

CAPITOLO IV

LA “VICENDA TARICCO” NEL DIALOGO TRA CORTE COSTITUZIONALE E CORTE DI GIUSTIZIA

di Luca Della Ragione

SOMMARIO: 1. La pronuncia della Corte di giustizia dell’Unione Europea nel c.d. caso Taricco. – 2. Il carattere fondante della vicenda e l’influsso sul sistema penale: le criticità della *Taricco* e la posizione della dottrina italiana. – 3. Le reazioni della giurisprudenza interna alla pronuncia della CGCE e la questione di legittimità costituzionale. – 4. La risposta della Corte Costituzionale con l’ordinanza n. 24 del 2017. – 4.1. I principi sanciti dalla Corte Costituzionale nello specchio del diritto penale costituzionalmente orientato. – 4.2. I piani di verifica del rinvio pregiudiziale. – 4.3. Taricco nel dialogo multilivello tra le Corti. – 5. Le strade aperte per la Taricco II. – 6. La Taricco II nel dialogo democratico tra le Corti. – Bibliografia essenziale.

1. La pronuncia della Corte di giustizia dell’Unione Europea nel c.d. caso Taricco

L’8 settembre 2015 la Corte di Giustizia UE, nella sua più autorevole composizione, la Grande Sezione, ha deciso la causa C-105/14, Taricco ed altri, con una pronuncia dagli effetti potenzialmente dirompenti sul sistema della prescrizione di alcuni dei delitti tributari, ma i cui risvolti toccano il cuore del sistema complessivo di giustizia penale, oggi a sua volta connesso con il modello di tutela multilivello emergente dal cd. “dialogo tra le Corti”.

La sentenza è stata pronunciata a seguito dell’ordinanza del G.U.P. del Tribunale di Cuneo che, rilevando un contrasto tra la normativa interna e quella europea in un procedimento in cui venivano contestati agli imputati i reati di cui agli artt. 2 e 8 D.Lgs. n. 74/2000, aveva rimesso la questione all’organo comunitario, censurando gli effetti dell’applicazione dell’art. 160 c.p., ultimo comma. Secondo il Giudice del rinvio, quest’ultima norma avrebbe, infatti, prodotto la completa impunità dei responsabili, dal momento che non produce un effettivo arresto della durata della prescrizione ed in quanto consente un prolungamento del termine di appena un quarto.

La Corte, investita del caso, ha sostenuto la superiorità della legislazione dell’Unione Europea sul diritto dei singoli Stati membri, ribadendo il potere-dovere del giudice italiano di disapplicare le disposizioni in materia di

prescrizione, di cui al combinato disposto degli artt. 160, comma ultimo e 161 c.p., nel caso in cui, a fronte di gravi frodi all'IVA, la loro applicazione sia idonea a precludere gli obblighi imposti agli Stati membri dall'art. 325, paragrafi 1 e 2 TFUE, impedendo la comminazione di effettive ed adeguate sanzioni per tali condotte, particolarmente lesive degli interessi finanziari dell'Unione Europea.

In base all'art. 325 TFUE, invero, secondo la Corte Europea, gli Stati membri devono contrastare, con misure dissuasive ed effettive, le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione e, in particolare, adottare le stesse misure che utilizzano per combattere le frodi in danno degli interessi finanziari nazionali. Inoltre, la Corte ha sottolineato che, in ragione dello stretto rapporto tra gestione economica del bilancio dello Stato membro e Unione Europea, sussiste un nesso diretto tra la riscossione del gettito dell'IVA all'interno dello Stato e la messa a disposizione del bilancio dell'Unione Europea delle corrispondenti risorse IVA, dal momento che qualsiasi lacuna nella riscossione del primo a livello nazionale determina una riduzione delle seconde in danno della Comunità.

Per la Corte irrilevanti risultano le questioni di mero diritto interno, vale a dire l'incidenza che la disciplina nazionale sui termini prescrizionali può avere sul diritto europeo. In tal senso, viene sottolineato come le disposizioni italiane oggetto di censura autorizzino indirettamente una concorrenza sleale da parte di taluni operatori economici stabiliti in Italia rispetto ad imprese con sede in altri Stati membri, con conseguente violazione dell'art. 101 TFUE.

Inoltre, nel richiamare in sentenza l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che *“sancisce i principi di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene, in base ai quali, in particolare, 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”*, la Corte Europea ritiene che la disapplicazione delle disposizioni interne in materia di prescrizione *“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 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”*. Cosicché, *“una disapplicazione del diritto nazionale siffatta 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”*, atteso 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” (M. D’AVIRRO, M. GIGLIOLI, *La prescrizione dei reati tributari*, p. 631 ss.).

Per la Corte Europea, infatti, le norme sulla prescrizione non sono fattispecie rientranti nell’alveo di quelle di natura sostanziale, trattandosi, invece, di norme di natura processuale che disciplinano semplicemente la perseguibilità dei reati, definiti da leggi sostanziali e, pertanto, trattando di questioni di procedibilità del reato non sono coperte dalle garanzie del *nullum crimen*.

