

LA CORTE DI GIUSTIZIA TRA “DIALOGO” E “MONOLOGO” NELLA “SAGA TARICCO”: SILENZI, FRAINTENDIMENTI E SURRETTIZIE APPROPRIAZIONI DI COMPETENZE PENALI DIRETTE

di Giuseppe Riccardi (*)

SOMMARIO: 1. *Taricco-bis*: una ‘tessera’ imperfetta. – 2. Vero “dialogo”, o “monologhi” camuffati? – 3. Le equazioni improprie: la “prevedibilità” sta alla “irretroattività” come la sentenza europea sta alla legge. – 4. Il principio di determinatezza nel dialogo diretto con il giudice nazionale: prove di controllo diffuso di costituzionalità? – 5. Gli effetti della *Taricco-bis*... – 5.1. ...tra pretesa armonizzazione del regime della prescrizione... – 5.2. ...e determinatezza dell’art. 325, par. 2, TFUE. – 6. L’art. 325 TFUE quale strumento di autoattribuzione di competenze penali dirette. – 7. Il invitato di pietra: la riserva di legge. – 8. I rischi di un controllo diffuso di costituzionalità e le paratie innalzate dalla Corte costituzionale: la “doppia pregiudiziale” nella sentenza n. 269 del 2017.

1. *Taricco-bis*: una ‘tessera’ imperfetta.

Con la sentenza del 5 dicembre 2017 la Corte di giustizia aggiunge una ulteriore tessera al composito mosaico disegnato nella c.d. saga *Taricco* dalle diverse pronunce che si sono susseguite; una tessera che, tuttavia, ribadisce le differenze ‘stilistiche’ dei diversi autori del mosaico, e che lascia quasi pensare che le tecniche compositive siano troppo divergenti tra loro per poter realizzare una composizione unitaria.

Nonostante sia stata accolta con un certo favore nei primi commenti dottrinali e nel dibattito innescato dalle numerose questioni in gioco¹, la sentenza M.A.S. e M.B. (da ora *Taricco bis*) sembra in realtà avere un unico, per quanto non scontato, merito: quello

(*) Il presente contributo è in corso di pubblicazione in C. Amalfitano (a cura di), *Primato del diritto dell’Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, Giuffrè. Si ringrazia il curatore per avere concesso la pubblicazione in questa Rivista.

¹ Oltre ai contributi che saranno citati nelle successive note, senza pretesa di completezza, E. LUPO, [La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro](#), in questa Rivista, fasc. 12/2017, p. 109 ss.; ID., *La sentenza Taricco-bis e i suoi effetti*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 12 gennaio 2018; F. VIGANÒ, *Legalità “nazionale” e legalità “europea” in materia penale: i difficili equilibrismi della Corte di giustizia nella sentenza M.A.S. (“Taricco II”)*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017; F. URBINATI, *L’epilogo di “Taricco bis”: la Corte di Giustizia cede all’ordinanza della Consulta*, in *Archivio penale web*, n. 3/2017; A. LONGO, *Taricco-bis: un dialogo senza comunicazione*, *ibidem*, n. 1/2018; R. BIN, *Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2 febbraio 2018; V. MARCENÒ, *La sentenza Taricco-bis. Conseguenze di una sovranità non decisa*, *ibidem*, 12 gennaio 2018; A. MASSARO, *Taricco 2 – Il ritorno (sui propri passi?). I controlimiti come questione che “spetta ai giudici nazionali”: cambiano i protagonisti, ma la saga continua*, in *Giurisprudenza penale web*, n. 12/2017.

di avere disinnescato la “bomba” dei c.d. controlimiti, eludendo² la terza questione rimessa dalla Corte costituzionale con l’ordinanza di rinvio con un “elegante *glissé*”³.

Tuttavia, ha lasciato sul campo tutti gli interrogativi ed i potenziali vettori di una “sovversione di sistema”⁴.

Per il resto, infatti, pur sterilizzando la “regola *Taricco*” per i fatti commessi fino alla prima pronuncia dell’8 settembre 2015, la Corte di Lussemburgo ha ribadito la consistenza e la vigenza della *regula iuris*, mediante disinvolve (o inconsapevoli?) interpretazioni del principio di irretroattività della legge penale, calibrato, in realtà, sul diverso concetto di *prevedibilità*, ed una implicita riaffermazione della autoattribuzione di competenze penali dirette.

2. Vero “dialogo”, o “monologhi” camuffati?

L’architettura della sentenza *Taricco bis* è piuttosto scarna, e, come di consueto, assertiva, soprattutto se confrontata con il denso e complesso apparato motivazionale dell’ordinanza della Corte costituzionale, poggiato su solidi, quanto eleganti, pilastri argomentativi.

Preliminarmente la Corte di giustizia inquadra le questioni proposte con il rinvio pregiudiziale, definito «strumento di cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali», nell’ambito di «un dialogo da giudice a giudice», nell’ambito del quale occorre prendere in considerazione «il contesto materiale e normativo [...], quale definito dalla decisione di rinvio»⁵.

E tale declamazione del “dialogo” è funzionale, nell’argomentazione della Corte UE, per percorrere indenne il «labile confine tra *distinguishing* e *overruling*»⁶, ed affermare che gli interrogativi posti dalla Consulta in riferimento al principio di legalità «non erano stati portati a conoscenza della Corte nella causa all’origine della sentenza *Taricco*»⁷; in

² F. VIGANÒ, *Legalità “nazionale” e legalità “europea”*, cit., sottolinea come «la vicenda *Taricco* mostra, una volta di più, quanto le Corti sappiano accortamente evitare di confrontarsi con le questioni di principio quando la posta in gioco è molto alta sul piano politico» (par. 6, p. 24 del dattiloscritto).

³ R. BIN, *Taricco Tango*, cit., p. 1. L’immagine del Tango, quale metafora del supposto “dialogo” tra la Corte di giustizia e la Corte costituzionale, era già stata evocata in G. RICCARDI, “Patti chiari, amicizia lunga”. *La Corte costituzionale tenta il ‘dialogo’ nel caso Taricco, esibendo l’arma dei controlimiti*, in A. BERNARDI – C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017, p. 355 ss., spec. p. 378, dove, metaforicamente, si ammoniva sul rischio che una danza, fondata su una serie di rigorosi codici condivisi, potesse determinare una rovinosa caduta in caso di inosservanza degli stessi.

⁴ V. MANES, [La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti](#), in *questa Rivista*, 6 maggio 2016.

⁵ Corte giust., 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, ECLI:EU:C:2017:564, punti 22, 23 e 24. Secondo C. CUPELLI, [Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l’attesa sentenza della Corte di Giustizia, in Diritto penale contemporaneo](#), in *questa Rivista*, fasc. 12/2017, p. 177 ss, il passaggio – apparentemente ridondante – è funzionale a un meccanismo di “discolpa preventivo”.

⁶ P. FARAGUNA, *Frodi sull’Iva e il caso Taricco: la Corte di Giustizia fa marcia indietro*, in *Lacostituzione.info*, 6 dicembre 2017, p. 2.

