

## TEMI D'ATTUALITÀ

---

**ALESSANDRO LAURITO**

### **Il rapporto fra il principio di determinatezza e il precedente vincolante.**

### **Considerazioni sui limiti costituzionali all'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea a margine del caso Taricco**

Il contributo, prendendo spunto dall'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 relativa al caso Taricco, analizza il rapporto fra il precedente vincolante di fonte eurounitaria ed il principio di legalità in materia penale. In particolare, la Consulta ricorre al principio di determinatezza non solo con riferimento alla formulazione del dispositivo della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ma anche avuto riguardo alla ragionevole prevedibilità dell'interpretazione dell'art. 325 TFUE.

*The essay, taking into account the decision n. 24/2017 of the Constitutional Court on the Taricco case, focuses the relationship between the European Court of Justice binding precedent and the rule of law in criminal matters. In particular, the Constitutional Court invokes the principle of legal certainty regarding the operative part of the European Court of Justice's judgment and the foreseeability of the art. 325 TFUE interpretation.*

**SOMMARIO:** 1. L'attivazione dei controlimiti come occasione per rimeditare l'ambito applicativo dell'art. 25, co. 2, Cost. alla luce di un precedente vincolante - 2. La controversa distinzione tra effetti *in bonam* o *malam partem* e le ricadute sul principio della riserva di legge - 3. Brevi considerazioni in ordine ai rapporti fra determinatezza e tassatività. Produzione della regola euro unitaria, e sua formulazione, ad opera delle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea - 4. I rapporti fra dispositivo e disposizione. 4.1 La certezza del diritto, quale ragionevole prevedibilità dell'esito interpretativo, come vincolo per l'interpretazione della CGUE. Il rinvio pregiudiziale come rimedio "preventivo" alla declaratoria di incostituzionalità - 4.2 La determinatezza del precedente vincolante come oggetto del sindacato costituzionale e, quindi, rimedio "successivo" all'incertezza del diritto: l'ordinanza n. 24 del 2017 come prototipo di sentenza interpretativa di accoglimento in materia di determinatezza.

#### **1. L'attivazione dei controlimiti come occasione per rimeditare l'ambito applicativo dell'art. 25, co. 2, Cost. alla luce di un precedente vincolante**

Negli studi che si occupano del rapporto fra ordinamento interno ed europeo, la "tutela multilivello" dei diritti<sup>1</sup> è la locuzione che velatamente esprime

---

<sup>1</sup> Sul punto, v. CARDONE, v. *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. Dir.*, IV, Torino, 2011, 335 ss.

l'incapacità degli Stati membri di adeguare il proprio sistema giuridico al più elevato nucleo di garanzie apprestato da Carte e Corti sovranazionali. Il caso Taricco costituisce, però, un'esplicita e tetragona inversione di rotta, che sembrerebbe prestare il fianco ad una ("inedita") "compressione multilivello" del principio costituzionale di legalità, come si evince anche dalla risonanza che la questione ha assunto nel dibattito scientifico dipanatosi a partire dalla pubblicazione della sentenza.

Il motivo di un tale clamore risiede, probabilmente, nel fatto che la Corte di Giustizia ha gettato nuova luce su un problema dogmatico non del tutto risolto nell'ordinamento interno, attinente al rapporto fra l'interpretazione giudiziale (in questo caso di rango eurounitario) e le garanzie costituzionali di cui all'art. 25, co. 2, Cost. Le critiche mosse alla centralità assunta dalla giurisdizione nel nostro sistema - ove il confine fra diritto vivente<sup>2</sup> e vigente si fa sempre più labile - sembrano, dunque, amplificarsi con riferimento al diritto sovranazionale, il quale si basa su un "dialogo" fra Corti, tutto interno alla giurisdizione, che avrebbe fortemente ridimensionato il ruolo dei Parlamenti nazionali (anche e soprattutto) in materia penale<sup>3</sup>. Tale dialogo pare aver assunto, di recente, persino le vesti di un monologo, costringendo il giudice costituzionale a (ri)scoprire, a distanza di poco più di un anno, il primato assiologico della Costituzione sulla CEDU<sup>4</sup> e l'operatività dei controlimiti costituzionali alla primazia del diritto UE, da sempre relegati fra le minacce - poco credibili - degli Stati membri al sistema eurounitario.

Pare, tuttavia, che il transito dalla piramide kelseniana ad una "rete" di fonti<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Definito persino un "tiranno" ed un "sicario" da FERRUA, *Il contraddittorio tra declino della legge e tirannia del diritto vivente*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di Negri-Orlandi, Torino, 2017, 17. Sulla crescente divaricazione fra interpretazione letterale ed interpretazione extratestuale di carattere teleologico v. *ex multis* FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, II, 2001, 353 ss.

<sup>3</sup> Eloquente, sul punto, è l'articolo di EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, II, 2015, 41 ss.

<sup>4</sup> Si veda, a tal proposito, Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49 in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), su cui recentemente MARTINICO, *La giurisprudenza della disobbedienza. Il ruolo dei conflitti nel rapporto fra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *I Controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di Bernardi, Napoli, 2017, 426 ss.