Del resto, nella giurisprudenza della Corte europea, richiamata dalla sentenza *Taricco*, emerge che l’istituto della prescrizione, indipendentemente dalla natura sostanziale o processuale ad esso attribuita dai diversi ordinamenti nazionali, non forma oggetto della tutela apprestata dall’art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (come sottolinea opportunamente F. FALATO, *Garantismo: diritto e diritti nel dialogo tra Carte e Corti*, c. 41 ss.), che sancisce il principio di legalità dei delitti e delle pene (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) e vieta, in particolare, di estendere l’ambito di applicazione dei reati esistenti a fatti che anteriormente non costituivano reato, imponendo, inoltre, di non applicare estensivamente la legge penale sfavorevole all’imputato, per esempio attraverso l’analogia.

In definitiva, il divieto di retroattività concerne, per la Corte, unicamente le imputazioni e le pene e non si applica quindi alle norme di procedura, in particolare alla prescrizione.

È persa subito evidente la portata fortemente innovativa, se non “eversiva”, della decisione. Tramite un’inedita interpretazione “funzionalistica” dell’art. 325, TFUE, la Corte di Lussemburgo conferiva “efficacia diretta” a tale *norma-principio*, determinando immediati effetti retroattivi *in malam partem* per gli imputati sottoposti a processi per frodi fiscali in Italia.

Inevitabile la frizione di tale interpretazione con il principio di legalità in materia penale interno – di cui all’art. 25, comma 2, Cost. – nei suoi corollari di irretroattività, riserva di legge e determinatezza, che, per giurisprudenza costituzionale costante, copre l’intera disciplina della prescrizione.

2. Il carattere fondante della vicenda e l’influsso sul sistema penale: le criticità della *Taricco* e la posizione della dottrina italiana

La decisione della Corte Europea ha dato luogo ad un ampio dibattito, inserendosi in una materia caratterizzata da profili fondamentali attinenti al processo di integrazione tra ordinamento italiano ed europeo (su tale tematica di carattere generale, ampiamente, F. FALATO, *Garantismo: diritto e diritti nel dialogo tra Carte e Corti. A proposito della sentenza Taricco*, p. 41 ss.).

Forti perplessità sono emerse avuto riguardo alla sua compatibilità con le garanzie penali previste dalla nostra Costituzione, in quanto nella pronuncia è stata ravvisata la lesione dei diritti fondamentali tutelati dal principio di stretta legalità sancito in materia penale ed, in particolare, nelle sue declinazioni di riserva di legge e irretroattività delle norme penali più sfavorevoli.

Vengono, infatti, investiti i nuclei di struttura e di senso teleologico-funzionale della materia penale, nel contesto del processo di ri-sistemazione degli ordinamenti che si riconoscono nell'assetto istituzionale dell'Unione.

Come ben detto, a venire in discussione è *“la capacità del sistema costituzionale delle fonti penali (id est, del regime di riserva di legge e dei suoi corollari) di reggere alle spinte della primauté del diritto eurounitario e, per esso, degli arresti della Corte di Giustizia”* (V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, cit., 2016, 1250 ss.). In una stagione, peraltro, nella quale *“quel paradigma di legalità manifesta una condizione di estesa sofferenza, come emergente dai seguenti fattori di corrosione: a) l'oscuramento della funzione rappresentativa della legge; b) l'affievolimento del carattere discorsivo-deliberativo del procedimento di formazione; c) l'impovertimento della funzione denotativo/informativa del medium normativo e la decadenza qualitativa del materiale linguistico; d) la dilatazione del carattere ermeneutico dell'attività interpretative”* (V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, p. 1250 ss.).

Nel discorso argomentativo della sentenza *Taricco*, il principio della riserva di legge e quello di determinatezza/tassatività nonché della irretroattività sfavorevole perderebbero, infatti, qualsiasi spessore sostanziale, in quanto in capo al giudice nazionale verrebbe definitivamente riconosciuto un potere di disapplicazione delle norme vigenti in ambito penale, ove ritenute non soddisfacenti le esigenze europee e ciò *“non in conformità ad una previsione normativa espressione della volontà del legislatore nazionale o sovranazionale, bensì in conseguenza dell'esercizio del potere giudiziario, e segnatamente del potere giudiziario europeo”* (M. D'AVIRRO, M. GIGLIOLI, *La prescrizione dei reati tributari*, p. 631 ss.).

Un'ulteriore critica riguarda il richiamo contenuto in sentenza all'art. 325 TFUE, che giustificerebbe, secondo la Corte, la pretesa punitiva proveniente dall'Unione Europea, in quanto, come noto, il diritto europeo non disciplina la materia penale, né tantomeno impone agli Stati membri l'adozione di alcuna misura di carattere punitivo come strumento di contrasto alle attività fraudolente.