⁷ Corte giust., 5 dicembre 2017, causa C-42/17, cit., punto 28.

tal modo quasi “scaricando” sul G.u.p. di Cuneo (che aveva operato l’originario rinvio pregiudiziale) la responsabilità di non avere preso in considerazione l’impatto della *regula iuris* affermata con i principi costituzionali dell’ordinamento italiano.

In realtà, come è noto, la prima ordinanza di rinvio pregiudiziale aveva proposto ben altri parametri di verifica della compatibilità eurounitaria, mentre l’art. 325 TFUE era stato individuato, quale base legale di quella che sarebbe divenuta la regola *Taricco*, dall’avvocato generale Kokott, nella riformulazione dei quesiti posti alla Corte di Lussemburgo⁸.

Peraltro, nella sentenza *Taricco* la Corte di giustizia espressamente si interrogava sulla compatibilità della *regula iuris* affermata con il principio di legalità dei reati e delle pene e con la natura della prescrizione⁹.

Ad ogni modo, premesso l’ormai rituale e quasi taumaturgico richiamo al dialogo, la Corte UE, nella sentenza del 5 dicembre 2017, rammentando il compito degli Stati membri di «garantire una riscossione effettiva» delle risorse proprie dell’Unione (punto 32) – come se la riscossione dipendesse dal sistema penale, e non già dal sistema amministrativo –, ribadisce innanzitutto la portata precettiva dell’art. 325 TFUE, che «pone a carico degli Stati membri obblighi di risultato precisi» (punto 38).

A differenza della prima pronuncia, tuttavia, il destinatario prioritario viene individuato nel «legislatore nazionale», al quale «spetta, in prima battuta, [...] stabilire norme sulla prescrizione che consentano di ottemperare agli obblighi derivanti dall’articolo 325 TFUE», garantendo che «il regime nazionale di prescrizione in materia penale non conduca all’impunità in un numero considerevole di casi di frode grave in materia di IVA» (punto 41).

E, tuttavia, l’obbligo di disapplicazione «spetta» anche, evidentemente nelle more di un intervento legislativo adeguato, «ai giudici nazionali competenti a dare piena efficacia agli obblighi derivanti dall’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE» (punto 39), «a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell’insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell’applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato» (punto 62).

⁸ Sul punto, per una sintesi, F. VIGANÒ, [Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di Iva? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia](#), in *questa Rivista*, 14 settembre 2015, p. 2 ss.

⁹ Corte giust., 8 settembre 2015, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555, punti 53-57. Condivisibilmente M. NISTICÒ, *Taricco II: il passo indietro della Corte di Giustizia e le prospettive del supposto dialogo tra le Corti*, in *Osservatorio AIC*, 1/2018, p. 3, ritiene inverosimile che «ad un giudice tecnicamente preparato come la Corte di Lussemburgo» potesse «sfuggire, già nel 2015 e quand’anche nessuno la avesse evocata in giudizio, una questione tanto scottante come quella dei rapporti complessi (per usare un eufemismo) tra disapplicazione *in malam partem* e legalità penale». Sul punto, peraltro, G. CIVELLO, *La sentenza “Taricco-bis” della Corte di Giustizia U.E.: verso una legalità senza legge?*, in *Arch. pen.*, 3/2017, p. 14 s., richiamando le difficoltà espresse pubblicamente da un componente della Corte di Lussemburgo in ragione della composizione eterogenea della Curia europea (numerosi membri della quale non hanno alcuna formazione giuridica), sottolinea il «progressivo offuscamento della cifra rigorosamente tecnico-giuridica dell’ordinamento legale» e la «infiltrazione, nel sistema giudiziario *in actu*, di disordinate istanze di matrice latamente sociologica o, nella migliore delle ipotesi, politico-criminale».

Ebbene, la riaffermazione della regola *Taricco*, espressione della *primauté*, viene dunque temperata dalla clausola di riserva prevista nei casi di violazione dei princîpi di irretroattività e di determinatezza.

Al riguardo, infatti, la Corte europea, nell'intento di evitare lo scontro, raccoglie il suggerimento della Corte costituzionale italiana¹⁰, e percorre il *commodus discessus* indicatole, sostenendo di avere già affermato, nella prima sentenza *Taricco*, la necessità che «i giudici nazionali competenti, quando devono decidere, nei procedimenti pendenti, di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione, sono tenuti ad assicurarsi che i diritti fondamentali delle persone accusate di aver commesso un reato siano rispettati» (punto 46, che richiama espressamente il punto 53 della sentenza *Taricco*).

A questo punto la Corte, nel sottolineare «l'importanza [...] che riveste il principio di legalità dei reati e delle pene, nei suoi requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile» (punto 51), individua nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (punto 52) e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (punto 53) – e dunque nell'art. 6, par. 3, TUE, e non nell'art. 4, par. 2, TUE, pure invocato dalla Corte costituzionale – la “copertura” eurounitaria del principio di legalità, così attraendolo nella dimensione europea.

E le declinazioni del principio di legalità, secondo la Corte, concernono: (a) la necessità che le disposizioni penali rispettino determinati «requisiti di *accessibilità* e di *prevedibilità* per quanto riguarda tanto la definizione del reato quanto la determinazione della pena» (punto 55); (b) «il requisito della *determinatezza* della legge applicabile», che «implica che la legge definisca in modo chiaro i reati e le pene che li reprimono» (punto 56); (c) «il principio di *irretroattività* della legge penale» (punto 57).

Tanto premesso, la Corte di giustizia conclude affermando che, poiché i requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività si applicano, nell'ordinamento giuridico italiano, anche al regime di prescrizione relativo ai reati in materia di IVA (punto 58), spetterà al giudice nazionale verificare se l'obbligo di disapplicazione enucleato dalla sentenza *Taricco* «conduca ad una situazione di incertezza nell'ordinamento giuridico italiano quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile, incertezza che contrasterebbe con il principio di determinatezza della legge applicabile» (punto 59).

Il principio di irretroattività, invece, impedirà la disapplicazione nei confronti delle «persone accusate di aver commesso reati in materia di IVA *prima della pronuncia della sentenza Taricco*», cui potrebbero altrimenti essere inflitte «sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggite se le suddette disposizioni fossero state applicate» (punto 60, corsivo aggiunto).

In tali casi, dunque, il giudice nazionale non sarebbe tenuto a conformarsi all'obbligo di disapplicazione enunciato con la sentenza *Taricco*.

¹⁰ Corte cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, punto 7, laddove, richiamando appunto i punti 53 e 55 della sentenza *Taricco*, affermava: «il convincimento di questa Corte, del quale si chiede conferma alla Corte di giustizia, è che con tali asserzioni si sia inteso affermare che la regola tratta dall'art. 325 del TFUE è applicabile solo se è compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro, e che spetta alle competenti autorità di quello Stato farsi carico di una siffatta valutazione».

E l'effetto "preclusivo" sancito per il futuro dalla sentenza *Taricco bis*, naturalmente, si atteggerà in un effetto "demolitorio" per il passato, per le sentenze di condanna già pronunciate in applicazione dei princîpi affermati dalla prima sentenza *Taricco*, in relazione a fatti commessi prima dell'8 settembre 2015¹¹.

