

CONFRONTO DI IDEE

MARCO GAMBARDELLA

I modelli della legalità penale e la “vicenda Taricco”

L'autore esamina il “caso Taricco” alla luce del diverso contenuto e livello di tutela che nell'ordinamento italiano attribuiamo al principio costituzionale di legalità (art. 25 Cost.) rispetto a quanto avviene in sede europea o convenzionale (artt. 49 Carta UE e 7 Cedu). Nell'ultima parte s'indaga sulla disapplicazione con effetti sfavorevoli della disciplina italiana che contrasta con il diritto europeo e sull'eventuale compromissione del principio di riserva di legge.

The author examines the “Taricco case” on the basis of the different content and level of protection that we attribute to the Italian constitutional principle of legality (Article 25 Cost.) In comparison with what is done at European or conventional level (Article 49 EU Charter 7 Cedu). In the latter part he is concerned about the disapproval with unfavorable effects of Italian discipline, which is in contravention of European law and the possible violation of the statutory reserve principle.

SOMMARIO: 1. La distinzione del modello italiano di legalità da quello eurounitario e convenzionale. - 2. Il principio di legalità italiano e le modifiche sfavorevoli del sistema penale. - 3. L'ammissibilità di una disapplicazione sfavorevole.

1. La distinzione del modello italiano di legalità da quello eurounitario e convenzionale

La sessione mattutina del Convegno di studi “Legalità penale e legalità processuale: dissociazioni tra modelli e realtà”, è dedicata alla parte più strettamente penalistica.

Essendomi stato assegnato il ruolo di introdurre e di moderare tale sessione, svolgerò alcune brevi considerazioni iniziali. Considerazioni dedicate perlopiù alla “vicenda Taricco” e la sua stretta relazione con i modelli della legalità penale sostanziale.

Ecco, i modelli del principio di legalità: da qui occorre partire. È dai modelli del principio di legalità che origina il problema “Taricco” a livello di diritto eurounitario; ma già prima il problema si era palesato a livello convenzionale.

Perché i modelli?

Ebbene, perché banalmente dobbiamo distinguere, da una parte, il model-

lo “italiano”; dall’altra parte, il modello “eurounitario” e “convenzionale”. Sono già i modelli astratti ad essere diversi dal punto di vista della legalità penale.

Il modello sovranazionale nelle disposizioni di riferimento (art. 7 Cedu, art. 49 Carta diritti Ue) - come precisato proprio dalla Grande Sezione Taricco (Corte di giustizia, Grande Sezione, 8 settembre 2015, Taricco, causa C-105/14) - prende in considerazione “fattispecie + sanzione”. Il contenuto della garanzia del principio di legalità si riferisce soltanto alla fattispecie e alla sanzione, non si estende dunque a tutto ciò che attiene alla punibilità, come per esempio l’istituto italiano della prescrizione.

Le formule usate dall’art. 7 Cedu e 49 Carta UE sono chiarissime in tal senso. Secondo l’art. 7 § 1 Cedu “nessuno può essere condannato per “un’azione o una omissione” che al momento in cui fu commessa non costituiva reato”. Similmente poi ad avviso dell’art. 49 Carta UE “nessuno può essere condannato per “un’azione o una omissione” che al momento in cui fu commessa non costituiva reato”.

In particolare, la Corte di Lussemburgo nel § 53 della sentenza “Taricco” si è preoccupata di puntualizzare che se “il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali ... dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati”.

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

Gli artt. 49 Carta e 7 § 1 Cedu lasciano fuori dal loro perimetro operativo il regime legale della prescrizione.

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

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

Quando la Corte di giustizia “Taricco” si sofferma sul contenuto delle garanzie degli artt. 49 Carta UE e 7 Cedu lo fa non per esaurire la tutela

dell'imputato, bensì per delineare appunto l'ambito di protezione che la Carta dei diritti UE e la Convenzione europea accordano a tale riguardo agli interessati (§§ 54 - 57).