Non priva di censura appare anche la ricostruzione effettuata dalla sentenza *Taricco* riguardo al requisito della *“gravità della frode”*, concetto del tutto indeterminato.

Una puntuale interpretazione di tale parametro avrebbe dovuto restringere il campo di applicazione della norma, al fine di evitare interpretazioni estensive o analogiche volte a consentire al giudice, attraverso il suo potere discrezionale, la disapplicazione del combinato disposto degli artt. 160 e 161 c.p. in presenza di qualsiasi reato tributario che comporti l'evasione dell'IVA, quali, ad esempio, i delitti di omessa dichiarazione o di omesso versamento.

Inoltre, è stato sottolineato come la prescrizione costituisca per l'ordinamento nazionale norma di natura sostanziale e non, come sostenuto dalla Corte europea, a carattere processuale.

Basti ricordare che, in molteplici occasioni, la giurisprudenza sia della Corte Costituzionale (Corte cost., 28 maggio 2014, n. 143; Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393; Corte cost., 7 marzo 1990, n. 275) che della Cassazione (Cass. pen., sez. I, 8 maggio 1998, n. 7442) hanno fatto rientrare la materia della prescrizione nell'ambito applicativo del principio di stretta legalità espresso nell'art. 25, comma 2, della Costituzione.

Sotto tale ultimo aspetto, a venire in discussione con “*la sentenza Taricco – finanche in maniera preponderante rispetto alla stessa riserva di legge –, è la portata dell'irretroattività in malam partem, che costituisce il nucleo insopprimibile nella complessiva funzione della carta repubblicana e integra una “regola aurea di ogni sistema coercitivo/punitivo che ambisca a dirsi civile, in quanto – edificando su basi contrattualistiche la relazione tra potere di punire e libertà individuale – di quest'ultima certifica la natura di diritto inalienabile”*” (V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, p. 1250 ss.).

3. Le reazioni della giurisprudenza interna alla pronuncia della CGCE e la questione di legittimità costituzionale

La soluzione, in *malam partem*, adottata dalla Corte di Giustizia ha posto notevoli contrasti anche nella giurisprudenza nazionale: a pochi giorni di distanza dal deposito della sentenza della Corte Europea, la Corte di Cassazione (Cass. pen., III, 15 settembre 2015, n. 2210) si è allineata ai principi in essa espressi mentre la Corte di Appello di Milano (Corte di Appello Milano, sez. pen. II, ord. 18 settembre 2015) ha rimesso una questione di legittimità alla Corte Costituzionale, invitandola ad azionare i cd. “controlimiti” per impedire l'applicazione nell'ordinamento penale nazionale dell'obbligo di disapplicazione sancito dalla Corte di Giustizia.

In particolare, la Corte di Cassazione, nella prima pronuncia di pochi giorni successiva alla sentenza della Corte Europea, ha recepito *in toto* le indicazioni ivi espresse, precisando come da questa discenda l'obbligo per il giudice penale italiano di disapplicare il combinato disposto degli artt. 160

e 161 c.p. nella misura in cui questi ritenga che tale normativa, nel fissare un limite massimo al corso della prescrizione per le frodi in materia di imposta sul valore aggiunto, pur in presenza di atti interruttivi, pari di regola al termine prescrizionale ordinario più un quarto, impedisca allo Stato italiano di adempiere agli obblighi di tutela effettiva degli interessi finanziari dell'Unione imposti dall'art. 325, TFUE. La pronuncia della Corte Europea inciderebbe, infatti, soltanto sulla durata massima dell'interruzione dei termini di prescrizione e, pertanto, la disapplicazione imposta, dalla suddetta sentenza degli artt. 160 e 161 c.p. comporterebbe, in caso di grave frode in materia di Iva, l'esclusione del termine massimo di prescrizione in presenza di più atti interruttivi, come previsto per i reati contemplati dall'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p.

Da tali premesse la Cassazione ha tratto una delle prime soluzioni al problema della disapplicazione obbligata: nei processi per reati di grave frode IVA nei quali il giudice nazionale riconosca il pericolo di sistematica ed effettiva impunità, “*il termine ordinario di prescrizione ricomincerà da capo a decorrere dopo ogni atto interruttivo*”, anche al di fuori dei procedimenti attribuiti alla competenza della Procura distrettuale, per i quali vige questa regola, senza i vincoli dei limiti massimi stabiliti dal successivo art. 161 c.p. in maniera differenziata per delinquenti primari o recidivi.

