gli Stati a sanzionare penalmente una determinata fattispecie, si comprime il potere (sovrano) dello Stato di graduare sia l'*an*, che il *quantum* della risposta punitiva.

Scelte che sono il frutto di valutazioni e bilanciamenti, inevitabilmente politici, di beni, interessi e valori espressi in quel momento storico, o nella tradizione identitaria, dall'ordinamento nazionale; devolvere al livello sovranazionale la delimitazione dell'area del penalmente rilevante significa, in buona sostanza, affidare a soggetti extrastatali l'individuazione dei beni giuridici primari, la cui garanzia e salvaguardia rappresentano – per dirla con Hobbes – le radici del *pactum unionis* e del *pactum subiectionis* che fondano la comunità statale.

Sotto un secondo profilo, il paventato spostamento dello Stato all'Unione colocherebbe la decisione penale in un'area in tutto o in parte inattuabile al circuito di responsabilità democratica: se, infatti, già si dubita che gli organi legislativi dell'Unione dispongano di legittimazione democratica sufficiente, è certo che un'eventuale funzione creatrice di norme penali della Corte di Giustizia (sia pur indiretta, mediante pronunce di carattere obbligatorio) sarebbe sterilizzata da ogni possibilità di controllo democratico.

Sullo sfondo della sentenza Taricco, peraltro, ricordo che la "cittadella" del diritto penale statale è sotto assedio anche su un altro versante: quello della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo. Non mi è qui possibile ricostruire la giurisprudenza della

Corte di Strasburgo: è però necessario evidenziare come la penetrazione del diritto convenzionale nell'ordinamento interno stia conducendo all'abbandono del criterio meramente formale d'individuazione della sanzione penale, tradizionalmente accettato nel nostro ordinamento, a favore di criteri anche sostanzialistici (i cd. "criteri di Engel"). Circostanza che, ovviamente, non ha rilievo solo nominalistico, poiché all'individuazione della natura penale della sanzione corrisponde l'obbligo per lo Stato di applicare uno specifico statuto di garanzie, procedurali e sostanziali, fra cui spicca il divieto di doppiare la sanzione penale con una corrispondente sanzione amministrativa (mi riferisco ovviamente al *ne bis in idem*).

Così, per effetto di questa manovra a tenaglia, lo Stato si vede già vincolato dal diritto convenzionale, sotto il profilo dei criteri di qualificazione e dello statuto giuridico delle sanzioni; e potrebbe vedersi in futuro vincolato dal diritto eurounitario in ordine all'*an* e al *quantum* della sanzione penale.

E arrivo, molto rapidamente, all'ultimo punto: il diritto penale come materia.

Nel Trattato sul Funzionamento, come nella maggior parte delle Costituzioni regionali e federali, il diritto penale è considerato, espressamente, in via residuale o implicitamente, come una materia di ripartizione delle competenze tra centro e periferia, fra Unione europea e Stati membri, fra Stato e Regioni, fra Federazione e Stati federati. Basta leggere l'art. 117, comma 2, lett. l) della nostra Costituzione, ma lo stesso accade nella Costituzione spagnola, nella Costituzione tedesca, nella Costituzione austriaca, nella Costituzione americana e si potrebbe proseguire. L'idea sottesa a questa ripartizione fa leva sulla tesi, ormai smentita dalla dottrina e dalla giurisprudenza, del carattere meramente strumentale della sanzione penale, ossia dell'idea che possa differenziarsi e scollegarsi la norma precetto dalla norma sanzionatoria. E, invece, è vero il contrario: come insegna Delitala *"apprestando una sanzione, la norma non può non postulare un precetto; ed anche a voler concedere che prima di essere penalmente sanzionati i medesimi precetti preesistano in altra norma, si deve pur sempre convenire che la norma penale, sanzionandoli, li fa propri, essendo inammissibile che mentre li sanziona possa lasciarli da essa distinti"* (Delitala, Diritto penale, voce, in Enc. dir.). Da ciò procede che la traslazione del potere di decidere in ordine all'uso o meno della sanzione penale porta sempre con sé – in un inevitabile parallelismo – il potere di stabilire il relativo precetto.