<sup>5</sup> Sulla crisi del modello "piramidale" delle fonti v. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, 84 ss.; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 145 ss.; PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2014, 1109 ss.; richiama la

non sia stato “supinamente” recepito dagli Stati membri, ma a più riprese invocato da dottrina e giurisprudenza<sup>6</sup>, stimolando, così, una crescente interazione fra ordinamenti, di cui il caso Cestaro e Taricco sembrerebbero, tuttavia, disvelare l’altra “faccia della medaglia”<sup>7</sup>.

La fonte di legittimazione delle Corti europee, nonché le disposizioni da esse applicate, hanno natura statutaria: pare, quindi, inevitabile che il compito di tradurre in una norma le diverse possibili interpretazioni del dato letterale sia rimesso agli organi giudicanti, con la conseguenza che il referente principale di tali Corti siano i giudici nazionali, e non i Parlamenti<sup>8</sup>.

Ciò che, invece, sembra stravolgere il sistema è la (maggiore o minore) efficacia vincolante dell’interpretazione “sovranaazionale”, nonché l’assenza di qualsiasi limite alla stessa. Si pensi, a titolo d’esempio, alla mancanza di diretta applicabilità dell’art. 325, par. 1, TFUE prima della sentenza Taricco e, d’altra parte, alla laconica formulazione dell’art. 3 CEDU, su cui la Corte di Strasburgo ha, tuttavia, edificato un complesso sistema giuridico di tutela (che va dal principio di *non refoulement* al sovraffollamento carcerario)<sup>9</sup>.

Mentre, infatti, l’ordinamento interno, almeno da un punto di vista formale, continua a fondarsi sulla (sola) autorevolezza del precedente, e non sulla sua cogenza, l’attività ermeneutica del giudice europeo è in grado di inserirsi nel panorama delle fonti, stravolgendone le fondamenta. Alla luce di tali considerazioni, occorre, allora, interrogarsi sulla possibilità di ricondurre il sistema nei binari della certezza del diritto.

---

metafora di un labirinto di fonti MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 3.

<sup>6</sup> Si pensi alle questioni relative alla confisca urbanistica o ai doppi binari sanzionatori, su cui v., per tutti, MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei “doppi binari” nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della “materia penale”*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 5.

<sup>7</sup> Sul punto, v. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *RivistaAIC*, II, 2016, 12, benché l’incidenza dei due obblighi di tutela sia ovviamente diversa: gli obblighi convenzionali non sono in grado, infatti, di spiegare alcuna diretta applicabilità nell’ordinamento interno, cfr. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2 e 13.

<sup>8</sup> Cfr. le osservazioni critiche di EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia può erigere il giudice a legislatore*, cit., 41 ss.

<sup>9</sup> Cfr. sul punto MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., 14, secondo cui saremmo in presenza di “disposizioni senza norme”, con riferimento alla CEDU ed alla CDFUE, e di “fonti senza disposizioni”, avuto riguardo alla giurisprudenza fonte delle Corti europee.

In una prospettiva *de iure condendo* sarebbe auspicabile che l'individuazione del precedente, anche quello di rango sovranazionale, venisse affidata ad un "giudice" di ultima istanza, che goda di legittimazione democratica<sup>10</sup>.

*De iure condito* sembra, invece, inevitabile rimeditare le garanzie costituzionali elaborate per un sistema a legalità formale nell'ottica della vincolatività del precedente eurounitario. Si tratta di un'esigenza avvertita, seppur in una dimensione sostanziale, e non formale, anche con riferimento ai provvedimenti giurisdizionali interni<sup>11</sup>. La dottrina ha, infatti, da tempo approfondito i rapporti intercorrenti fra il precedente ed il principio di legalità<sup>12</sup>: la Consulta pare aver tirato le fila del ragionamento assoggettando l'unico precedente vincolante nel nostro ordinamento a quanto disposto *ex art. 25, co. 2, Cost.*<sup>13</sup>

La questione non è di lieve momento: non si è mancato, infatti, di rilevare come nel diritto europeo si utilizzino gli stessi parametri per valutare sia «[...] in prospettiva statica, la possibile violazione dell'obbligo di stretta interpretazione, sia [...] in prospettiva dinamica, se l'attività interpretativa del giudice abbia o meno violato il precetto intertemporale<sup>14</sup>». Al contrario sul piano in-

<sup>10</sup> È la soluzione recentemente proposta da TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, in *questa Rivista*, I, 2017, 79 ss.

<sup>11</sup> Per un'analisi dei problemi relativi alla vincolatività del precedente v. per tutti CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2007, *passim*. Recentemente, v. anche DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, III, 2016, 13 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>12</sup> V. da ultimo VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 6 ss.; MANNA, *Aspetti problematici della vincolatività relativa del precedente giurisprudenziale in materia penale rispetto a talune norme costituzionali*, in *questa Rivista*, I, 2017; MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, III, 2017, 972 ss.

<sup>13</sup> Secondo VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 7, i corollari del *nullum crimen sine lege* non sarebbero di per sé sufficienti a garantire la prevedibilità della decisione giudiziale, dal momento che l'ambito applicativo dell'art. 25, co. 2, Cost., per come generalmente ricostruito da dottrina e giurisprudenza, non si riferirebbe all'interpretazione della norma penale, se non limitatamente al problema della sua potenziale estensione analogica: la ragionevole prevedibilità dell'esito interpretativo sarebbe ricavabile, invece, dall'art. 7 CEDU, che ad avviso dell'Autore potrebbe rientrare, mediatamente, nel nucleo di garanzie di cui all'art. 25, co. 2, Cost. Sul ruolo del principio di precisione nell'ottica del precedente v., inoltre, ID., *La tutela penale della libertà individuale. L'offesa mediante violenza*, I, Milano, 2002, 192.