3. Le equazioni improprie: la "prevedibilità" sta alla "irretroattività" come la sentenza europea sta alla legge.

La decisione della Corte di giustizia evita, dunque, la deflagrazione della "bomba"¹², rappresentata dai controlimiti, affermando la prevalenza dei princîpi di irretroattività e determinatezza sulla regola *Taricco*.

Tuttavia, è la concreta delimitazione dei princîpi operata dalla Corte europea che non dissolve tutti i dubbi interpretativi ed applicativi e suscita preoccupazioni per la tenuta costituzionale del sistema penale italiano.

Con particolare riferimento al principio di irretroattività, invero, va innanzitutto evidenziato che la sentenza *Taricco* aveva già operato uno scrutinio dell'obbligo di disapplicazione con l'art. 49 Carta, sostenendo che «la disapplicazione delle disposizioni nazionali di cui trattasi avrebbe soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale pendente, di consentire un effettivo perseguimento dei fatti incriminati» (punto 55). Adottando quale parametro di riferimento l'art. 49 Carta¹³, 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 aveva 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, doveva ritenersi compatibile con l'art. 7 CEDU, che si limita a garantire che il soggetto non sia

¹¹ F. VIGANÒ, *Legalità "nazionale" e legalità "europea"*, cit., p. 15 del dattiloscritto. Al riguardo, dalla notizia di decisione diramata, risulta che la Corte di cassazione, sez. IV, all'udienza del 20 marzo 2018, nel procedimento Pennacchini, abbia negato la legittimità della disapplicazione delle norme nazionali sulla prescrizione operata sulla base della sentenza *Taricco*, escludendo, altresì, la formazione del giudicato sull'affermazione di responsabilità; giova rammentare che la sentenza *Pennacchini* (sez. III, n. 2210 del 17 settembre 2015 - dep. 20 gennaio 2016, rv. 266121) fu la prima decisione adottata dalla Corte di Cassazione quasi all'indomani della sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015, con la quale, in ossequio alla regola europea, veniva disposto un annullamento con rinvio alla Corte di appello, sul presupposto che i reati non fossero ancora estinti per prescrizione; la decisione del 20 marzo 2018, della sez. IV, concerne, appunto, il ricorso proposto avverso la sentenza emessa dalla Corte di appello in sede di rinvio, che aveva, evidentemente, applicato la regola *Taricco*, con conseguente prolungamento dei termini di prescrizione.

¹² M. BASSINI – O. POLLICINO, [Defusing the Taricco Bomb through Fostering Constitutional Tolerance: All Roads Lead to Rome](#), in *questa Rivista*, 11 dicembre 2017.

¹³ «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».

punito per un «fatto» o con una «pena» non previsti dalla legge al momento della sua commissione (punto 57).

Con la sentenza *Taricco bis*, la Corte di giustizia, come si è già evidenziato, ha affermato che «il principio di irretroattività della legge penale osta in particolare a che un giudice possa, nel corso di un procedimento penale, sanzionare penalmente una condotta non vietata da una *norma nazionale* adottata prima della commissione del reato addebitato, ovvero aggravare il regime di responsabilità penale di coloro che sono oggetto di un procedimento siffatto» (punto 57, corsivo aggiunto).

La declamazione del principio è alta, la sua applicazione molto meno.

Nonostante l'irretroattività sia stata, infatti, riferita alla vigenza di una «norma nazionale», nondimeno la Corte di Lussemburgo ha in realtà applicato il principio del limite temporale della norma penale individuando la stessa sentenza *Taricco* come *dies a quo* per la “vigenza” (la terminologia, del tutto inedita per una decisione giurisdizionale, è un indice eloquente del fenomeno di metamorfosi della legalità penale) dell'obbligo di disapplicazione.

Ebbene, se, sotto un primo profilo, la decisione lascerà residuare problemi applicativi per i fatti commessi dopo l'8 settembre 2015 (e, come si dirà, dopo il 5 luglio 2017, data di emanazione della direttiva 2017/1371 che, secondo la Corte, avrebbe armonizzato il regime della prescrizione), sotto altro profilo, va evidenziato che l'opzione interpretativa rinnega il fondamento stesso del principio di irretroattività, che è indissolubilmente legato alla *legge*.

In altri termini, la Corte di giustizia si autoriconosce un ruolo di *giurisprudenza-fonte*, collegando l'operatività del principio di irretroattività alla *sentenza*, e non più alla *norma*, ed attribuendo una natura costitutiva, e non meramente cognitiva, alle proprie decisioni, anche in materia penale.

Ciò che comporta una vistosa attribuzione di competenze penali dirette, che, in un sistema costituzionale (ancora) presidiato dal principio di riserva di legge assoluta in materia penale, infligge un evidente *vulnus* al tessuto costituzionale.

In realtà, oltre ad avere completamente ignorato il corollario della riserva di legge – che, in verità, non era stato sottoposto dalla Corte costituzionale nell'ordinanza di rinvio –, la Corte europea declina l'irretroattività non già nei termini di un limite *oggettivo* di efficacia temporale della *legge* penale, bensì nei termini di mera *prevedibilità soggettiva* della *norma* penale (di fonte anche giurisprudenziale); sicché la solenne affermazione del principio di irretroattività (punto 57) viene, in realtà, ridimensionata, immediatamente dopo (punto 60), ad una mera *prevedibilità soggettiva* dell'applicabilità di una norma, ad una *fairness*, intesa come affidamento a che le regole non vengano cambiate in corsa¹⁴.

Anche perché, se la “base legale” dell'obbligo di disapplicazione *in malam partem* è stata individuata dalla Corte di Lussemburgo nell'art. 325 TFUE, coerenza avrebbe imposto che la “norma europea” fosse in realtà già vigente dall'adozione del trattato, e

¹⁴ Sulla dimensione della *fairness* come ragionevole prevedibilità, C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia. Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)*, in A. BERNARDI – C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti*, cit., p. 448.

che la sentenza *Taricco* ne avesse soltanto “dichiarato” l’esistenza; con conseguente irrilevanza di qualsivoglia problema di applicazione retroattiva¹⁵.

Al contrario, va ribadito che la sentenza *Taricco* non può essere assunta, nell’ordinamento nazionale, alla stregua di una *legge processuale* o *sostanziale*, la cui “entrata in vigore” segna il limite temporale di applicazione¹⁶, a ciò ostando il principio di legalità in materia penale, nella duplice dimensione della riserva di legge e della irretroattività (nella più ampia declinazione costituzionale, scandita sul rapporto tra *fatto-reato* e *legge*, e non in quella eurounitaria).

4. Il principio di determinatezza nel dialogo diretto con il giudice nazionale: prove di controllo diffuso di costituzionalità?

L’affermazione del principio di determinatezza, quale ostacolo alla “vigenza” dell’obbligo di disapplicazione enucleato dalla sentenza *Taricco*, appare di particolare rilievo, non soltanto perché, a quanto consta, è la prima volta che la giurisprudenza europea ne fa un espresso riconoscimento, ma anche perché viene riferita alla “legge”, e, solo con ruolo ausiliario, all’interpretazione: «tale condizione è soddisfatta quando il singolo può conoscere, *in base al testo della disposizione rilevante* e, se del caso, con l’aiuto dell’interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici, gli atti e le omissioni che chiamano in causa la sua responsabilità penale»¹⁷.