In questa prospettiva non si può non arrivare alla conclusione che il diritto penale rappresenti, per definizione, una materia trasversale nel senso che il titolare del potere sanzionatorio gode, anche qui per definizione, della competenza della competenza. Come la nostra Corte costituzionale ha avuto più volte occasione di rilevare, in particolare nelle sentenze n. 185 del 2004 e n. 63 del 2012, "la "materia penale", intesa come l'insieme dei beni e valori ai quali viene accordata la tutela più intensa, non è di regola determinabile a priori; essa nasce nel momento in cui il legislatore nazionale pone norme incriminatrici e ciò può avvenire in qualsiasi settore, a prescindere dal riparto di attribuzioni legislative tra lo Stato e le Regioni". "Si tratta - afferma ancora la Corte - per definizione di una competenza dello Stato potenzialmente incidente nei più diversi ambiti materiali ed anche in quelli compresi nelle potestà legislative esclusive, concorrenti o residuali delle Regioni, le cui scelte potranno risultarne talvolta rafforzate e munite di una garanzia ulteriore, talaltra semplicemente inibite". Quanto precede può estendersi anche alla ripartizione di competenze tra lo Stato e l'Unione europea.

Ebbene la sentenza Taricco, a mio avviso, sembra aver invertito la trasversalità, pretendendo di partire dal precetto per attrarre nelle competenze dell'Unione anche il

diritto penale. Per la Corte di Giustizia, infatti, l'art. 235 TFUE, nell'imporre agli Stati di combattere con misure dissuasive le attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, finirebbe per attrarre nella competenza dell'Unione la disciplina penalistica. Assunto che appare infondato, perchè non tiene conto che l'ordinamento penale è, secondo quanto si è chiarito, una "materia" e rientra, in quanto tale, nella competenza residuale ed esclusiva degli Stati membri, con le sole eccezioni degli art. 82 e 83 TFUE.

In questa prospettiva l'art. 235, allorchè fa riferimento alle "misure", non va esteso, diversamente da quanto sostiene la Corte di Giustizia, alle sanzioni penali. Prima ancora, dunque, di porsi il tema dei controlimiti e della violazione dei diritti inalienabili della persona, ci si dovrebbe interrogare sul rispetto delle regole sulla competenza da parte degli organi dell'UE e sulle modalità per far valere il principio di attribuzione. Risolvere la questione con il principio di primazia del diritto europeo, infatti, rischia di vanificare l'intera ripartizione di competenze prevista puntualmente nei Trattati, introducendo una nuova figura di "poteri impliciti" nell'esclusiva disponibilità della Corte di Giustizia.

Errore doppiamente grave perchè somma un errore giuridico ad un'assoluta insensibilità istituzionale: la crisi dell'ordinamento europeo successiva alla Brexit avrebbe, infatti, consigliato maggiore cautela e la soluzione prospettata dalla Corte di Giustizia non rafforza certamente la sua legittimazione sostanziale, potendo agevolmente leggersi in essa, nella parte in cui impone la retroattività della disciplina penale meno favorevole, lo spregio per le più elementari garanzie dei diritti di libertà dei cittadini.

CONCLUSIONI

Chi ha paura dei controlimiti?