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

2. Il principio di legalità italiano e le modifiche sfavorevoli del sistema penale

Nel modello costituzionale italiano del principio di legalità, si fa riferimento non al fatto e alla sanzione per delimitare la sfera di rilevanza delle garanzie, bensì in modo più ampio alla "punizione".

Stabilisce infatti l'art. 25, co. 2, Cost. che "nessuno "può essere punito" se non in forza di una legge".

Ebbene, nell'ordinamento italiano attribuiamo al principio costituzionale di legalità un diverso contenuto e livello di tutela rispetto a quanto avviene in sede europea o convenzionale (artt. 49 Carta UE e 7 Cedu).

Il principio di legalità lo rapportiamo in genere alle modifiche sfavorevoli del sistema penale, e non solo alla coppia concettuale: fattispecie/sanzione, come invece nel diritto sovranazionale. Fattispecie e sanzione che in realtà non sono altro che gli elementi costitutivi della norma incriminatrice.

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

L'inclusione della disciplina prescrizione nella garanzia della legalità si risolve in un innalzamento del livello di tutela delle garanzie individuali

che deve ritenersi salvaguardato dallo stesso diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 53 della Carta.

E la modifica in campo penale deve essere anche determinata, ossia formulata in modo chiaro e preciso al fine di permettere alle persone di comprendere quali possono essere le conseguenze della propria condotta sul versante penalistico, ed evitare inoltre l'arbitrio applicativo del giudice. Dunque anche una modifica sfavorevole della disciplina della prescrizione è coperta dal superiore principio di irretroattività della legge penale. Prescrizione dell'illecito penale che, come tradizionalmente insegna la giurisprudenza costituzionale, ha natura sostanziale.

Nella pronuncia costituzionale n. 393 del 2006 si è affermato - con riferimento al principio di retroattività della *lex mitior*, che ha oltretutto uno statuto di garanzia meno forte di quello di irretroattività - che la garanzia del principio di applica a tutte "le norme ... che incidono sulla prescrizione del reato". Perciò non solo sul termine ordinario di prescrizione, ma pure con riferimento agli istituti della sospensione e della interruzione della prescrizione (cfr. Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393, sulla c.d. legge *ex Cirielli*).

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

Inoltre, è soltanto l'art. 25, co. 2, Cost. che prende in considerazione il profilo delle fonti, vincolando la produzione normativa alla "legge": secondo la chiara dizione costituzionale: «"legge" entrata in vigore prima del fatto commesso».

È unicamente nel nostro modello che si esclude esplicitamente la fonte giurisprudenziale dal sistema penale. D'altronde, non avrebbe senso prevederlo a livello eurounitario o convenzionale, in cui abbiamo Paesi di tradizione di "*common law*".

Dunque, il principio di riserva di legge fa parte solo del nostro modello costituzionale di legalità penale.

Ecco forse perché l'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017 (che ha sottoposto in via pregiudiziale, *ex art. 267 TFUE*, alla Corte di giustizia tre questioni di interpretazione dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE) ha svalutato il profilo della riserva di legge - seppure ampiamente argomentato come uno dei parametri della questione di costituzionalità da parte della terza sezione della Corte di cassazione - e ha puntato su quello della determinatezza.

Ad avviso della Corte costituzionale, il principio di determinatezza non ammette che il contenuto della regola in materia penale sia deciso caso per caso dal giudice penale.

L'attività del giudice deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate; non si può affidare al giudice il potere di creare un regime legale in luogo di quello approvato dal Parlamento.

I giudici penali non possono essere incaricati di raggiungere uno scopo.

Il principio della divisione dei poteri è stato valorizzato nell'ordinanza costituzionale n. 24 del 2017 dal versante della determinatezza del contenuto normativo, dislocata nel prisma dell'art. 25, co. 2, Cost.