<sup>14</sup> Così VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 106; v. anche SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in *europa e diritto penale*, a cura di Paliero-Viganò, Milano, 2013, 251. Come rileva CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit., 114, non tutti

terno si è soliti distinguere la determinatezza di una disposizione dalla sua applicazione retroattiva, con le inevitabili ricadute anche sulla tipologia di parametro in base al quale valutare la ragionevole prevedibilità di una norma (v. *infra* par. 4). Benché la Consulta non sembri del tutto lineare nelle sue argomentazioni, soprattutto quando richiama la possibilità per il soggetto agente di ragionevolmente “pensare” che l’art. 325, par. 1, TFUE prescrivesse al giudice di disapplicare gli articoli 160, co. 3, c.p. e 161, co. 2, c.p.<sup>15</sup>, le premesse da cui muove paiono invece ben salde: «*Nell’ordinamento giuridico nazionale il regime legale della prescrizione è soggetto al principio di legalità in materia penale, espresso dall’art. 25, secondo co., Cost. [...] È perciò necessario che esso sia analiticamente descritto, al pari del reato e della pena, da una norma che vige al tempo di commissione del fatto*»<sup>16</sup>.

La Consulta nell’ordinanza di rimessione invoca in primo luogo il principio di determinatezza, avuto riguardo, però, ad un risultato interpretativo (benché di fonte eurounitaria) e non alla sola disposizione<sup>17</sup>.

Nello specifico, oggetto del sindacato di costituzionalità non è la disposizione del Trattato, ma, più in generale, i rapporti fra tale disposizione (art. 325, par. 1, TFUE) e la norma risultante dall’interpretazione (il dispositivo della sen-

i contrasti diacronici conseguono alla indeterminatezza della disposizione.

<sup>15</sup> V. sul punto MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 7.

<sup>16</sup> § 4 dell’ordinanza della Corte costituzionale del 23 novembre 2016, n. 24, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); si tratta dei “punti fermi” della Corte, su cui v. PALAZZO, *La consulta risponde alla “Taricco”: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. proc.*, III, 2017, 285 ss.; FERRANTE, *L’ordinanza della Corte costituzionale sull’affaire Taricco: una decisione “diplomatica” ma ferma*, in *Dirittifondamentali.it*, I, 2017, 17 ss. Parla di “ordinanza-monito” RICCARDI, *“Patti chiari, amicizia lunga”. La Corte costituzionale tenta il “dialogo” nel Caso Taricco, esibendo l’arma dei contro-limiti*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 9 ss.

<sup>17</sup> Sulla distinzione fra disposizione e norma, cfr. per tutti CRISAFULLI, v. *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 195 ss. Come sottolinea MASSARO, *La risposta della Corte costituzionale alla (prima) sentenza Taricco tra sillogismi incompiuti e quesiti retorici*, in *Giur. pen.*, III, 2017, 16, la Consulta ricorre al principio di determinatezza sotto un duplice aspetto: sia avuto riguardo alla ragionevole prevedibilità dell’interpretazione dell’art. 325, par. 1, TFUE, sia con riferimento alla “genericità” del dispositivo Taricco; sul punto v. anche SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L’actio finium regundorum della Consulta nell’ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 21. Sui requisiti di determinatezza delle norme penali europee v. recentemente PANEBIANCO, *La variabile consistenza delle garanzie penali nella politica criminale europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, IV, 2016, 1744 ss.; sottolinea la presa di posizione della Corte costituzionale sul principio di prevedibilità della decisione giudiziaria VIGANO, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 7.

tenza Taricco), tenendo conto delle peculiarità che caratterizzano le sentenze della CGUE - che costituiscono, a loro volta, fonte vincolante, a differenza di qualsiasi provvedimento della Corte di cassazione, anche nella sua composizione più autorevole - e le disposizioni dei Trattati, che spesso difettano di un immediato contenuto prescrittivo.

Prendendo spunto dal caso Taricco sembrerebbe quindi che la ragionevole prevedibilità dell'esito interpretativo, quale corollario (anche) del principio costituzionale di determinatezza, non rappresenti un vincolo attinente solo alla formulazione (generica o meno) della disposizione (art. 325, par. 1, TFUE) o del dispositivo, ma altresì un limite al potere della Corte, la quale non potrebbe travalicare i - seppur incerti - confini di un'interpretazione restrittiva (o, meglio, prevedibile) della disposizione, a pena di una (potenziale) declaratoria di incostituzionalità, contemperando, dunque, il potere di enunciare norme vevoli *erga omnes* per il tramite dell'interpretazione stessa (v. *infra* par. 4).

Nell'analisi della sentenza Taricco si muove, implicitamente, dal presupposto secondo cui unico elemento vincolante del provvedimento della CGUE sia il dispositivo<sup>18</sup>. Non vi sarebbero, in tal modo, problemi nell'individuare la *regula iuris*, frutto dell'interpretazione dell'art. 325, par. 1, TFUE, per poi valutarne la compatibilità con quanto disposto dall'art. 25, co. 2, Cost.