MASSIMO LUCIANI*

1.- E' inevitabile muovere da una constatazione: che corre una differenza impressionante fra l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale della III Sezione penale della Corte di cassazione, che oggi abbiamo molto commentato (e sulla quale anch'io mi soffermerò), e l'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla CGUE del GUP di Cuneo. Impressionante, insisto, perché la prima manifesta una cultura costituzionale profonda e un rispetto di alcuni capisaldi della nostra tradizione giuridica che non si ravvisano - purtroppo - nella seconda. In un recente volume curato da Paonessa e Zilletti, invero, un altro magistrato della Corte di cassazione (Giacomo Rocchi) ha molto seccamente constatato che in quell'ordinanza si partiva da alcuni discutibilissimi presupposti: che gli imputati sono colpevoli (si legge, infatti, dei "delitti *commessi* da AG", di "soggetti che hanno *commesso* reati", di "reati fiscali *commessi* dagli imputati"); che gli avvocati non fanno altro che proporre eccezioni strumentali per allungare i tempi del processo (obiettivo, si legge, "per il quale i difensori degli imputati si prodigano con grande impegno, cosa avvenuta puntualmente anche nel presente procedimento"); che la prescrizione è una garanzia di impunità ("la decorrenza della prescrizione durante il procedimento penale diventa soltanto un mezzo di garanzia dell'impunità"), etc. Ne viene che, date tali premesse, l'unico modo per arginare questa - diciamo così - associazione per delinquere fra imputati e avvocati è togliere di mezzo l'inciampo della prescrizione. Di tutt'altra impostazione è l'ordinanza della Cassazione di cui qui discutiamo, che - certo - sollecita moltissimi interrogativi, ma è saldamente fondata su presupposti assai più convincenti ed elaborati.

2.- Nella nostra discussione sono emerse, sostanzialmente, tre posizioni: una "favorevole" all'ordinanza di rimessione, e cioè una posizione che apre alla possibilità che la Corte costituzionale pronunci, in diretta applicazione dei controlimiti, la declaratoria di incostituzionalità sollecitata dal remittente (vi ascrivo, ovviamente con molte differenziazioni e sfumature argomentative, le relazioni di Riccardi, Cupelli e della Cananea); una "critica", che ritiene che quella ipotesi sia preclusa (vi ascrivo alcuni passaggi della relazione di Daniele, laddove si sostiene l'esistenza della possibilità di una declaratoria d'infondatezza, e la relazione di Gambardella); una "mediatoria" (vi ascrivo la maggior parte della relazione di Daniele e quelle di Lupo e di Gallucci), che cerca di operare una

** Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi di Roma Sapienza.

ricostruzione *in bonam partem* della pronuncia della Corte di giustizia e che potremmo anche chiamare “antincendio”, se ci fosse un incendio alle viste.

Questo è uno dei punti più delicati. A mio parere, questo incendio alle viste non c'è ed eviterei anche di parlare di situazione drammatica, come pure è stato fatto. Un dramma, indubbiamente, c'è, ma nel senso che vi sono delle *dramatis personae* presenti sul palcoscenico, non nel senso che una sentenza di accoglimento della Corte costituzionale possa determinare una catastrofe. Non vorrei, confesso, che qui si ripetessero gli stessi argomenti estremi che si usano per il sì e per il no al prossimo *referendum* costituzionale (se vince il sì è il fascismo; se vince il no è l'anarchia): in quel caso (fermo restando che ormai, per come si sono messe le cose, qualunque esito finirà per essere negativo, vista la divisione presente nel Paese) non vi sono catastrofi alle porte e anche in questa vicenda non ne vedo. La Corte costituzionale potrà pronunciarsi in tutta tranquillità, perché una declaratoria di incostituzionalità non potrà generare alcuna guerra fra Corti. Né si deve trascurare che le questioni poste all'esame della nostra Corte sono molteplici: molti parametri, molti profili, che rendono amplissimo il panorama delle *rationes* di incostituzionalità che possono farsi valere.

Ora, a mio avviso, non v'è spazio per un intervento antincendio, e non solo per mancanza d'incendi alle porte, ma anche perché la sentenza della Corte di giustizia non lo permette. E non lo permette perché questa sentenza è molto meno aperta di quanto alcuni dei relatori abbiano, pur autorevolmente, ritenuto.