Inoltre, per la Suprema Corte non sussiste, nel caso di specie, la necessità di sollevare una questione di costituzionalità della legge di esecuzione della norma del TFUE, per presunto contrasto con l'art. 25 Cost., essendo pacifico come, per la giurisprudenza della Corte Costituzionale, oltre che per quella europea, la norma di cui agli artt. 160 e 161 c.p., che qui viene in rilievo, non sia dotata della copertura costituzionale dell'art. 25. Nell'argomentare tale conclusione, la Suprema Corte ha fatto proprie – pressoché integralmente – le considerazioni svolte dalla Corte Europea, negando che la disciplina della prescrizione sia sottoposta alle garanzie del *nullum crimen sine lege*, come concordato dalla Carta dei diritti fondamentali all'art. 49 (C. SANTORIELLO, *Disapplicata la prescrizione dei reati IVA*, p. 678, nel quale l'Autore sottolinea come il contrasto dei principi enunciati nella sentenza *Taricco* con l'art. 25 Cost. non sussista in quanto: *a.* ratificando il Quarto Protocollo alla Convenzione del Consiglio d'Europa sull'extradizione, l'Italia ha accettato il principio secondo cui l'extradizione verso lo Stato richiedente non è impedita dalla circostanza che, nel frattempo, il reato per cui tale Stato procede si è prescritto nell'ordinamento italiano: in tal modo il nostro Paese avrebbe accettato altresì il principio secondo cui “*la prescrizione non è propriamente un elemento della fattispecie penale*”; *b.* la normativa comunitaria in tema di prescrizione è da tempo esistente nel sistema del diritto primario UE ed in particolare la ricostruzione dell'istituto della prescrizione in chiave meramente processuale è conclusione affermata già al momento in cui erano

stati commessi i fatti da parte degli imputati nel caso di specie sottoposto all’attenzione della Cassazione, per cui gli imputati non potrebbero dolersi ora di un’applicazione, in proprio sfavore, di una norma già pienamente in vigore al momento del fatto; c. la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 236/2011, ha espressamente riconosciuto che la giurisprudenza della Corte Europea dei Dritti dell’Uomo non considera la prescrizione come coperta dalla garanzia del *nullum crimen*, non ritenendo tale conclusione in contrasto con alcuno dei principi fondamentali del nostro ordinamento).

La citata pronuncia, dalla quale in tanti si attendevano una critica della decisione europea, non ha incontrato il parere favorevole della dottrina (L. FACCHINI, *Prescrizione del reato*, in *Studium Iuris*, 2016, n. 5, 627) che, così come avvenuto in occasione della sentenza *Taricco*, ha censurato fortemente le suddette argomentazioni con riferimento ai rapporti fra la disciplina della prescrizione ed il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole.

Con una sentenza di pochi mesi successiva a quella sopra citata (Cass. pen., IV, 25 gennaio 2016, n. 7914), la Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi in un procedimento che verteva nuovamente sul tema della prescrizione in relazione ad una fattispecie di frode IVA, giungendo ad una conclusione più sfumata e compromissoria rispetto a quanto precedentemente statuito dalla Terza Sezione. È stato infatti affermato che è possibile disapplicare gli artt. 160 e 161 c.p. soltanto con riguardo ai fatti non ancora prescritti alla data della pubblicazione della sentenza *Taricco* e con riferimento a frodi connotate da particolare gravità, escludendo così nel caso di specie l’applicabilità dei principi enunciati nella sentenza della Corte Europea.

La Corte, in sostanza, ha affrontato il tema della disapplicazione delle norme sulla prescrizione del codice penale valorizzando due aspetti fondamentali: il primo, rappresentato dalla determinazione della soglia minima di gravità delle frodi, riconducendo tale concetto alla potenzialità offensiva del reato in relazione agli interessi finanziari dell’Unione; il secondo, costituito da un elemento di ordine temporale, riconducibile al momento della pubblicazione della sentenza *Taricco* (avvenuta l’8 settembre 2015), elemento rispetto al quale l’obbligo di disapplicare la disciplina nazionale si attegga diversamente proprio a seconda che la prescrizione sia maturata prima della suddetta pubblicazione, ovvero il termine prescrizione risulti, a tale data, ancora pendente. Nella prima ipotesi, il Giudice dovrà necessariamente dichiarare estinto il reato per intervenuta prescrizione; nel secondo caso, invece, dovrà prima di tutto valutare se sussiste il requisito della gravità del reato e, qualora configurabile, provvedere alla disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p. (F. FALATO, *Garantismo: diritto e diritti nel dialogo tra Carte e Corti. A proposito della sentenza Taricco*, c. 41 ss.).