Dopo l’ordinanza di rinvio della Corte costituzionale, l’interrogativo si era infatti posto nel senso che, se la determinatezza fosse stata intesa come mera ‘determinabilità’, sarebbe stato sufficiente, alla Corte di giustizia, integrare i requisiti ed i presupposti della *regula iuris* posta con la sentenza *Taricco*, magari “tassativizzandola” mediante precisazione dei requisiti della gravità delle frodi e del numero considerevole di frodi gravi; in tal senso, l’oggetto della determinatezza sarebbe stata la *regula iuris*, come formulata (e, in ipotesi, integrata) dalla Corte di giustizia.

Se, al contrario, l’oggetto della verifica del rispetto del principio di determinatezza non fosse stata la *regula iuris* affermata dalla sentenza della Corte UE, bensì la *disposizione* (*recte*, la *norma*), nella declinazione che era stata assunta dalla Corte costituzionale, con conseguente valorizzazione della funzione storica di garanzia tradizionalmente assegnata alla determinatezza, quale corollario della separazione dei poteri e quale

¹⁵ Come coerentemente affermato dalla prima decisione della Corte di cassazione (sez. III, n. 2210/2015, *Pennacchini*) dopo la sentenza *Taricco*, che si era conformata all’obbligo di disapplicazione *in malam partem* enucleato dalla Corte di giustizia.

¹⁶ Sul punto, sia consentito rinviare a G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte eurounitaria tra limiti di attribuzione ‘internazionale’ e controlimiti ‘costituzionali’*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 877 ss. (già in Atti del Convegno di studi “*Aspettando la Corte Costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*”, in *Rivista AIC*, 11 novembre 2016, p. 10 ss.).

¹⁷ Corte giust., 5 dicembre 2017, causa C-42/17, cit., punto 56.

presupposto di conoscibilità della “legge” in funzione di libertà¹⁸, nonché quale precipitato del principio di riserva di legge, la valutazione della Corte di giustizia avrebbe dovuto riguardare la determinatezza dell'*enunciato normativo*¹⁹, l'esaustività precettiva della descrizione legale.

Ebbene, la declinazione della determinatezza operata dalla Corte di giustizia appare, sorprendentemente, ampia, in quanto riferita non già alla *regula iuris* affermata dalla sentenza *Taricco*, ma all'*enunciato normativo*, seppur con una (non meglio precisata nell'estensione) apertura all'ausilio dell'interpretazione.

Il futuro rivelerà se si tratti di sterile enunciazione di principio, o di affermazione capace di “fertilizzare” anche la giurisprudenza europea.

Sul punto, peraltro, la Corte di giustizia rimette «al giudice nazionale» il compito di verificare il rispetto del canone della determinatezza da parte della regola *Taricco* (punto 59).

Eppure, la Consulta era stata molto netta nell'affermare che la Corte di giustizia ha il compito di definire il campo di applicazione del diritto dell'Unione, ma che la valutazione in ordine al rispetto dell'*identità costituzionale*, alla compatibilità del diritto eurounitario (come interpretato dalla Corte UE) con i principi supremi e i diritti inalienabili garantiti dall'ordinamento nazionale compete esclusivamente alla Corte costituzionale, ed aveva già escluso la possibilità di «definire in via interpretativa con la necessaria determinatezza il requisito del numero considerevole dei casi»²⁰, rinnegando l'idea stessa di un “giudice di scopo”.

Una rivendicazione che sembrava ormai ineludibile, perché la Corte di giustizia, innescando il meccanismo del ‘dialogo diretto’ con i giudici comuni, aveva già tentato di dissolvere il controllo accentrato di costituzionalità, così come delineato (anche) nel nostro ordinamento costituzionale.

Nell'affidare al giudice comune il compito di disapplicare direttamente la disciplina nazionale, allorquando contrastante con gli scopi e gli interessi europei, la Corte di Lussemburgo, con la regola *Taricco*, non faceva altro che spostare il baricentro da un controllo accentrato (sulla legittimità costituzionale) ad un *controllo diffuso* sull'*adeguatezza politico-criminale* della legge – profilo comunque estraneo alla competenza della Consulta²¹, essendo prerogativa esclusiva del legislatore –, rimesso al giudice comune.

Con la sentenza *Taricco bis*, demandando lo scrutinio di compatibilità della *regula iuris* con il principio di determinatezza al “giudice nazionale” competente a disapplicare le norme in tema di prescrizione, la Corte di giustizia non soltanto elude il confronto con

¹⁸ In tema, per tutti, F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Milano, 1979, *passim* (spec. p. 138 ss., 163 ss.); S. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, *passim*.

¹⁹ F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 319 ss.

²⁰ Corte cost., ordinanza n. 24/2017, punto 5.

²¹ Sui limiti del controllo di legittimità sui presupposti fattuali delle scelte di criminalizzazione o di risposta al reato, per tutti, D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1004 ss.

la Corte costituzionale, ma, al tempo stesso, continua ad intessere quel “dialogo” diretto con i giudici nazionali, già ingaggiati dalla prima sentenza *Taricco* per la “lotta” contro le frodi che ledono gli interessi finanziari europei, loro demandando un *controllo diffuso di costituzionalità* sulla determinatezza della *regula iuris* che, evidentemente, non è ammissibile nel nostro ordinamento costituzionale.

5. Gli effetti della *Taricco-bis*...

Gli effetti della sentenza *Taricco bis* dovrebbero coincidere con una sostanziale sterilizzazione dell’obbligo di disapplicazione *in malam partem* affermato dalla sentenza *Taricco*.

Invero, se per i fatti commessi prima dell’8 settembre 2015 la stessa Corte di giustizia ha escluso l’applicabilità della regola *Taricco*, perché consentirebbe di infliggere sanzioni sulla base di una ‘norma’ (di fonte giurisprudenziale) non ancora “conoscibile”, per i fatti commessi successivamente alla sentenza *Taricco* l’ostacolo al rispetto dell’obbligo di disapplicazione delle norme sulla interruzione della prescrizione, con il conseguente prolungamento dei relativi termini, sarebbe rappresentato dall’impossibilità di colmare ermeneuticamente i requisiti indeterminati della “gravità” delle frodi e, soprattutto, del “numero considerevole di casi di frode grave”, secondo quanto esplicitamente affermato dalla Corte costituzionale nell’ordinanza 24 del 2017.

Sul punto, tuttavia, non si può mancare di evidenziare che l’ordinanza della Consulta, pur dotata di riconosciuta efficacia persuasiva, per la densità delle argomentazioni poste a fondamento, è formalmente priva di quell’efficacia *erga omnes* derivante soltanto dalla declaratoria di illegittimità costituzionale.

In ogni caso, la “tenuta” della regola *Taricco* per il futuro sarebbe comunque condizionata ad un’ulteriore verifica, in merito alla ineffettività generalizzata, della disciplina della prescrizione, che, rispetto ai fatti oggetto del giudizio europeo, è stata modificata non soltanto dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, che ha elevato i termini di prescrizione per i reati tributari di un terzo, ma, altresì, dalla recente legge 23 giugno 2017, n. 103, che ha esteso i periodi di sospensione del corso della prescrizione.

5.1. ...tra pretesa armonizzazione del regime della prescrizione...