Mentre, qualche tempo addietro la Corte costituzionale, con la sentenza n. 230 del 2012, aveva collegato il principio della separazione dei poteri al disposto dell'art. 101, co. 2, Cost. E pertanto, si è scritto che nell'ordinamento italiano la "soggezione soltanto alla legge dei giudici" implica che la creazione giurisprudenziale di nuovo diritto sia vietata. Le decisioni dei giudici (eccetto quelle dei Giudici costituzionali), hanno dunque effetti circoscritti al caso deciso e i precedenti giurisprudenziali non sono vincolanti.

Ebbene, la dimensione giudiziaria è dimensione essenziale del diritto: si è affermato invero che «un diritto senza giudice non sarebbe diritto, così come un giudice senza diritto non sarebbe un giudice» (G. Zagrebelsky). Eppure è noto come la grande dicotomia tra *civil law* e *common law* sia tradizionalmente fondata proprio sul ruolo del giudice: nel diritto continentale i giudici si limitano ad applicare la legislazione; al contrario, nel diritto angloamericano essi applicano anche il diritto prodotto da loro stes-

si tramite la regola dello *stare decisis*.

Nel primo sistema, troviamo la prassi del “precedente persuasivo”: i giudici tendono a non discostarsi dalle decisioni anteriori. I giudici consultano le pronunce prima rese, ma le rispettano soltanto se ne sono persuasi. Invece, caratteristica fondamentale dei sistemi di *common law* è il principio del “precedente vincolante” (*stare decisis*): i giudici successivi sono obbligati a seguire le decisioni (o meglio il principio di diritto, o *ratio decidendi*) su questioni simili prese dalle corti superiori.

Nel pensiero giuridico moderno nell’ambito del diritto europeo-occidentale (*civil law*), a partire dalla dottrina della separazione dei poteri, il potere legislativo crea il diritto (le leggi generali e astratte), mentre il potere giudiziario applica ai casi concreti il diritto creato dal potere legislativo. Netta distinzione, dunque, tra “creazione” e “applicazione” del diritto: il diritto è prodotto dal legislatore e applicato dai giudici. Si tende in questo modo ad evitare la sopraffazione di un potere sull’altro; e a tal fine, in linea generale, si vieta, da una parte al potere giudiziario di legiferare o di esercitare il potere esecutivo, dall’altra s’impedisce sia al potere esecutivo sia a quello legislativo di giudicare.

E la legalità, come principio fondante delle garanzie individuali negli ordinamenti moderni, esclude tra l’altro la partecipazione autenticamente creativa del giudice nel momento applicativo.

3.L’ammissibilità di una disapplicazione sfavorevole

Uno dei problemi più dibattuti all’indomani della pubblicazione della sentenza Taricco della Grande Sezione è quello legato all’impiego dello strumento della disapplicazione con effetti *in malam partem*, con ricadute dunque sfavorevoli nel sistema penale. Siamo invece abituati a ragionare unicamente con una disapplicazione che ha esiti favorevoli, effetti cioè *in bonam partem*.

È stato così da più parti sostenuto che l’ammissibilità della disapplicazione ad opera del giudice nazionale, in attuazione di una sentenza pregiudiziale della Corte di giustizia che produca esiti sfavorevoli, dia luogo ad una evi-

dente compromissione del principio costituzionale di legalità-riserva di legge. Una nuova disciplina degli atti interruttivi della prescrizione per i reati in materia di frodi Iva sarebbe creata dalla Corte di Lussemburgo e non già dal legislatore parlamentare.

L'obiezione principale è dunque quella che la disapplicazione sfavorevole leda il principio della riserva di legge, perché porta ad avere una nuova disciplina della prescrizione sfavorevole; disciplina che si trae non dal testo del codice penale, ma dall'art. 325 TFUE come interpretato dalla sentenza "Taricco".

Ebbene, sembrerebbe potersi dedurre dall'ordinanza costituzionale n. 24/2017 che, seppure la disciplina della prescrizione sia ricompresa nel campo del principio di legalità penale, è astrattamente preclusa unicamente una disapplicazione *in malam partem* "retroattiva", che operi in modo sfavorevole cioè nei confronti di condotte tenute prima della pubblicazione della sentenza "Taricco" della Corte di Lussemburgo. Per la Corte costituzionale «non si può allora escludere che la legge nazionale possa e debba essere disapplicata se ciò è prescritto in casi specifici dalla normativa europea».