Il ragionamento sviluppato dalla Corte in tale ultima pronuncia non risulta – secondo parte della dottrina (M. D’AVIRRO, M. GIGLIOLI, *La prescrizione*

dei reati tributari, p. 631 ss.) – condivisibile, “in quanto affermando che la disapplicazione degli articoli 160 e 161 c.p. in favore dell’art. 325 TFUE sarebbe possibile solo con riferimento ai fatti non ancora prescritti alla data della pubblicazione della sentenza Taricco, si permetterebbe di disapplicare le norme del Codice penale per tutti i reati tributari non ancora prescritti a tale data, ma certamente consumati prima di essa. L’individuazione di una data quale momento discriminante, risulta circostanza del tutto irrilevante, in quanto la questione riguarda esclusivamente proprio la prescrizione del reato che è istituito di diritto sostanziale che, dunque, soggiace alla tutela del principio di irretroattività, secondo cui al reato non dovrà applicarsi un qualunque diritto sopravvenuto alla sua commissione prima che esso cada in prescrizione, bensì solo il diritto vigente al momento della sua consumazione, o eventuali successive discipline ove più favorevoli. Di conseguenza, sulla base della piena applicazione dei principi sanciti dall’art. 25, comma 2 Cost., nonché secondo le norme di rango europeo, quanto stabilito dalla sentenza Taricco potrà trovare applicazione nell’ordinamento italiano solo per i reati tributari che si siano consumati dopo l’8 settembre 2015”.

In questo contrasto interpretativo, come detto, la Corte di appello di Milano (Corte di Appello Milano, II, ord. 18 settembre 2015), chiamata a giudicare in un caso simile a quello Taricco (nel quale gli imputati erano stati condannati in primo grado per associazione per delinquere finalizzata a commettere reati di frode all’Iva), ha rilevato che, successivamente alla condanna di primo grado, i reati si erano prescritti o stavano per prescrivere, nonostante l’intervento di atti interruttivi; applicando i principi della sentenza Taricco, il termine prescrizionale non sarebbe invece maturato per nessun reato.

La Corte di appello ha tuttavia ritenuto che la disapplicazione degli artt. 160, comma ultimo, e 161 c.p. si ponesse in contrasto con il principio di legalità (*nullum crimen sine lege*) previsto dall’art. 25, comma 2, Cost. ed ha perciò rimesso alla Corte Costituzionale “la valutazione della opponibilità di un controlimite alle limitazioni di sovranità derivanti dalla adesione dell’Italia all’ordinamento dell’Unione europea ai sensi dell’art. 11 Cost, in funzione del rispetto del principio fondamentale dell’assetto costituzionale interno, poizore rispetto agli stessi obblighi di matrice europea” (per delle interessenti critiche, cfr. F. FALATO, *Garantismo: diritto e diritti nel dialogo tra Carte e Corti. A proposito della sentenza Taricco*, c. 41 ss.).

La “teoria dei controlimiti”, opposta per la prima volta nel nostro ordinamento dalla Corte di Appello di Milano alla statuizione europea, ha così la funzione di impedire che le norme comunitarie possano violare i principi fondamentali e i diritti inviolabili sanciti dall’ordinamento sovranazionale.

Il possibile controlimite, rispetto all’obbligo di disapplicare le norme penali imposte dal giudice europeo, è stato ravvisato nel principio di stretta

legalità di cui all’art. 25, comma 2, Cost., considerato fondamentale dal giudice nazionale nell’ordinamento giuridico interno, e come tale prevalente rispetto ai vincoli assunti dall’Italia nei confronti dell’ordinamento dell’Unione europea all’atto della sua adesione al medesimo.

L’istituto dei controlimiti è stato poi richiamato anche dalla Terza Sezione penale della Corte di Cassazione, che disattendendo il suo precedente arresto, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell’art. 2 L. 2 agosto 2008, n. 130, – per contrasto di tale norma, stavolta, non solo con l’art. 25, comma 2, Cost., ma anche con gli artt. 3, 11, 27, comma 3, 101, comma 2, Cost. (Cass. pen., III, ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346).

Nel richiamare la teoria dei controlimiti, la dotta ordinanza, nell’analitica ed estesa motivazione del provvedimento, segnala la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità per la prospettata violazione di una serie di principi fondamentali del nostro ordinamento, che rappresentano, pertanto, i controlimiti invocati.

Nell’ordinanza la Suprema Corte specifica che *“la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana, quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana”*.

I principi fondamentali individuati dalla Corte, sono:

- 1) il principio di irretroattività della legge penale (art. 25, comma 2, Cost.), in quanto, la disapplicazione delle norme di cui agli artt. 160 e 161 c.p., imposta dall’art. 325 TFUE, nell’interpretazione attribuita dalla Corte di Giustizia, determinerebbe la retroattività in *malam partem* della normativa nazionale, con l’effetto di allungare i tempi della prescrizione anche in relazione a fatti commessi prima della sentenza *Taricco*;
- 2) la irretroattività della legge penale in relazione al diritto di difesa (art. 24 Cost.) e al principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), per evitare che il diritto dell’imputato subisca l’applicazione imprevista di una disciplina penale complessivamente più rigorosa rispetto a quella vigente al momento di commissione del fatto;
- 3) il principio di riserva di legge (art. 25, comma 2, Cost.), fondato su esigenze di garanzia, funzionale ad evitare arbitrii del potere esecutivo e giudiziario, sul presupposto che soltanto il procedimento legislativo sia lo strumento più adeguato a salvaguardare il bene della libertà personale, compreso dallo strumento penale, tutelando i diritti delle minoranze, e

consentendo un controllo delle scelte di criminalizzazione della maggioranza;