Va, inoltre, sottolineato un passaggio della sentenza *Taricco bis* che potrebbe ingenerare ulteriori problemi applicativi.

La Corte di Lussemburgo, infatti, nel prendere atto che, nell’ordinamento italiano, la prescrizione ha natura sostanziale, e che, pertanto, rientra nel prisma del principio di legalità, ha cura di precisare che il settore della tutela degli interessi finanziari dell’Unione attraverso la previsione di sanzioni penali rientra nella competenza concorrente dell’Unione e degli Stati membri (punto 43), e che, di recente, «il regime della prescrizione applicabile ai reati in materia di IVA» è stato oggetto di

“armonizzazione”, mediante adozione della direttiva 2017/1371 del 5 luglio 2017 (punto 44).

In conseguenza di tale armonizzazione, dunque, l'Italia non sarebbe più libera di prevedere che il regime della prescrizione ricada nel diritto penale sostanziale.

In altri termini, l'armonizzazione comporterebbe che il regime della prescrizione, per i fatti commessi dopo il 5 luglio 2017 (e pur in attesa dell'adeguamento interno), debba ritenersi attratto nell'ambito di applicazione del diritto eurounitario; e, secondo quanto affermato dalla sentenza *Taricco*, per l'ordinamento sovranazionale la prescrizione ha natura processuale, non sostanziale, sicché non rientra nell'ambito di operatività delle garanzie riconosciute dal principio di legalità²².

La conclusione, tuttavia, appare, a nostro avviso, affrettata.

Infatti, oggetto di armonizzazione, disposta sulla base dell'art. 83, par. 2, TFUE è la previsione di «norme minime riguardo alla definizione di reati e sanzioni in materia di lotta contro la frode e altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione» (art. 1 direttiva 2017/1371), e non l'istituto della prescrizione in sé.

Né, del resto, potrebbe ipotizzarsi una duplice natura della prescrizione, sostanziale per l'intero sistema penale, e processuale per i soli reati di frode contro gli interessi finanziari dell'Unione, in quanto ciò integrerebbe una evidente compromissione del principio di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.

Inoltre, va osservato che la direttiva invocata dalla Corte di giustizia come base dell'armonizzazione (anche) del regime della prescrizione prevede un termine di cinque anni (art. 12, par. 2), ben inferiore a quello complessivamente previsto dall'ordinamento italiano.

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

E la disposizione che prevede i termini di prescrizione per i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione²³ non appare, nella sua conformazione normativa (e a prescindere dal non ancora avvenuto adeguamento interno), chiaramente fondante un regime *processuale* della prescrizione; la norma europea, infatti, appare del tutto agnostica sul profilo della natura giuridica, non prende in considerazione l'oggetto

²² È questa la ragione per cui R. BIN, *Taricco Tango*, cit., p. 2 s., sul presupposto che i giudici di merito potrebbero nuovamente essere investiti del problema della disapplicazione delle norme sulla prescrizione per i fatti commessi dopo la sentenza *Taricco* e dopo l'emanazione della direttiva UE, sostiene che la Corte costituzionale dovrebbe, anziché emettere una ovvia sentenza di rigetto, sollevare dinanzi a se stessa la questione di legittimità costituzionale delle due norme del codice penale, «nella parte in cui» si applicano anche ai reati finanziari di interesse dell'UE.

²³ Art. 12: «1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie a prevedere un termine di prescrizione che consenta di condurre le indagini, esercitare l'azione penale, svolgere il processo e prendere la decisione giudiziaria in merito ai reati di cui agli articoli 3, 4 e 5 entro un congruo lasso di tempo successivamente alla commissione di tali reati, al fine di contrastare tali reati efficacemente. 2. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per permettere che le indagini, l'azione penale, il processo e la decisione giudiziaria per i reati di cui agli articoli 3, 4 e 5 punibili con una pena massima di almeno quattro anni di reclusione, possano intervenire per un periodo di almeno cinque anni dal momento in cui il reato è stato commesso».

dell'estinzione (il reato o il procedimento penale), e non prevede cause di sospensione coincidenti con l'esercizio dell'azione penale, e tali da attribuire rilevanza ad un momento processuale, che potrebbe fondare la natura processuale della prescrizione, e, di conseguenza, l'applicazione del principio *tempus regit actum*.

In ogni caso, giova rammentare che la Corte costituzionale, a differenza delle precedenti pronunce, nelle quali veniva affermata la natura sostanziale della prescrizione «nell'attuale configurazione», con l'ordinanza n. 24 del 2017 ha attratto definitivamente la prescrizione, in quanto «istituto che incide sulla punibilità della persona»²⁴, nell'area del principio di legalità, sottoponendola al connesso regime di garanzia, e affrancandola da eventuali differenti qualificazioni normative in senso processuale²⁵.

In altri termini, se pure la prescrizione dovesse essere oggetto di una riforma (generale o, secondo gli auspici della Corte di giustizia, settoriale) che la connotasse in termini processuali, ad esempio mediante qualificazione come causa di estinzione del procedimento (e non del reato) e/o previsione di una sospensione dei termini in coincidenza con l'esercizio dell'azione penale, la sottoposizione al principio di legalità escluderebbe l'applicabilità del regime processuale del *tempus regit actum*, fondando, al contrario, l'irretroattività del regime di "punibilità" più sfavorevole.

5.2. ...e determinatezza dell'art. 325, par. 2, TFUE...

L'altro profilo che potrebbe suscitare degli interrogativi riguarda l'estensione del principio di determinatezza, come riconosciuto dalla Corte di giustizia, anche all'art. 325, par. 2, TFUE.

Secondo una autorevole dottrina, infatti, la sentenza *Taricco bis*, nel punto 59 dedicato alla determinatezza della norma penale, poiché non menziona anche il principio di assimilazione, si riferirebbe soltanto al par. 1 dell'art. 325 TFUE²⁶.

Sicché l'applicazione del par. 2 dell'art. 325, fondante, come noto, la seconda "fattispecie penale" enucleata dalla sentenza *Taricco*, non sarebbe suscettibile di determinare una violazione del principio di determinatezza, per l'assenza di elementi di discrezionalità: «l'effetto del primato del diritto europeo consiste nel semplice passaggio di determinati reati lesivi degli interessi dell'Unione dall'una all'altra delle due discipline previste dalla legge nazionale in tema di effetti interruttivi della prescrizione»²⁷; ciò comporterebbe, dunque, limitatamente ai fatti commessi successivamente all'8 settembre 2015, «l'assoggettamento della associazione per

²⁴ Corte cost., ordinanza n. 24/2107, punto 4.

²⁵ Per un'utile panoramica, F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003; S. SILVANI, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna, 2009; sia, altresì, consentito rinviare a G. RICCARDI, *La riforma della recidiva e della prescrizione tra ossimori politico-criminali e schizofrenie legislative*, in *Ind. pen.*, 2007, p. 509 ss.

²⁶ E. LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis*, cit., p. 6 ss.

²⁷ *Ibidem*, p. 8.

delinquere allo scopo di commettere delitti in materia IVA alla disciplina della prescrizione prevista per i reati di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3 -*quater*, c.p.p.», analogamente a quanto previsto per il reato associativo in materia di accise sui prodotti del tabacco previsto dall'art. 291 *quater* del d.P.R. n. 43 del 1973.