Sarebbe possibile, quindi, una disapplicazione sfavorevole, purché non vi sia una disapplicazione sfavorevole retroattiva.

Lo strumento della disapplicazione *in malam partem* non sarebbe tuttavia qui in concreto azionabile nemmeno per i casi storici successivi alla sentenza "Taricco", poiché l'art. 325 TFUE non costituisce una base legale sufficientemente determinata. Per la Corte costituzionale non è ammissibile che il diritto dell'Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale, che costui è tenuto a conseguire in mancanza di un testo che stabilisca in anticipo analiticamente casi e condizioni.

Ma che cosa succederebbe se la Corte di giustizia, adita adesso in via di rinvio pregiudiziale dalla Corte costituzionale tramite l'ordinanza n. 24 del 2017, specificasse il contenuto della c.d. regola Taricco ascrivendo un significato determinato ai sintagmi "numero considerevole di casi" e "fatti che integrano una frode è grave"; ai requisiti cioè che, secondo la Grande Sezione del 2015, condizionano in concreto l'impiego dello strumento della disapplicazione con effetti sfavorevoli della disciplina in tema di interru-

zione della prescrizione.

Secondo l'ordinanza n. 24/2017, in relazione alla c.d. regola Taricco, la determinatezza bisogna intenderla in due direzioni: verso il giudice che deve avere una norma chiara e precisa da applicare, e verso il cittadino che deve poter prevedere tutte le conseguenze sul piano penale del proprio comportamento.

Occorre allora domandarsi se difetterebbe comunque la prevedibilità ancorché la Corte di giustizia riempisse di contenuto la fattispecie in esame, in quanto mancherebbe in ogni caso una disposizione scritta. Il riempimento di contenuto avverrebbe infatti attraverso una sentenza della Corte di giustizia e, quindi, sarebbe comunque impedita la disapplicazione con esiti *in malam partem*. In altre parole, la disapplicazione non potrebbe operare ugualmente, perché sarebbe la Corte di Lussemburgo a stabilire quando sussiste un "numero considerevole di casi" e quando le "frodi sono gravi", con la conseguenza che il cittadino non potrebbe prevedere il suo comportamento perché non ha una disposizione scritta.

È necessario non confondere la disposizione con la norma: la prevedibilità si riferisce sempre alla norma, cioè all'attribuzione di un significato, e non al testo. Prevedibilità vuol dire - come esplicitamente scritto nell'ordinanza n. 24/2017 - che al cittadino deve essere permesso di comprendere il valore precettivo della disposizione scritta. Siamo dunque sul piano del "significato" e non del "significante". È la norma che deve essere "prevedibile" piuttosto che la disposizione (il testo scritto, l'enunciato).

La garanzia della legalità europea deve essere estesa fino al diritto giurisprudenziale vivente; la prevedibilità può essere perciò adeguatamente garantita anche in presenza di un testo legale oscuro grazie all'apporto chiarificatore del diritto vivente consolidato. La <<prevedibilità delle conseguenze giuridico-penali ha il suo punto di riferimento non più solo nel diritto legislativo, nel testo legale ma anche nel prodotto normativo risultato dell'attività interpretativo-applicativa dei giudici>> (Palazzo).

Dunque, non convince la prevedibilità collegata alla disposizione scritta, bensì è più convincente una prevedibilità congiunta con la possibilità di conoscere la norma, cioè con l'attribuzione di significato che si dà a quel testo.

Ciò che conta, come evidenziato dalla ormai celebre sentenza “Contrada” della Corte europea, è di stabilire se all’epoca dei fatti ascritti alla persona la legge applicabile definisse chiaramente il reato: <<si deve dunque esaminare se, a partire dal testo delle disposizioni pertinenti e con l’aiuto dell’interpretazione della legge fornita dai tribunali interni, il ricorrente potesse conoscere le conseguenze dei suoi atti sul piano penale>> (§ 64) (Corte europea, sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, ric. n. 66655/13).