La scelta della Consulta<sup>19</sup> di estendere le garanzie del *nullum crimen et nulla*

---

<sup>18</sup> Sul punto v. MASSARO, *La risposta della Corte costituzionale alla (prima) sentenza Taricco tra sillogismi incompiuti e quesiti retorici*, cit., 5. L'efficacia vincolante del solo dispositivo delle sentenze della CGUE sembra ricavarsi anche dagli artt. 92 e 154 del *Regolamento di procedura della Corte di Giustizia* del 29/09/2012, consultabile in [www.eurlex.it](http://www.eurlex.it), ove si fa riferimento, rispettivamente, alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del dispositivo delle sentenze e delle ordinanze definitive della CGUE e alla presentazione di osservazioni scritte nel caso di rettifica del dispositivo o di «un passo della motivazione che costituisce un supporto indispensabile del dispositivo [...]».

<sup>19</sup> Ci si riferisce all'ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, su cui v. CIVELLO, *La Consulta, adita sul caso "Taricco", adisce la Corte di Giustizia: orientamenti e disorientamenti nel c.d. "dialogo fra le corti"*, in questa *Rivista*, I, 2017; DI FLORIO, *Sul rinvio pregiudiziale alla C.G.U.E operato dalla Corte costituzionale: un commento "a caldo"*, *ivi*, I, 2017; TAGLIONE, *Brevi considerazioni sull'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017*, *ivi*, I, 2017; AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in [www.eurojus.it](http://www.eurojus.it), I, 2017; CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 2017; GUZZAROTTI, *I paradossi della vicenda Taricco*, in [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info), 18 febbraio 2017; REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 2017; GALLO, *La primazia del primato sull'efficacia (diretta?) del diritto UE nella vicenda Taricco*, in [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org), 2017; RUGGERI, *Ultimatum*

*poena sine lege* ad una sentenza della CGUE<sup>20</sup> pare, quindi, prospettare un compromesso fra legalità formale e sostanziale, che potrebbe essere importato anche nel controverso rapporto fra legislazione e giurisdizione interna, ove il precedente non è formalmente vincolante, o nei confronti delle sentenze CEDU, ove lo è, ma solo mediatamente. In tali casi si pone, tuttavia, il più ampio e complesso problema relativo alle condizioni in presenza delle quali si possa individuare un precedente e, nello specifico, se e quali elementi del provvedimento debbano ritenersi effettivamente “vincolanti”, difettando, in primo luogo, un dispositivo analogo a quello delle sentenze della CGUE.

Laddove, tuttavia, si pervenisse ad una soluzione di tali aspetti, che esulano dall’oggetto del presente lavoro, sarebbe possibile vagliare la determinatezza di una disposizione interna non solo in quanto tale, ma anche alla luce della sua concretizzazione ad opera della giurisprudenza, vincolando quest’ultima ad un *self restraint* nei casi in cui l’interpretazione estensiva non fosse per il destinatario ragionevolmente prevedibile.

La Consulta sembrerebbe, quindi, definitivamente smarcarsi, seppur nell’ambito del peculiare caso Taricco, dalla secca alternativa fra l’accoglimento, od il rigetto, di una questione di legittimità costituzionale relativa ad una disposizione formulata in termini vaghi, che per lungo tempo ha contraddistinto il sindacato di determinatezza sul piano interno<sup>21</sup>.

---

della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controllimiti, in *Consultaonline*, I, 2017, 81 ss.; BAIO, *Il principio di legalità in materia penale quale controllimiti all’ordinamento euromunitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo!) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco*, *ivi*, I, 2017, 95 ss.; PICCIRILLI, *L’unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controllimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida (nota a Corte cost., ord. n. 24/2017)*, *ivi*, I, 2017, 125 ss.; GIUNCHEDI, *La Consulta, la “regola Taricco” ed il rapporto tra fonti europee*, in *questa Rivista*, I, 2017.

<sup>20</sup> Come rileva VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 6, le pronunce della Corte costituzionale sul principio di determinatezza si contano “sulle dita di una mano”.

<sup>21</sup> Cfr. MASSARO, *La risposta della Corte costituzionale alla (prima) sentenza Taricco tra sillogismi incompiuti e quesiti retorici*, cit., 17, secondo cui «[...] è un’operazione indubbiamente peculiare quella di riferire il requisito della determinatezza “direttamente” alla regola elaborata dalla sentenza Taricco, anziché alla normativa nazionale derivante dalla disapplicazione». Per una sintesi sugli orientamenti della Corte costituzionale in materia di determinatezza cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2014, 87 ss.; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015, 68, riportano taluni esempi (Corte cost., 23 luglio 2010, n. 282; Corte cost., 18 aprile 2012, n. 94, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)) in cui la Consulta ricorre ad un’interpretazione conforme al principio di precisione, rigettando la questione di legittimità, che non sembrerebbero, però, del tutto risolutivi avuto riguardo ai risultati interpretativi cui perviene il giudice costituzionale, v. *infra* par. 4, note 96 e 97.

## 2. La controversa distinzione tra effetti *in bonam* o *in malam partem* e le ricadute sul principio della riserva di legge

Pare opportuno dare brevemente conto delle ragioni che hanno condotto ad una frizione fra il giudice di Lussemburgo e la Corte costituzionale.