La tesi non appare, tuttavia, pienamente appagante.

È vero che il punto 59 della sentenza *Taricco bis*, secondo cui «spetta al giudice nazionale verificare se la condizione richiesta al punto 58 della sentenza *Taricco*, secondo cui le disposizioni del codice penale in questione impediscono di infliggere sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, conduca ad una situazione di incertezza nell'ordinamento italiano quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile», sembra riferire lo scrutinio di compatibilità con il principio di determinatezza soltanto alla ipotesi di ineffettività «in un numero considerevole di casi».

Tuttavia, sia il successivo punto 62, sia, soprattutto, il dispositivo della sentenza, nel ribadire la regola *Taricco*, e nell'esentare dall'obbligo di disapplicazione le ipotesi di insufficiente determinatezza e di applicazione retroattiva, si riferiscono espressamente all'intero art. 325, parr. 1 e 2, TFUE.

Peraltro, va altresì considerato che la sentenza *Taricco*, nel punto 48, in cui ha enucleato la seconda fattispecie della *regula iuris* affermata, aveva individuato un obbligo di disapplicazione "condizionato": «il giudice nazionale dovrà verificare se le disposizioni nazionali di cui trattasi si applichino ai casi di frode in materia di IVA allo stesso modo che ai casi di frode lesivi dei soli interessi finanziari della Repubblica italiana, come richiesto dall'articolo 325, paragrafo 2, TFUE. [...] Orbene, come osservato dalla Commissione europea nell'udienza dinanzi alla Corte, e *con riserva di verifica da parte del giudice nazionale*, il diritto nazionale non prevede, in particolare, alcun termine assoluto di prescrizione per quel che riguarda il reato di associazione allo scopo di commettere delitti in materia di accise sui prodotti del tabacco» (corsivo aggiunto).

In altri termini, l'obbligo di disapplicazione in caso di reato associativo finalizzato alle frodi contro gli interessi finanziari dell'Unione sarebbe comunque subordinato ad una verifica della omogeneità delle violazioni spettante comunque al giudice nazionale.

Al riguardo, tuttavia, l'individuazione della fattispecie di cui all'art. 291 *quater* d.P.R. 43/1973, quale parametro dell'ineffettività di una corrispondente fattispecie associativa finalizzata alle frodi contro gli interessi finanziari dell'Unione, è stata una vera e propria mossa da illusionista, il classico coniglio dal cilindro.

La scelta della Corte di giustizia, nella sentenza *Taricco*, è stata del tutto arbitraria, priva di reali agganci normativi, e dunque politica, in quanto la norma-parametro concerne le accise sui tabacchi lavorati esteri, tributi indiretti concernenti una specifica categoria di prodotti (i tabacchi, appunto) e applicati sulla quantità, anziché sul prezzo; una norma settoriale, non generale, e perciò insuscettibile di qualsivoglia applicazione analogica, che, comunque, in un'operazione ermeneutica di tipo formale, richiederebbe l'esistenza di una lacuna (nella specie, inesistente).

In realtà, l'opzione della Curia europea non è un'operazione ermeneutica, fondata su dati normativi, ma una scelta "politica", in quanto del tutto estranea al tessuto normativo, nazionale ed eurounitario.

A rivelare la natura politica della scelta, del resto, milita la considerazione che, essendo proprio l'IVA un'imposta destinata in prevalenza allo Stato nazionale, e solo in minima percentuale alle risorse dell'Unione, il parametro più omogeneo, nel ragionamento della Corte di giustizia, sarebbe stato proprio il reato associativo finalizzato alla commissione di frodi IVA; o anche di altri tributi erariali rientranti nelle fattispecie incriminatrici previste dal d.lgs. 74 del 2000, per le quali i termini di prescrizione sono identici a quelli oggetto di vaglio europeo.

Ne consegue che il giudice nazionale, dinanzi all'obbligo di disapplicazione enunciato per i casi di reato associativo finalizzato alla commissione di frodi ai danni degli interessi finanziari dell'Unione, non potrà esimersi da una "verifica" – demandatagli dalla stessa sentenza *Taricco* – della omogeneità della fattispecie associativa prevista dall'art. 291 *quater* d.P.R. 43/1973.

Va, inoltre, osservato che, sterilizzata la regola *Taricco* derivante dall'art. 325, par. 1, TFUE, concernente le operazioni fraudolente, la regola derivante, nell'assunto della Corte di giustizia, dall'art. 325, par. 2, concernerebbe soltanto il reato associativo di cui all'art. 416 c.p., e non, altresì, i reati-fine (le "operazioni fraudolente"); e, di per sé, la fattispecie associativa non è posta a tutela degli interessi finanziari, tanto meno dell'Unione europea.

Tutto ciò senza considerare il problema di fondo, immanente all'intera saga *Taricco*, della provenienza giurisprudenziale della "norma" europea, che, anche per la regola desunta dall'art. 325, par. 2, TFUE, rinvia un ostacolo insormontabile nel principio di riserva di legge assoluta in materia penale.

Non si condivide, infatti, l'idea che, in fin dei conti, la norma applicabile, all'esito della disapplicazione degli artt. 160, u.c., e 161 c.p., sarebbe comunque una norma del medesimo codice penale²⁸.

La provenienza nazionale della norma applicabile in caso di disapplicazione non potrebbe, infatti, obliterare la violazione del principio di riserva di legge, poiché sarebbe comunque la Corte di giustizia, al di fuori delle attribuzioni e delle competenze ad essa spettanti, ad individuare la disposizione, prevista per altre ipotesi, da applicare nella fattispecie; ritenere che la riserva di legge sia preservata dalla circostanza che anche la norma sul "prolungamento" dei termini di prescrizione sia prevista dal codice penale²⁹

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ In tal senso, già M. GAMBARDELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1468; ID., *Il "Caso Taricco": obblighi di disapplicazione in malam partem e compatibilità con i principi costituzionali della riserva di legge e di irretroattività*, in *Atti del Convegno di studi "Aspettando la Corte Costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo"*, in *Rivista AIC*, 11 novembre 2016, p. 57; in senso analogo anche E. LUPO, [La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2016, p. 217 ss., 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».

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 (o nel reato associativo finalizzato alla commissioni di frodi "comunitarie") sarebbe disciplinata da una differente conseguenza giuridica – la disciplina sull'interruzione dettata per i reati c.d. di criminalità organizzata –, prevista per una diversa fattispecie ipotetica; e ciò sulla base della sentenza della Corte di Lussemburgo.

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

6. L'art. 325 TFUE quale strumento di autoattribuzione di competenze penali dirette.

Nonostante la Corte di giustizia abbia sostanzialmente fatto una 'marcia indietro' sull'applicabilità immediata e diretta degli obblighi di disapplicazione *in malam partem* affermato con la sentenza *Taricco*, in tal modo evitando la deflagrazione del conflitto sui controlimiti, nondimeno ha lasciato sul campo uno "strumento normativo" capace di alterare il sistema, nazionale ed europeo, delle fonti del diritto penale, e gli stessi equilibri tra gli Stati membri e l'Unione europea.