Non interessa se la disposizione è cambiata o meno, interessa se l’interpretazione di quel testo immutato ha dato luogo nel tempo all’implementazione di nuovi elementi costitutivi o ad una diversa lettura degli stessi, che il cittadino deve poter conoscere in anticipo. Per esempio, ad avviso della sentenza “Contrada”, il concorso esterno in associazione mafiosa è il frutto di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con le Sezioni unite “Demitry”. E perciò all’epoca in cui sono stati commessi i fatti contestati a Bruno Contrada (1979-1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile; e il ricorrente non poteva conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti (Corte europea, sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, cit.).

Insomma, a livello di legalità europea (e convenzionale) è rinvenibile una sostanziale equiparazione tra fonte legislativa e fonte giurisprudenziale: all’atto normativo scritto prodotto da uno specifico procedimento di produzione (*statutory law*) deve essere parificato il diritto giurisprudenziale (*judicial law*). E pertanto all’interno delle garanzie penalistiche enucleabili dal principio legalità europeo (e convenzionale), la prevedibilità riguarda pure l’applicazione giudiziaria di tale legge. E in conformità a tali premesse, la garanzia dell’irretroattività è stata estesa anche alla nuova interpretazione giurisprudenziale con effetti sfavorevoli, precludendo tale garanzia la retroattività dell’*overruling* imprevedibile *in malam partem* (Corte europea, Grande Camera, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, n. 42750/09; e Corte di giustizia, sez. II, 8 febbraio 2007, Groupe Danone c. Commissione delle Comunità europee, causa C-3/06 P).

Oltretutto va tenuto presente che, ai fini della sufficiente determinazione dei due requisiti del “numero considerevole di casi” e della “gravità della frode”, le sentenze pregiudiziali della Corte di Lussemburgo hanno un valore generale, “normativo” (il principio affermato vale *erga omnes*); nel senso che innovano nella materia dove vanno ad incidere (nel nostro caso, il diritto penale sostanziale). Le possiamo considerare allora vere e proprie fonti del diritto alla stregua di quelle interne.

Il principio di determinatezza, inoltre, tanto nella giurisprudenza costituzionale quanto in quella convenzionale non coincide necessariamente con il carattere descrittivo della fattispecie, ben potendosi ricorrere sul piano della tecnica legislativa in nozioni generali, formule aperte o elastiche, concetti extragiuridici diffusi, dati di esperienza comune o tecnica ecc. (cfr., ad esempio, Corte europea, sez. V, 6 ottobre 2011, *Soros c. Francia*, n. 50425/06, §§ 50-62; Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 5).

E questa impostazione è stata ribadita da ultimo dalla sentenza della Corte di Strasburgo, Grande Camera, “*De Tommaso*” (Corte europea, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, n. 43395/09, §§ 106 ss.) secondo cui il livello di precisione di una legge penale, al fine di permettere al cittadino di regolare la sua condotta, deve tener conto del fatto che il diritto talvolta deve sapersi adattare ai cambiamenti di situazione. Cosicché anche la legge penale, per evitare di essere eccessivamente rigida, può servirsi in certe circostanze di formule più o meno vaghe, di cui l’interpretazione e l’applicazione dipende dalla prassi.

In definitiva, sulla scorta di quanto sin qui osservato, sembra logico affermare che sia possibile una disapplicazione *in malam partem*. Certamente lo strumento della disapplicazione non è applicabile retroattivamente, ma soltanto *pro futuro*; e, a ben vedere, l’ordinanza costituzionale n. 24 del 2017 non lo ha escluso e anzi sembra ammetterlo. Il momento dal quale può operare il meccanismo della disapplicazione sfavorevole, va fatto coincidere con la nuova pronuncia della Corte di giustizia che abbia determinato il contenuto dei requisiti del “numero considerevole di casi” e dei “fatti che integrano una frode grave”.