Prendiamo la questione della retroattività. Il par. 55 della sentenza *Taricco* è molto esplicito. Vi si legge che “la disapplicazione delle disposizioni nazionali [...] avrebbe soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale *pendente*”. Ora, l'aggettivo “pendente” era del tutto superfluo e se sta dove sta è perché la Corte di giustizia ha voluto chiarire che è anzitutto in giuoco la sorte di un procedimento penale *in corso*. Se così non fosse, del resto, dove sarebbe stata la rilevanza della pregiudiziale eurounitaria? E, si badi, mettere al riparo dalla disapplicazione i reati già prescritti non risolve affatto il problema della retroattività, perché questo si pone anche (e, direi, soprattutto) per il rapporto tra fatti *anteriori* e fatti *posteriori* alla sentenza *Taricco*. Nella misura in cui anche primi sono coinvolti, il problema della retroattività fatalmente si pone.

Che i fatti anteriori siano coinvolti è confermato dal par. 57 della sentenza *Taricco*, laddove si parla di “fatti addebitati non [...] ancora prescritti”. E lo stesso par. 56 si accontenta di osservare che “i fatti contestati agli imputati nel procedimento principale integravano, *alla data della loro commissione*, gli stessi reati ed erano passibili delle stesse sanzioni penali *attualmente* previste”, chiarendo, dunque, che la disapplicazione dovrà estendersi pienamente anche ai fatti-reato anteriori. Ne va pertanto - eccome! - della retroattività, dell'affidamento, della certezza del diritto.

Ma si obietta che il par. 53 ci rassicurerebbe, stabilendo 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”. Salvi i diritti fondamentali, dunque, potremmo star tranquilli. Personalmente, credo molto poco a questi richiami generici ai diritti fondamentali: mancherebbe altro che in una sentenza si scrivesse che il giudice può non farli salvi! Quel che una sentenza dovrebbe fare, in realtà, è spiegare esplicitamente quali siano i diritti fondamentali cui ci si riferisce, il che, qui, manca del tutto. Anzi, se si vede bene, i soli diritti fondamentali che vengono fatti salvi sono, implicitamente, quelli connessi al giusto processo. Che senso avrebbe, infatti, lo stesso par. 53, laddove ricorda che i diritti fondamentali vanno fatti salvi perché gli

interessati “potrebbero vedersi infliggere sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggiti in caso di applicazione delle suddette disposizioni di diritto nazionale”? Qui, è ovvio, si vuol dire che sui diritti fondamentali *sostanziali* prevale l’esigenza finanziaria europea e che il loro sacrificio (possibile, anzi doveroso) deve tuttavia seguire le regole del processo. Magra soddisfazione, permettetemi di dire, visto che l’irrogazione delle sanzioni, comunque, non viene meno. Il che, peraltro, è perfettamente coerente con la premessa da cui la Corte di giustizia muove, e cioè che la prescrizione atterrebbe al diritto processuale e non al diritto sostanziale (come affermato, invece, dalla dottrina italiana maggioritaria e da un indirizzo della Corte costituzionale che è stato definito “granitico”).

Non solo. Prima, il Presidente Lupo ci diceva che il dispositivo della sentenza *Taricco* prevede mere “ipotesi”, sicché la disapplicazione da parte del giudice italiano sarebbe una mera eventualità, contemplata, sì, ma non sempre imposta. Mi permetto di dire, però, che il dispositivo non si limita a formulare ipotesi, ma in realtà, descrive fattispecie astratte (chiamate indebitamente ipotesi), al cui ricorrere in concreto il giudice non potrà che procedere alla disapplicazione. Certo, ha ragione il Presidente Lupo a mettere in luce quanto il dispositivo sia lungo ed elaborato, ma questo, a mio avviso, dimostra semplicemente l’imbarazzo della Corte di giustizia, la quale non ha potuto risparmiarsi le parole, come un giudice dovrebbe sempre fare, ma è stata costretta a scriver tanto, come ha da fare chi, in realtà, vuol sostituirsi a un legislatore.