La dicotomia che al meglio esprime il tacito compromesso nei rapporti fra diritto europeo e diritto penale nazionale risiede nella nota distinzione tra effetti *in bonam* e *in malam partem*. Si tratta di un problema solo apparentemente nuovo, ma che ha, per diversi motivi, a lungo impegnato la dottrina penalistica anche sul fronte interno. Si pensi, a tal proposito, da una parte alla sindacabilità costituzionale delle norme penali di favore e, dall'altra, all'estensione analogica delle disposizioni penali diverse da quelle incriminatrici.

Per chi muova da un'impostazione unitaria in tema di riserva di legge e di analogia, improntata al monopolio del legislatore avuto riguardo a tutte le norme penali, incriminatrici o meno che siano, e con riferimento a qualsiasi soggetto che in concreto intenda "porle" (governo o giudice), la soluzione al caso Taricco dovrebbe essere conseguentemente unitaria. L'art. 25, co. 2, Cost. rappresenterebbe un baluardo invalicabile rispetto a qualsiasi intervento in materia penale di un soggetto diverso dal Parlamento, sia esso *in bonam* o *in malam partem*<sup>22</sup>. Sulla scorta di tali premesse, non si potrebbe, allora, distinguere fra la diretta applicabilità della sentenza Taricco e le ipotesi di c.d. "incompatibilità totale con effetti riduttivi"<sup>23</sup> (ad esempio, il caso *El Dridi*), incidendo entrambe sulla riserva di legge<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> È questa la conclusione cui giunge GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino, 2015, 41 e 77, secondo il quale, peraltro, le sentenze di accoglimento della Corte costituzionale non creerebbero un problema di fonti ma solo di successione fra norme, a differenza delle cc.dd. sentenze additive.

<sup>23</sup> Su cui v. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, 259 ss.

<sup>24</sup> Così ancora GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, cit., 62, secondo cui «*Perplexità assai notevoli suscita invece l'opinione secondo la quale i regolamenti comunitari se non possono creare nuove figure di reato, possono modificare o, addirittura, abrogare quelle esistenti. La riserva di legge segue tutta la vicenda normativa; non soltanto presiede al momento della posizione della regola di diritto ma ne controlla anche tutto il percorso successivo, dalla modifica all'abrogazione [...] Altra questione concerne il rilievo che regolamenti comunitari possono avere sulla struttura di elementi normativi della fattispecie criminosa [...] Alla condizione che non sia violato il principio di irretroattività della norma incriminatrice, può in questi casi farsi ricorso a qualunque fonte normativa: naturalmente purché questa non collida con principi generali dell'ordinamento o, addirittura, con regole costituzionali*». V.

Una simile (ed auspicabile) lettura dell'ordinamento non si è, però, imposta in dottrina e giurisprudenza, attestandosi per il momento ad un mero “dover essere” costituzionale.

Anche da un punto di vista sistematico, sul piano, quindi, dell'“essere”, l'ordinamento pare, tuttavia, peccare di incoerenza. Se si ammette, infatti, la sindacabilità costituzionale delle norme di favore<sup>25</sup>, avuto particolare riguardo all'inadempimento statale sopravvenuto<sup>26</sup>, o la previsione di fattispecie ad analogia espressa nell'ambito delle cause estintive del reato, non sembra ragionevole escludere un analogo intervento della CGUE.

Si ritiene generalmente che in un caso si verta in materia di riserva di legge, nell'altro di tassatività della disposizione; in entrambi, però, il giudice assume un ruolo centrale nella “posizione” in concreto della regola. È opinione largamente condivisa che in tali casi non vi sia creazione di una nuova disposizione e, di conseguenza, un aperto contrasto con il potere legislativo. Nella sindacabilità costituzionale delle norme di favore la Consulta si limiterebbe a “riespandere” la disposizione generale, senza operare scelte di incriminazione<sup>27</sup>. Nell'analogia il giudice estende una disposizione vigente ad un caso simile<sup>28</sup>. Rimanendo coerenti con le premesse, altrettanto si dovrebbe ritenere,

---

anche VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 15 ss.

<sup>25</sup> Sul punto v. GAMBARDELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *Cass. pen.*, IV, 2016, 1462 ss.; *contra*, v. AMBROSETTI, *La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?*, in *Proc. pen. giust.*, I, 2016, 47 ss.; RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte eurounitaria tra limiti di attribuzione 'internazionale' e controlimiti 'costituzionali'*, in *RivistaAIC*, IV, 2016, 20 ss.

<sup>26</sup> Secondo PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, III, 2016, 6 «[.../ quest'ultima eventualità si pone agli estremi margini di quanto consentito dalla riserva di legge».

<sup>27</sup> Cfr. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., 102; GAMBARDELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, cit., 1468.