- 4) il principio di determinatezza/tassatività (art. 25, comma 2, Cost.), soprattutto riguardo alla delimitazione dell'ambito di operatività dell'obbligo di disapplicazione, riconosciuto dalla Corte di Giustizia, in relazione alle *“gravi frodi IVA e alle altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'UE”*, che resta del tutto affidata al giudice, non essendo specificate le fattispecie incriminatrici per le quali dovrebbe valere l'obbligo di disapplicazione;
- 5) il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), in quanto il difetto di determinatezza dei criteri che dovrebbero orientare la disapplicazione comporta una violazione di tale principio, 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”*;
- 6) il principio di separazione dei poteri e di sottoposizione del Giudice soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.), poiché l'affidamento al Giudice dell'individuazione dell'oggetto (*“frode grave”*), dell'ambito di applicazione (*“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;
- 7) il principio della finalità rieducativa della pena (art. 27, comma 3, Cost.), in quanto con il prolungamento dei termini di prescrizione, e quindi della punibilità, in ragione della tutela degli interessi finanziari dell'U.E., la pena non tenderebbe più alla rieducazione del condannato, ma diverrebbe strumento di tutela degli interessi finanziari medesimi;
- 8) i principi di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e della finalità rieducativa della pena (art. 27, comma 3, Cost.), poiché 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; 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;
- 9) il principio del rispetto dei controllimiti alle limitazioni di sovranità (art. 11 Cost.), che secondo altro non è che una *“fisiologica actio finium regundorum tra ordinamento nazionale e ordinamento sovranazionale”*, nel complesso processo di integrazione europea, alla stregua delle norme costituzionali e internazionali che ne regolano l'evoluzione, delimitando, *“finché si tratti di Unione e non di fusione di ordinamenti”*, le rispettive attribuzioni.

In quest’ottica, la dottrina dei “controlimiti” non va intesa come una forma di resistenza degli Stati nazionali ai processi di integrazione sovranazionale e internazionale bensì “*l’espressione rigorosa della sovranità popolare, nella sua dimensione irrinunciabile*” (M. D’AVIRRO, M. GIGLIOLI, *La prescrizione dei reati tributari*, p. 631 ss.).

L’ordinanza con la quale è stata sollevata questione di legittimità alla Corte Costituzionale, si è iscritta nel quadro della difficile integrazione penale europea, ponendo al centro del dibattito, non solo la disputa su tempi e sulle modalità della prescrizione, ma la più rilevante questione relativa all’assetto dei rapporti tra ordinamento UE e ordinamenti nazionali e ai limiti che le fonti dell’Unione incontrano in materia penale.

Alla Corte Costituzionale è stato attribuito in primo luogo il compito di stabilire la legittimità dell’intervento in *malam partem* di una fonte diversa da quella statale, di natura comunitaria, sulla definizione dei presupposti che determinano l’applicazione della pena nel caso concreto, estendendo così la punibilità rispetto a quella che risulterebbe da quella statale; in secondo luogo, la legittimità dell’allungamento dei termini di prescrizione in relazione a reati non ancora giudicati in via definitiva ma commessi prima di tale statuizione, quando vigevano termini più brevi.

Chiara risulta, in ogni caso, la sollecitazione alla Corte Costituzionale diretta ad azionare la dottrina dei c.d. controlimiti, elaborata nella sua giurisprudenza (Cfr. in tal senso l’evoluzione giurisprudenziale nelle note sentenze nn. 183/1973 (c.d. *Frontini*) (§ 9), 170/1984 (c.d. *Granital*) (§ 7), 232/1989 (§ 3.1)), quale *extrema ratio*, da attivare nell’ipotesi “*sommamente improbabile, ma pur sempre possibile*” in cui, nel processo di integrazione tra ordinamento italiano e ordinamento europeo, le *limitazioni* di sovranità, legittimamente consentite ex art. 11 Cost., vadano ad incidere su “*i principi supremi dell’ordine costituzionale e i diritti inalienabili della persona*”, divenendo così illegittime *cessioni* di sovranità, idonee a determinare un *mutamento* dell’assetto costituzionale.

4. La risposta della Corte Costituzionale con l’ordinanza n. 24 del 2017

Con l’attesa ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale, depositata 26 gennaio, il caso *Taricco* si è arricchito di un ulteriore tassello, senza che tuttavia la vicenda, al crocevia dei rapporti tra diritto dell’UE e diritto penale, giunga a conclusione.

La Corte costituzionale ha, infatti, optato per una soluzione ‘diplomatica’, rinviando in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia la questione, ma al contempo assai ferma nelle sue condivisibili “rivendicazioni di principio”, chiedendo in sostanza di avallare la lettura ‘costituzionalmente conforme’

proposta della sentenza dell'8 settembre del 2015 che, se confermata, consentirebbe di superare i dubbi di legittimità costituzionale avanzati dai giudici italiani rimettenti.