So bene che da molti si nega la possibilità stessa di una salda distinzione fra *legislatio* e *iuris-dictio*, ma non se ne può prescindere. Ho letto con grandissima soddisfazione l’ordinanza di rimessione della Corte di cassazione, laddove separa molto bene il dominio del giudice e quello del legislatore. Certo, lo fa con qualche ottimismo, allorché, al par. 4.5., scrive che l’andar dal diritto al fatto sarebbe proprio delle tradizioni giuridiche di diritto civile, che non conoscerebbero l’opposto andamento dal diritto al fatto (una “prospettiva inedita”, viene detto). Con qualche ottimismo, ripeto, perché proprio quell’andamento è prospettato, invece, dall’egemone (almeno tra i teorici del diritto e i costituzionalisti) dottrina dell’interpretazione. Una dottrina che, per ragioni che ho tentato di dimostrare in altra sede, si avvita in contraddizioni logiche e a mio avviso insormontabili, ma sulla quale non è ovviamente possibile soffermarsi in questa sede.

In ogni caso, la questione della creatività o meno, della qualificabilità o meno della pronuncia giurisdizionale come fonte del diritto, al contrario di quanto sembra essere emerso in alcuni degli interventi precedenti, non riguarda la sentenza *Taricco*, ma riguarda le sentenze che i giudici italiani dovrebbero emettere ove si conformassero al suo *dictum*. Ritornare sulle peculiarità del diritto europeo e sull’attribuzione del potere nomopoietico alla Corte di giustizia, pertanto, non mi sembra che abbia alcuna rilevanza in questa sede.

La questione sul campo, in definitiva, è questa: se il giudice italiano sia stato messo nella condizione di avere un paradigma decisionale sufficientemente preciso e tale da assicurare il rispetto dell’art. 25 della Costituzione. E’ qui che si pone il problema della tassatività, è qui che si pone il problema della riserva di legge, mentre il tema dell’applicazione di questi principi nel diritto processuale eurounitario in riferimento alle sentenze della Corte di giustizia resta del tutto estraneo al *thema decidendum* definito dall’ordinanza di rimessione della Corte di cassazione (e da quella della Corte di appello di Milano). Ebbene: così delimitata la questione, a me sembra evidente che i fondamentali principi costituzionali ora ricordati sono clamorosamente violati dal meccanismo che la Corte di giustizia ha preteso di introdurre.

Si dirà: ma i giudici applicano costantemente clausole generalissime e ben poco definite, come – ad esempio – quella della buona fede. Ma anche in questo caso la differenza è evidente, perché nell'applicare clausole di tal genere il giudice, pur godendo di ampi margini di apprezzamento discrezionale, ha la guida dei *mores*, dell'accertamento delle regolarità sociali, delle concrete declinazioni del principio che le singole *leges speciales* propongono nella concreta evoluzione del diritto positivo. Qui non c'è nulla di tutto questo e si pretende di affidare al giudice dei veri e propri apprezzamenti di politica penale, che impingono nella valutazione del fatto sociale pel profilo dell'opportunità o meno di esercitare lo *ius puniendi* per certi (complessi di) comportamenti. L'impressione della piena fondatezza della questione, dunque, è molto forte.

Certo, nella prospettiva dell'esame della censura di violazione della riserva di legge penale v'è un profilo di ammissibilità che deve essere attentamente scrutinato, perché l'ordinanza di rimessione, quando ragiona della rilevanza della *quaestio*, sembra ammettere che il giudice abbia gli strumenti per riempire di contenuto le vaghissime formule impiegate dalla Corte di giustizia, mentre quando ragiona della fondatezza lo nega recisamente. In realtà, il dubbio si scioglie abbastanza agevolmente, tenendo a mente che l'ordinanza distingue nettamente e – soprattutto – esplicitamente fra ciò che conta in punto di rilevanza e ciò che conta in punto di non manifesta infondatezza, dimostrando che una cosa è ragionare dell'applicabilità *astratta* del *dictum* della sentenza della Corte di giustizia (ed è quanto conta in punto di rilevanza) e altra cosa è ragionare della sua applicabilità *concreta* (ed è quanto conta nel merito e – dunque – in punto di non manifesta infondatezza). Se nella prima prospettiva si può dire qualcosa “alla grossa”, nulla si può dire con precisione nella seconda. Ma nell'applicazione del diritto penale è la precisione che, ovviamente, conta. Chi volesse gettare acqua sul (solo temuto) incendio potrebbe lavorare su questo profilo di possibile inammissibilità, ma, come detto, compierebbe un'operazione non convincente, per le ragioni che si sono ora accennate.