<sup>28</sup> GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, cit., 74 riconduce l'analogia ad un'attività “interpretativa dell'intero ordinamento”. In questo senso, inizialmente, anche BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, 132 ss. Parte della dottrina, invece, equipara il procedimento interpretativo a quello analogico, entrambi espressione di un'attività creativa (e quindi astrattamente incompatibili con le garanzie di cui all'art. 25, co. 2, Cost.): cfr. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, cit., 22 ss. Ritengono che, da un punto di vista qualitativo, non vi sia differenza fra interpretazione ed analogia, poiché anche l'interpretazione avrebbe una struttura sostanzialmente analogica, *ex multis*, RONCO, CARUSO, *Il principio di legalità*, in *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, a cura di Ronco-Ambrosetti-Mezzetti, Bologna, 2016, 122, secondo i quali, dunque, costituisce analogia vietata ogni interpretazione che conduca ad una estensione della disposizione non ragionevolmente prevedibile rispetto al problema specifico che la ha originata. Com'è noto, alle soluzioni “unitarie”, nel senso

quindi, con riferimento alla sentenza Taricco: la CGUE non pone una nuova disciplina in materia di prescrizione, ma ne “amplia” l’ambito applicativo, circoscritto dalla legge *ex Cirielli*<sup>29</sup>.

Pare, allora, necessario individuare sul piano costituzionale un limite alla diretta applicabilità *in malam partem* delle sentenze della CGUE: occorre, cioè, rinvenire un principio in grado di bilanciare gli artt. 11 e 117 Cost., sui quali notoriamente si fonda la primazia del diritto UE sul diritto interno.

Non sembra possibile, a tal fine, richiamare il principio della riserva di legge: se si ammette, infatti, che l’art. 3 Cost. (e recentemente persino l’art. 76 Cost.<sup>30</sup>) legittimi l’intervento della Consulta con effetti “(ri)espansivi”, ad analoga conclusione si dovrebbe pervenire avuto riguardo alle sentenze della CGUE.

Si potrebbe, tuttavia, obiettare che mentre il controllo di costituzionalità e l’art. 3 Cost. sono principi fondamentali dell’ordinamento, non altrettanto vale per gli artt. 11 e 117 Cost., che risulterebbero, comunque, recessivi ri-

dell’attività dichiarativa, creativa o, comunque, strutturalmente analogica sia dell’interpretazione che dell’analogia, si contrappone una tesi intermedia, che riconduce l’analogia ad una forma di “integrazione” dell’ordinamento, *tertium genus* fra interpretazione e creazione, da cui discenderebbe l’ammissibilità dell’interpretazione, ma non anche dell’integrazione. Cfr. VASSALLI, v. *Analogia del diritto penale*, in *Nss. Dig.*, I, Torino, 1957, 607; v. anche BOBBIO, v. *Analogia*, in *Nss. dig. it.*, I, Torino, 1957, 601 ss. Per chi muove da un’idea dell’analogia quale forma di “creazione” o “integrazione” del diritto, non vi dovrebbe essere spazio alcuno sia per l’analogia *in bonam* che *in malam partem*, contravvenendo entrambe alla riserva di legge, sul punto v. MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 957 ss. Per ulteriori approfondimenti v. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 25 ss.

<sup>29</sup> La questione sembrerebbe più complessa, poiché i rapporti fra norme che vengono in rilievo sono radicalmente distinti fra loro: nel primo caso si tratta di un annullamento, nel secondo di un’interpretazione e nel terzo di una disapplicazione. Inoltre le modifiche introdotte con la legge *ex Cirielli* integrerebbero una “specialità” sincronica originaria con riferimento alla sola disciplina di cui agli artt. 51 comma 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., mentre saremmo in presenza di una specialità diacronica avuto riguardo alla previgente disciplina, ove si prevedeva un termine massimo di prescrizione in presenza di atti interruttivi pari al limite edittale aumentato fino alla metà. Seguendo le indicazioni elaborate dalla Corte costituzionale in materia di sindacabilità costituzionale delle norme di favore, l’unico sindacato ammissibile, almeno dinanzi alla Consulta, sarebbe, allora, quello avente ad oggetto l’attuale disciplina della *ex Cirielli*, da cui si potrebbe ricostruire, quindi, la disciplina concretamente applicabile a seguito della disapplicazione (che diverrebbe, in sostanza, quella degli artt. 51 comma 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p.). A questa conclusione sembrerebbe giungere anche GAMBARDELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, cit., 1469; v. anche MANACORDA, *Note minime a prima lettura della sentenza Taricco*, in *questa Rivista*, III, 2015, 872. Sul problema della sindacabilità costituzionale delle norme di favore cfr. *amplius* GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, 138 ss.

<sup>30</sup> Ci si riferisce alla sentenza della Corte cost., 15 gennaio 2014, n. 4 in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), su cui v. SCOLETTA, *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle "zone franche" dal sindacato di legittimità nella materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, II, 2014, 242 ss.

spetto all'art. 25, co. 2, Cost., soprattutto alla luce della sentenza della Corte costituzionale 25 gennaio 2010, n. 28 (benché in quel caso la fonte della disapplicazione fosse una direttiva e non una disposizione del Trattato interpretata dalla CGUE).

Sarebbe possibile, altresì, obiettare che mentre a seguito della declaratoria d'incostituzionalità la normativa applicabile è "certa", nel senso che dall'annullamento discende l'applicazione delle disposizioni "previgenti", non altrettanto vale con riferimento alla disapplicazione nel caso Taricco, che rimette, in sostanza, al giudice l'individuazione in concreto della regola concernente il termine massimo di durata della prescrizione in presenza di atti interruttivi (benché con la sentenza Taricco-*bis* la CGUE potrebbe "sanare" i profili di "indeterminatezza" del dispositivo).