Si tratta del secondo rinvio pregiudiziale compiuto dalla Corte costituzionale italiana in via incidentale (dopo il precedente dell'ordinanza 18 luglio 2013, n. 207 in materia di personale scolastico) e il primo in cui viene espressamente evocato un possibile conflitto con i principi supremi dell'ordine costituzionale.

In estrema sintesi, la Corte di Giustizia è sollecitata a chiarire se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del TFUE *“debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato:*

- 1) anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata;*
- 2) anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità;*
- 3) anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro”.*

Nonostante il carattere interlocutorio della decisione e lo spirito diplomatico e all'apparenza conciliante della soluzione del rinvio pregiudiziale, la Corte costituzionale, nel corpo della densa motivazione, offre puntualizzazioni di grande rilievo, idonee a rinfocolare – nella prospettiva non solo penalistica – il già acceso dibattito sui tormentati rapporti tra principi costituzionali, fonti sovranazionali e (pronunce delle) Corti in materia penale; il tutto, nell'attesa della ‘reazione’ della Corte di Giustizia, dinanzi alla quale si terrà, a fine maggio e con procedimento accelerato, l'udienza, con decisione rinviata all'autunno 2017.

Traspare inoltre dall'ordinanza un netto chiarimento argomentativo/concettuale dei controlimiti, che abbandonano il piano retorico-discorsivo degli *obiter* per approdare, nel caso in cui la Corte di Giustizia avesse ribadito il proprio precedente *dictum* Taricco, ad un imminente impiego in funzione di *ratio decidendi*.

La decisione della Corte costituzionale, con la quale è stato disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE in ordine alla “questione Taricco”, costituisce, a ben vedere, un alto tentativo di “dialogo” – leale, in quanto fondato su una delimitazione chiara delle proprie prerogative e delle proprie ‘ragioni’, e degli ambiti suscettibili di legittimo confronto – con la Corte di Lussemburgo. Un tentativo, peraltro, fermo e, allo stesso tempo,

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

Nel corpo della motivazione dell’ordinanza, che si sforza di regolare secondo ragionevolezza i complessi rapporti tra sistema penale interno e “labyrinth” delle fonti sovranazionali, la Corte costituzionale chiarisce subito e senza mezzi termini – anticipando le conclusioni – come il nucleo della questione ruoti attorno a un dubbio di carattere interpretativo sul diritto dell’Unione, che sollecita un ulteriore chiarimento da parte della Corte di Giustizia: occorre in sostanza valutare se quella proposta dai giudici rimettenti sia davvero l’unica possibile declinazione applicativa dell’art. 325 TFUE ovvero sia possibile enucleare “*interpretazioni anche in parte differenti, tali da escludere ogni conflitto con il principio di legalità in materia penale*”.

4.1. I principi sanciti dalla Corte Costituzionale nello specchio del diritto penale costituzionalmente orientato

Prima di provare a sciogliere i nodi, la Consulta fissa importanti premesse metodologiche, che si saldano con il modello di diritto penale costituzionalmente orientato.

Anzitutto, viene riaffermato il ‘primato del diritto dell’Unione’ quale dato acquisito nella giurisprudenza costituzionale, ai sensi dell’art. 11 Cost., condizionato però all’osservanza dei “*principi supremi dell’ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona*” (§ 2); al contempo, è avallato il metodo seguito, nel far valere l’asserito contrasto con tali principi, dai giudici *a quibus*, sia con riferimento all’individuazione dell’organo deputato a risolvere tali conflitti, ossia la Corte costituzionale (§ 6), sia per quanto riguarda il percorso processuale, e cioè la scelta di sollevare questione di legittimità costituzionale dell’atto interno di ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona nella parte in cui autorizza alla ratifica e rende esecutivo l’art. 325, §§ 1 e 2 TFUE, come poi interpretato nella sentenza *Taricco* (§ 2).

Viene quindi ribadito come la legalità in materia penale, di cui all’art. 25, co. 2 Cost., rappresenti un “*principio supremo dell’ordinamento*”, posto a presidio “*dei diritti inviolabili dell’individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata re-*

troattiva” (§ 2) (qualora l’applicazione dell’art. 325 TFUE nell’ordinamento interno comportasse un *vulnus* a tale principio, sarebbe dovere della Corte impedirlo), ma anche quale suggello del principio-cardine della riserva di legge e della separazione dei poteri, “*di cui l’art. 25 co. 2 Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale*” (§ 5), in stretto collegamento con i limiti dei poteri del giudice, “*al quale non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale*” (§ 5).

Sul punto, s’impone qualche breve considerazione.