3.- La vicenda *Taricco* va molto al di là dei contorni specifici che le sono propri e coinvolge questioni di primaria importanza nell'attuale discussione scientifica e nella pratica giudiziaria di questi ultimi anni.

Pensiamo al fatto che la sentenza della Corte di giustizia appare chiara espressione di quella cultura panpenalistica che sembra essersi ormai diffusamente affermata e che – invece – spaventa moltissimo, specie quando traspare nell'azione non del legislatore, bensì del giudice, che dovrebbe essere un presidio delle nostre libertà. Quando, al par. 39, si parla di sanzioni penali “*indispensabili*” ci si lancia in un apprezzamento di politica criminale che un giudice non dovrebbe mai permettersi di azzardare.

Pensiamo all'arbitrarietà della scelta del *tertium comparationis* (come si fa a scegliere il trattamento della prescrizione che, tra i vari previsti in un ordinamento nazionale, meglio dovrebbe adattarsi a certe fattispecie di reato?).

Pensiamo al rapporto fra le Corti nello spazio giuridico europeo. Alcuni, in precedenza, hanno sostenuto che, prima di giungere a una pronuncia della Corte costituzionale, sarebbe opportuno sollevare una nuova pregiudiziale eurounitaria e si è anche detto che sarebbe anche meglio che a farlo fosse la stessa Corte costituzionale, più ancora che la Corte di cassazione. E, si è detto, tutto questo andrebbe fatto allo scopo di migliorare il dialogo fra le Corti: un conflitto non dovrebbe essere aperto – ha detto il Presidente Lupo – senza che le due Corti abbiano avuto la possibilità di parlarsi. Fermi restando tutti i miei dubbi sulle virtù del dialogo fra Corti, sul quale non è possibile qui tornare in via generale, mi limito a osservare, in particolare, che la possibilità di parlarsi

le due Corti l'hanno avuta, eccome: non avrebbe potuto (dovuto!) la Corte di giustizia tenere in conto l'indirizzo della Corte costituzionale in materia di (natura giuridica della) prescrizione? E, potendolo (e dovendolo!) fare, lo ha fatto? No. Questo famoso dialogo fra le Corti è quello che intrattiene un suddito quando si rivolge al sovrano? Si dovrebbe andare alla Corte di giustizia per chiedere se, generosamente, si degna di tener conto della nostra tradizione giuridica? Oppure dovrebbe essere un dialogo almeno fra pari? E, quando sono in giuoco i principi costituzionali fondamentali la parità non dovrebbe, semmai, sbilanciarsi a favore delle Corti costituzionali (visto che la Corte di giustizia *non* è una Corte costituzionale)? Si badi: è logicamente inaccettabile che sia la Corte di giustizia a dire quale sia l'identità costituzionale dei singoli Paesi membri, perché è secondo le regole ordinamentali di quei Paesi che l'identità costituzionale va (ragionevolmente, è ovvio, e nella consapevolezza che gli ordinamenti nazionali sono oggi inseriti in un più ampio tessuto, sovranazionale e internazionale, integrato) accertata.