Pur volendo ritenere tali obiezioni insuperabili, rimane, al contempo, un'ulteriore, potenziale, irragionevolezza. Sulla base del dettato costituzionale vigente è possibile ricavare un esplicito divieto, in capo al legislatore penale, di formulare disposizioni ad analogia espressa, con effetti sfavorevoli, in materia di prescrizione? Se, infatti, un simile addentellato costituzionale difettesse o non fosse così chiaro ed immediato, sarebbe allora manifestamente irragionevole consentire al giudice interno un'operazione estensiva del regime della prescrizione con effetti sfavorevoli, sulla scorta di una fonte legislativa, negandola al contempo al giudice eurounitario. Benché si tratti di problemi distinti, nell'un caso di "posizione" (riserva di legge) e nell'altro di "estensione" della disposizione (tassatività), in concreto il giudice godrebbe di un potere non dissimile da quello esercitato dalla CGUE. Muovendo da una lettura unitaria dei rapporti fra riserva di legge ed analogia, *nulla quaestio*: il divieto di analogia si ricaverebbe dall'art. 25, co. 2, Cost. ed opererebbe, quindi, anche nei confronti del legislatore<sup>31</sup>.

Non sembra, tuttavia, questa la strada intrapresa da parte della dottrina<sup>32</sup>. Il

<sup>31</sup> Così GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, cit., 77.

<sup>32</sup> Secondo BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1964, 306: «Quid iuris per le norme modificative (in funzione aggravante o attenuante) e per le norme estintive? Esse rimangono estranee all'art. 25 comma 2° della Costituzione nella totalità dei significati dal medesimo espressi, alla stessa stregua per cui si collocavano al di fuori dell'art. 1 c.p. Il divieto di analogia si prospetta per queste norme soltanto in base all'art. 14 disp. prel. codice civile [...] Così fondato, il principio di tassatività sembra dotato, rispetto a queste norme, di una limitata portata. Infatti l'art. 14 pone soltanto un vincolo

fondamento costituzionale del divieto di analogia viene generalmente individuato nell'art. 25, co. 2, Cost., nella parte in cui sarebbe stato costituzionalizzato anche il principio di tassatività. Quando, però, dall'individuazione del principio in termini generali, si entra nel merito delle diverse tipologie di disposizioni penali, il riferimento normativo per le cause estintive si appunta sull'art. 14 disp. prel., gerarchicamente pariordinato alla legge e, quindi, inidoneo a vincolare le scelte del legislatore<sup>33</sup>. Dal momento che le cause estintive del reato non sono norme incriminatrici, la questione verte, dunque, su quali disposizioni (costitutive, modificative od estintive del dovere di applicare una sanzione penale) siano contemplate dall'art. 25, co. 2, Cost. con riferimento al principio di tassatività<sup>34</sup>. Non sembra risolutivo, a tal fine, analizzare l'ambito applicativo di tale disposizione avuto riguardo all'oggetto della riserva di legge, ove si registrano altrettante opinioni discordanti<sup>35</sup>. Ancor meno chiara pare, di conseguenza, l'estensione dell'art. 25, co. 2, Cost. per quanto con-

---

*per l'interprete; o meglio, impedisce all'art. 12 disp. prel. codice civile l'esplicazione del suo contenuto normativo [...] Non pone, altresì, un vincolo per il legislatore ordinario, al cui apprezzamento è demandata l'eventuale possibilità di modificare lo stesso art. 14 ovvero di costruire fattispecie "analoghe" esplicite all'interno delle norme modificative ed estintive e, infine, di inserire nelle stesse clausole generali di tipo indeterminato; nei confronti delle quali non sarebbe, peraltro, ammissibile un'eccezione di illegittimità costituzionale fondata sull'art. 25 comma 2° per i motivi di cui sopra».*

<sup>33</sup> Cfr. VASSALLI, v. *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, 162: «Certamente questa elevazione a norma costituzionale vale solo per le norme incriminatrici e per quelle che prevedono pene o misure di sicurezza, dato che la base dell'innovazione si trova nell'art. 25, comma 2, Cost. e nell'art. 13, comma 2, Cost.». V. anche CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2010, 79; FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Assago, 2013, 96; MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Assago, 2015, 63; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 71 ss.;

<sup>34</sup> Sul concetto di legge eccezionale ai sensi dell'art. 14 disp. prel. v. per tutti VASSALLI, v. *Analogia del diritto penale*, cit., 607 ss.

<sup>35</sup> Si prendano ad esempio le seguenti ricostruzioni, senza alcuna pretesa di esaustività: parte della dottrina ritiene che la riserva di legge comprenda tutte le norme penali, siano esse incriminatrici o meno, non solo per una *ratio* di gerarchia, così GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, cit., 41; secondo altra parte della dottrina, la *ratio* di garanzia della riserva di legge riguarderebbe le norme incriminatrici, e quelle sfavorevoli, mentre le norme che modificano in senso favorevole o estinguono il dovere di applicare una sanzione penale troverebbero la loro integrale disciplina nella fonte legge, e non nel regolamento, solo per ragioni legate al criterio gerarchico: potrebbero, quindi, cedere dinanzi a fonti di rango sovraordinato (come, ad esempio, le sentenze della CGUE), così PAGLIARO, v. *Legge penale, A) Principi generali*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 1045; TRAPANI, v. *Legge penale, I) Fonti*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 9; secondo altri la riserva di legge per le cause modificative o estintive del dovere di applicare una sanzione penale sarebbe relativa, così BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 270; parte della dottrina ritiene, infine, che il concetto di legge, cui si riferisce l'art. 25, co. 2, Cost., non contempli, le cause di giustificazione, poiché cause di liceità dell'intero ordinamento, cfr. per tutti MARINUCCI, v. *Cause di giustificazione*, in *Dig. Pen.*, II, Torino, 1988, 139.