Va certo riconosciuta la difficoltà della Corte di giustizia di rinnegare un proprio precedente, peraltro deciso nella composizione più autorevole della Grande Sezione; ed infatti il "passo indietro" è stato compiuto, come si è già evidenziato, sulla base di fragili equilibrismi argomentativi, di dubbia consistenza.

Tuttavia, la Corte di Lussemburgo, oltre a reiterare il proprio ruolo, autoattributosi, di *giurisprudenza-fonte*, come si è visto a proposito dell'irretroattività della regola *Taricco*³⁰, ha ribadito la consistenza e la "vigenza" della *regula iuris* affermata con la prima sentenza del 2015, confermando la "base legale" nell'art. 325 TFUE.

Sebbene la recente sentenza abbia sterilizzato l'applicazione diretta e immediata della regola *Taricco*, l'opzione della Consulta di non contestare lo "strumento" dell'art. 325 TFUE e la decisione della Corte europea di ribadire il fondamento dell'obbligo *in malam partem* rischiano di legittimare una auto-attribuzione di competenze penali da parte della Corte di Lussemburgo che esula dai limiti "internazionali" sanciti dai trattati sull'Unione.

³⁰ V. *supra*, par. 3.

Come si è già evidenziato³¹, è vero che la Corte di giustizia è, tra le altre attribuzioni, custode esclusiva dell'interpretazione del diritto dell'UE, per garantire l'applicazione uniforme in tutti gli Stati membri; e tuttavia tale attribuzione non può essere estesa al di fuori dei limiti "materiali" del diritto dell'Unione, oltre le competenze attribuite dai trattati.

Il valore generale, normativo, delle sentenze della Corte di giustizia è sì pacifico, ma soltanto nell'ambito delle attribuzioni e delle competenze dell'Unione; e la materia penale, come è noto, non rientra tra le attribuzioni dirette degli organi europei, ma soltanto tra le competenze indirette; per l'esercizio delle quali il trattato UE prevede l'adozione di *direttive* in alcune sfere di criminalità caratterizzate da una dimensione transnazionale (art. 83 TFUE).

Riconoscere valore *normativo*, generale, alle sentenze europee anche in materia penale significherebbe, dunque, attribuire alla Corte di giustizia un *potere implicito* non previsto dai trattati, consentendo una vistosa appropriazione di competenze penali dirette, in contrasto con la consolidata giurisprudenza della stessa Corte di giustizia³², e con l'ordine costituzionale dei poteri, come definiti, in Italia, dalla Corte costituzionale³³.

Va, al riguardo, evidenziato che i limiti all'introduzione degli obblighi di disapplicazione *in malam partem* sanciti dalla Corte di giustizia non sono soltanto "interni" all'ordinamento nazionale (i c.d. controlimiti costituzionali), ma sono anche "esterni" ad esso, coincidendo con i limiti di attribuzione delle competenze dell'Unione europea; limiti che, in quanto fissati dai trattati, hanno carattere internazionale.

E, nel prisma dei *limiti* alle competenze dell'Unione, le sentenze *Taricco* e *Taricco bis* hanno travalicato i confini delle attribuzioni riconosciute dal trattato alle istituzioni dell'Unione.

In altri termini, la limitazione di sovranità che deriverebbe dalle sentenze della Corte di Lussemburgo, oltre a travalicare i "limiti" dell'identità costituzionale, conseguirebbe anche ad una 'procedura decisionale' che non rientra nelle legittime "forme" di limitazione, almeno con riferimento al diritto penale.

Al contrario, nonostante l'insufficienza 'istituzionale' dell'art. 325 TFUE ai fini dell'esercizio di una competenza penale diretta, la Corte di giustizia ha individuato, e, con la *Taricco bis* ribadito, 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*, ma una disposizione sulla *produzione* delle leggi, rivolta agli Stati membri, a carico dei quali pone un obbligo di risultato preciso.

³¹ *Amplius* sia consentito rinviare a G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem*, cit., p. 30 ss.; ID., *Obblighi di disapplicazione in malam partem e controlimiti: apogeo o declino del diritto penale europeo?*, in A. CAVALIERE – C. LONGOBARDO – V. MASARONE – F. SCHIAFFO – A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura penalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, p. 595 ss.

³² R. BIN, [Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?](#), in *questa Rivista*, 4 luglio 2016, p. 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.

³³ R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata*, cit., p. 7.

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 ss. TFUE)³⁴, non già con l'affermazione di un obbligo di disapplicazione con effetti penali *in malam partem* rivolto ai giudici nazionali; oppure l'Unione avrebbe avuto la possibilità, come poi avvenuto con la direttiva 2017/1371, 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, infatti, la Corte di giustizia si è rivelata ... "più realista del Re", se è vero che il "legislatore europeo" (con tutti i limiti descrittivi legati, nella specie, ad un tale connotato antropomorfo, meglio evocabile, probabilmente, dalle creature mitologiche con due teste), nell'adottare la direttiva 2017/1371 in materia, appunto, di lotta contro le frodi agli interessi finanziari dell'Unione, ha individuato, quale "base legale", non già l'art. 325 TFUE, bensì l'art. 83, par. 2.

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

La conferma dello "strumento normativo" da parte della Corte europea, da un lato, e la mancata contestazione dei *limiti di attribuzione* internazionale dell'Unione, dall'altro, rischiano, dunque, di determinare il consolidamento dell'art. 325 TFUE quale base legale per l'esercizio, anche in futuro, di competenze penali dirette in materia di tutela degli interessi finanziari dell'Unione³⁵; ovvero, addirittura, di fondare il rischio concreto di una *slippery slope*, materializzata dalla progressiva autoattribuzione di *competenze penali dirette generali*, e non settoriali, in virtù dell'affermazione di un *potere implicito* in tutte le materie di tradizionale rilevanza eurounitaria, quali il riciclaggio, la corruzione internazionale, il terrorismo, gli abusi di mercato³⁶.

7. Il convitato di pietra: la riserva di legge.

Alla base dei problemi (di ordine internazionale, costituzionale e penale) sorti dalla sentenza *Taricco*, e residuati anche in seguito alla *Taricco bis*, non ci si può nascondere che, in realtà, vi sia una costante svalutazione (per usare un eufemismo) del principio di riserva di legge in materia penale, che, in una sorta di "rimozione" psicoanalitica, non è stato praticamente mai invocato (se non nella prima ordinanza di

³⁴ Come pure puntualmente rilevato dalla Corte costituzionale nell'ordinanza 24/2017, punto 7.

³⁵ V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 febbraio 2017, p. 13.

³⁶ In senso analogo, V. VALENTINI, [La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva?](#), in *questa Rivista*, 20 giugno 2016, p. 14.

rimessione della Corte di cassazione³⁷) nel c.d. dialogo tra Corti; pur essendo, tuttora, un principio cardine del sistema costituzionale italiano (art. 25, 2° c., Cost.).

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

E, tuttavia, appare innegabile il processo di graduale trasformazione della *riserva di legge* in una mera *riserva di diritto*³⁸, processo ribadito dalla Corte di giustizia sia sotto il profilo dell'autoattribuzione di competenze penali dirette, sia sotto il profilo dello statuto "europeo" dell'irretroattività della "norma" penale, legata alla *sentenza-fonte*, anziché alla *legge*.