Nell'ordinamento integrato si entra da pari e da pari si deve restare: l'art. 11 della nostra Costituzione scolpisce questa esigenza in modo inequivocabile: è solo "*in condizioni di parità*" che si possono accettare le limitazioni di sovranità che sono necessarie per avviare e consolidare un processo di integrazione. Chi lo ricorda, e proprio chi lo ricorda, è un vero europeista, perché solo in questo modo è possibile esigere uno scatto in avanti del processo di integrazione, nella direzione di una più profonda politicità delle relazioni (non solo fra gli Stati, ma) fra i cittadini europei. Se siamo arrivati al punto più basso della vicenda europea è forse anche perché abbiamo tollerato un inaridimento della sua matrice *politica*: qualcuno si è illuso che una comunità dei cittadini europei si potesse costruire semplicemente grazie all'integrazione attraverso il diritto, ma è noto da almeno duemila anni che il diritto è *uno* (pur essenziale) degli strumenti dell'integrazione politica, ma resta inefficace se non è accompagnato da altri (e materiali) dispositivi integrativi.

4.- E' necessario, ora, concludere. Di *vulnera* ai principi costituzionali fondamentali, qui, ne vedo tanti. Non so se abbia ragione il collega Daniele nel dire che il più importante fra i principi in giuoco sia quello della irretroattività: non farei una classificazione tra principi (irretroattività, tassatività, certezza del diritto, legalità penale, etc.) tutti parimenti fondamentali. Aggiungerei, però, la necessaria attenzione per un bene della vita oggi insolitamente trascurato, quando si parla della *ratio* della prescrizione: il bene di non essere sottoposto, almeno non per un tempo indefinito, a procedimento penale. Confesso di avere una conoscenza troppo limitata della dottrina penalistica per affermarlo con netta sicurezza, ma ho l'impressione che anche nel suo seno non vi sia attenzione sufficiente per questo profilo che – invece – mi pare di primaria importanza. La sottoposizione a un procedimento penale ha conseguenze giuridiche e sociali immense, che possono determinare pregiudizi gravissimi nella carriera professionale e soprattutto politica di una persona: come si fa a pensare che la questione della prescrizione coinvolga solo l'efficienza della repressione penale e non la vita stessa delle persone? Leggere che sette anni di prescrizione sono troppo pochi per giungere alla punizione di certi reati fa rabbrivire. Non metto in dubbio che, in concreto, le cose stiano in questi termini, ma il problema non si può risolvere dimenticando che sette anni sono una parte grandissima della vita di una persona e che sette anni con la spada di Damocle di un procedimento penale sono un pregiudizio grave. E' solo sulla prescrizione che si deve operare, insomma, o anche – e forse soprattutto – su altri piani (sul diritto penale

sostanziale, su quello processuale, sulle risorse e sulla qualità del servizio-justizia e della macchina amministrativa)? Limitarsi ad agire sulla prescrizione è indubbiamente più semplice, ma a che prezzo!

In un suo recente scritto per una rivista statunitense, Pietro Faraguna sostiene che si dovrebbe togliere alle Corti, per assegnarla a soggetti istituzionali caratterizzati da una piena politicità, la determinazione dell'identità costituzionale dei singoli Paesi. Condivido la sua preoccupazione di un'eccessiva giurisdizionalizzazione di alcune questioni fondamentali e condivido l'idea di restituire alla politica (in particolare, alla rappresentanza) uno spazio decisionale (e una responsabilità...) maggiore. Tuttavia, ci sono momenti, ci sono snodi delle vicende istituzionali in cui le Corti non possono sottrarsi a questo compito, in cui l'ordinamento non può non fare assegnazione su di esse per risolvere il problema. E le Corti chiamate ad agire sono le Corti *costituzionali*, non la Corte di giustizia, che, insisto, nonostante la sua autorappresentazione e nonostante la ricostruzione di una parte della dottrina (dimentica del fatto che la Costituzione europea è stata bocciata e che qualificare "Costituzione" i Trattati significa misconoscere qualche secolo di tradizione costituzionalistica), *non* è una Corte costituzionale.