La scelta di privilegiare e insistere sul profilo della legalità/determinatezza, declinato in termini di prevedibilità, più vicino alla concezione sovranazionale e convenzionale di legalità penale e quindi più ‘digeribile’ rispetto alla riserva di legge statale (da sempre guardata con circospezione dalle Corti europee quale ‘baluardo’ delle rivendicazioni di sovranità nazionale in materia penale e nell’ordinanza volutamente tenuta “sotto traccia”), da la sensazione di una mossa ‘tattica’ attentamente calibrata, nell’attesa di tirare fuori, in un secondo momento, qualora appaia insoddisfacente la risposta della Corte di Giustizia, l’argomento formale della riserva di legge quale controlimite.

I giudici costituzionali ‘recuperano’ tuttavia le prerogative formali di garanzia interna qualificando la prevedibilità della decisione giudiziaria quale “*principio irrinunciabile del diritto penale costituzionale*”, che impone “*che la disposizione scritta con cui si decide quali fatti punire, con quale pena, e, nel caso qui a giudizio, entro quale limite temporale, permetta una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo*” (§ 5).

Si è al cospetto di una lezione democratica della Consulta, che vuole offrire, con il garbo istituzionale consistente nel non citare l’argomento di rottura dei controlimiti, alla Corte di Giustizia di ritornare “diplomaticamente” sui propri passi senza urtarne la sensibilità.

Alla teoria dei controlimiti, infatti, va assegnata una funzione nel dialogo intersistemico con gli ordinamenti sovranazionali (diritto UE) ed internazionali (CEDU) coi quali siamo impegnati a stabilire una “*corrispondenza effettiva reciproca*” (V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, p. 1250 ss.). Lo pretendono, “*da un lato, la densità e la ricchezza del livello di tutela di cui sono destinatari i diritti fondamentali; dall’altro, l’esigenza irrinunciabile di implementare il nocciolo duro della identità costituzionale*” (V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, p. 1250 ss.).

Pur al cospetto degli sforzi di annoverare la produzione giurisprudenziale (e segnatamente quella sovranazionale) nell’ambito del diritto scritto, a dover essere sufficientemente determinata è la disposizione scritta, giacché è sul piano normativo – e non giurisprudenziale – che va scolpita la definizione della fattispecie penale e delle sue componenti; e la prevedibilità

dell'esito di una condotta costituirà anche una garanzia aggiuntiva, legata alla *performance* stabilizzatrice della giurisprudenza, alla luce dell'art. 7 Cedu, ma essa opera in addizione rispetto alle tutele costituzionali, e non per sottrazione e quand'anche le pronunce giudiziali la assicurino, in quanto consolidate, ugualmente sarà necessario che esse siano compatibili con un giudizio prognostico basato sul testo della disposizione *normativa scritta* perché, in caso contrario, la legalità continuerà a mancare.

È questa la prospettiva nella quale va letta l'enfatizzazione del principio della separazione dei poteri, in collegamento diretto sia con la riserva di legge, sia con il principio di determinatezza.

Si tratta di un passaggio importante, in quanto la ricostruibilità della legalità penale in guisa di “*principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale e, quindi, di limite al diritto europeo, fonda sugli inscindibili rapporti tra forma dell'agire istituzionale nel settore dei reati e delle pene ed identità costituzionale dello Stato costituzionale moderno*” (V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, p. 1250 ss.).

Essa evidenzia l'intreccio tra ragioni del punire e ragioni della sovranità, facendo emergere la funzione costituente di entrambe ed evidenziandone il comune compito di comporre l'identità del sistema di governo democratico della società e di tutela dei diritti basici.

Come rilevato dalla migliore dottrina (V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, p. 1250 ss.), in questo scenario, si situano i nessi di derivazione dell'art. 25, comma 2, dall'art. 1, comma 2, della Costituzione: il primo, collocandosi nel raggio di azione del secondo, assevera che la legalità parlamentare dei reati e delle pene rappresenta forma di esercizio e limite della sovranità popolare; in altri termini, attuazione del principio di democrazia al servizio dei valori, e dei relativi codici, riconosciuti e garantiti dalla Carta.

Correttamente, dunque, la Consulta rileva che nell'architettura costituzionale dell'ordinamento repubblicano la riserva di legge statale in materia penale identifica “*un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale*”; non se ne può, pertanto, rinnegare – sia pure implicitamente – la qualifica di controlimite senza che si rinneghi quest'ultima categoria.

D'altra parte, come è stato attentamente osservato (V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, p. 1250 ss.), “*il ruolo di principio fondamentale della riserva di legge discende da ragioni interne allo statuto costituzionale del diritto penale; si fonda, in pratica, sulla relazione di razionalità strumentale rispetto alla strategia penalistica ad orientamento costituzionale, vale a dire alla dimensione politico-criminale del diritto penale nel senso della Costituzione, quella definita, cioè, da extrema ratio, offensività e laicità delle scelte di criminalizzazione, proporzionalità/ragionevolezza e finalismo rieducativo della pena*”.