E, a tale metamorfosi consegue l'inevitabile dissolvimento delle garanzie legate, storicamente e istituzionalmente, al monopolio legislativo del diritto penale³⁹.

8. I rischi di un controllo diffuso di costituzionalità e le paratie innalzate dalla Corte costituzionale: la "doppia pregiudiziale" nella sentenza n. 269 del 2017.

L'impressione che lascia residuare la saga *Taricco* è che, in realtà, anziché di un vero "dialogo" tra Corti, si assista ad una serie di "monologhi"; nei quali, peraltro, la grammatica e la sintassi non appartengono, propriamente, al medesimo linguaggio.

In tal senso, è emblematica la delimitazione applicativa che la Corte di giustizia ha operato del principio di irretroattività, ridotta a mera *prevedibilità soggettiva*, conoscibilità, della "norma" penale (anche di fonte giurisprudenziale); ed altrettanto emblematica è la "sordità" manifestata con riferimento al *deficit* di determinatezza, efficacemente scandita dalla Corte costituzionale, eppure rimessa dalla Corte di giustizia, nella sua verifica, ai giudici nazionali.

Più che vero "dialogo", la refrattarietà ad un reale confronto sembra più richiamare l'immagine "manzoniana" dei due spadaccini che si battono al buio.

Si è già evidenziato come la Corte di Lussemburgo abbia tentato di ingaggiare il giudice comune nella "lotta2 contro le frodi agli interessi finanziari dell'Unione, ad esso rivolgendosi direttamente, per demandargli prima la valutazione dell'*adeguatezza politico-criminale* della legge nazionale (nella sentenza *Taricco*), e poi la valutazione della *legittimità costituzionale* della *regula iuris* con il principio di determinatezza (nella sentenza *Taricco bis*).

³⁷ Cass. pen., sez. III, n. 28346 del 30 marzo 2016 - dep. 8 luglio 2016, Cestari, rv. 267259.

³⁸ Sul punto, resta fondamentale Corte Cost., 12 ottobre 2012, n. 230, secondo cui la minore estensione della "legalità convenzionale" rispetto alla "legalità costituzionale" «preclude una meccanica trasposizione nell'ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale» (corsivo aggiunto).

³⁹ C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimita della riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 419 ss.

Ed è proprio in questo tentativo di alterare il sistema costituzionale di controllo accentrato di costituzionalità che va, verosimilmente, rinvenuto il fondamento di alcune recenti “precisazioni” della Corte Costituzionale.

Dopo una fase di apertura alla penetrazione del diritto europeo nell’ordinamento italiano, il rischio di un dissolvimento del controllo accentrato di costituzionalità e di una espropriazione delle competenze nazionali esclusive in materia penale ha indotto la Corte costituzionale ad innalzare delle paratie per evitare incontrollabili inondazioni, che avrebbero travolto il sistema costituzionale delle fonti e la stessa architettura istituzionale.

Già con l’ordinanza n. 24 del 2017, emessa nell’ambito della vicenda *Taricco*, la Corte costituzionale si era riservata il «diritto all’ultima parola»⁴⁰ in caso di dubbi sulla compatibilità costituzionale di norme europee con i principi fondamentali⁴¹.

Successivamente alla sentenza *Taricco bis*, e, probabilmente, proprio in ragione del controllo diffuso di costituzionalità che la Corte di giustizia aveva demandato ai giudici nazionali, la Corte costituzionale, con la sentenza del 14 dicembre 2017, n. 269, ha inteso «rientrare nel circuito giudici comuni-Corte di giustizia quando sono in gioco diritti fondamentali, riportando nel giudizio accentrato di costituzionalità il sindacato sulla violazione di norme interne che collidano con la Carta europea dei diritti fondamentali»⁴², puntando a conquistarsi il «diritto alla prima parola»⁴³.

Appare emblematico che, prendendo a pretesto una questione, non particolarmente significativa, in tema di legittimità dei contributi imposti alle imprese per finanziare l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la Corte abbia ritenuto opportuno fare una “precisazione” in tema di rapporti tra diritto dell’Unione e diritto nazionale, alla luce delle trasformazioni intervenute, in particolare, dopo il trattato di Lisbona.

Al riguardo, evidenziando che la Carta di Nizza costituisce parte del diritto dell’Unione, e che «i principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana», la Corte ha sottolineato la possibilità che – come nel caso *Taricco*, espressamente richiamato – «la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell’Unione»; pertanto, poiché «le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte, anche *in virtù del principio del situa il sindacato accentrato di costituzionalità a fondamento dell’architettura costituzionale*», ha affermato che, nei casi di c.d. “doppia pregiudizialità” – ricorrente nei casi in cui «una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea in ambito di

⁴⁰ A. GUAZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell’usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 1 febbraio 2018, p. 2.

⁴¹ Corte cost., ordinanza n. 24/2017, punto 6.

⁴² A-O. COZZI, *Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 1 febbraio 2018, p. 1.

⁴³ A. GUAZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell’usucapione”*, cit., p. 2.

rilevanza comunitaria» –, «debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale»⁴⁴.

Ebbene, nel rinviare all'ampio dibattito già formatosi sulla sentenza n. 269 del 2017⁴⁵, non si può mancare di osservare che la vicenda *Taricco* si è rivelata un vero e proprio "laboratorio" dei futuri assetti istituzionali, utile anche nell'ottica della predisposizione di adeguati strumenti per evitare una alterazione degli equilibri costituzionali ed una lacerazione del sistema delle fonti del diritto penale.

Si è già sottolineata l'insufficienza narrativa e descrittiva del "mito" del "dialogo tra Corti"⁴⁶, la cui carica idealistica e simbolica appare sempre più sfuggente; non resta che augurarsi che la Corte costituzionale, che pure ha assunto una posizione impegnativa e decisa, sappia trovare le "rime" adatte, sullo spartito costituzionale, per frenare ed impedire una progressiva disarticolazione del sistema delle fonti di produzione delle norme, della cui carica di *politicità* è, del resto, ben consapevole («*il primato del diritto dell'Unione non esprime una mera articolazione tecnica del sistema delle fonti nazionali e sovranazionali*»⁴⁷).

⁴⁴ Corte cost., sentenza 14 dicembre 2017, n. 269, punto 5.2, corsivo aggiunto.

⁴⁵ Oltre ai contributi già citati *supra* note 40 e 42, senza pretesa di completezza, v. C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il "cammino comunitario": invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 dicembre 2017; L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2017*, *ibidem*, 18 dicembre 2017; R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, *ibidem*, 28 dicembre 2017; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, *ibidem*, 24 gennaio 2018; G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, *ibidem*, 25 gennaio 2018; A. ANZON DEMMING, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei "controlimiti"*, *ibidem*, 28 febbraio 2018; G. PISTORIO, *Conferme e precisazioni nel "cammino comunitario" della Corte costituzionale. Commento a prima lettura della sentenza n. 269 del 2017*, in *Diritti comparati*, 11 gennaio 2018; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto euro unitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti comparati*, 18 dicembre 2017.

⁴⁶ G. RICCARDI, "Patti chiari, amicizia lunga", cit., p. 355-357 e 376-378.

⁴⁷ Corte cost., ordinanza n. 24/2017, punto 5, corsivo aggiunto.