cerne il principio di tassatività, che sarebbe stato costituzionalizzato<sup>36</sup> «[...]/ quale naturale corollario del principio di legalità ivi consacrato, secondo la tradizione costituzionalistica democratico-liberale e l'intenzione dello stesso costituente<sup>37</sup>». Inutile, poi, sottolineare come le garanzie costituzionali vengano irrimediabilmente circoscritte da parte di coloro che, riconducendo la prescrizione nell'ambito del diritto processuale penale, ne traggono, come conseguenza, una degradazione del principio di legalità di cui all'art. 25, co. 2, Cost.<sup>38</sup> (benché la norma penale sia norma "reale"<sup>39</sup>).

Se, quindi, la riserva di legge in materia penale è compatibile con il sindacato costituzionale delle norme penali di favore; se, inoltre, parte della dottrina sembra ricavare (solo) per via "teleologica" dalla Costituzione il divieto di analogia in materia penale con riferimento alle disposizioni aventi ad oggetto cause estintive del reato<sup>40</sup>, parrebbe, forse, opportuno muoversi con altrettanta cautela per un caso, del tutto simile, come quello oggetto della sentenza Taricco, nel quale viene in discussione la primazia del diritto UE, garantita dagli artt. 11 e 117 Cost.<sup>41</sup>

<sup>36</sup> Secondo parte della dottrina il divieto di analogia non sarebbe stato neppure costituzionalizzato, sul punto v. FROSALI, *La giustizia penale*, in *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, a cura di Calamandrei-Levi, I, Firenze, 1950, 221; ESPOSITO, *L'art. 25 della Costituzione e l'art. 1 del codice penale*, in *Giur. cost.*, 1961, 537; GROSSO, *L'articolo 121 testo unico delle leggi di pubblica sicurezza 18-6-1931 n. 773 e il divieto di analogia in diritto penale*, in *Giur. cost.*, 1961, 1052 ss.; RAMACCI, *Introduzione all'analisi del linguaggio legislativo penale*, Milano, 1970, 189 ss.; BOSCARIELLI, *Analogia ed interpretazione estensiva*, Palermo, 1955, 91.; ID, v. *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 5.

<sup>37</sup> Così MANTOVANI, *Diritto penale*, Assago, 2015, 71.

<sup>38</sup> Sui rapporti fra la disciplina degli atti interruttivi della prescrizione e le garanzie di cui all'art. 25, co. 2, Cost. con riferimento al caso Taricco cfr. SALCUNI, *Legalità europea e prescrizione del reato*, in *questa Rivista*, III, 2015, 10; FARAGUNA, PETRINI, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controllimiti*, in *Dir. pen. cont.*, I, 2016, 212 ss.;

<sup>39</sup> Sul concetto di norma penale reale v. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, cit., 14 ss.; TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, cit., 16.

<sup>40</sup> V. le considerazioni di BERNARDI, *I controllimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in *I Controllimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di Bernardi, Napoli, 2017, LXXV, secondo cui, con riferimento ad alcune fonti normative dell'Unione in materia penale, «Detto per inciso, in taluni miei scritti ho avuto modo di sostenere convintamente l'eccessività di tali critiche, quantomeno ove non accompagnate da analoghe critiche nei confronti di norme penali "di origine puramente nazionale" dotate di caratteristiche molto simili a quelle rimproverate alle norme europee».

<sup>41</sup> Ritengono invece necessario azionare il controlimito della riserva di legge CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimito della riserva di legge in materia penale*, in *RivistaAIC*, III, 2016, 10 ss.; MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controllimiti*, in *Cass. pen.*, III, 2016, 1250 ss.

Come anticipato, il principio della riserva di legge, in quanto tale, sembra imporre una soluzione unitaria nei confronti della diretta applicabilità del diritto dell'Unione europea in materia penale (e, quindi anche delle sentenze della CGUE), o in senso negativo, o in senso positivo. Non pare, quindi, del tutto illogico, in mancanza di tale restrittiva soluzione unitaria, analizzare la sentenza Taricco nell'ottica della ragionevole prevedibilità dell'esito interpretativo dell'art. 325, par. 1, TFUE e non (solo) dell'astratta possibilità che la CGUE intervenga in materia penale. Non può, inoltre, stupire che la CGUE, a tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea, imponga di disapplicare la disciplina della prescrizione nei casi in cui riscontri un'impunità di fatto nelle frodi IVA, quando, per la tutela dei medesimi interessi finanziari, si è recepito l'art. 86 TFUE, in base al quale un regolamento, direttamente applicabile, potrebbe definire precetto e/o sanzione uniformi per tutti gli Stati membri dell'Unione Europea (almeno secondo alcune interpretazioni di tale disposizione<sup>42</sup>). Non sembra, infine, un caso che nell'ordinanza della Corte costituzionale la questione relativa alla riserva di legge rimanga solo sullo sfondo<sup>43</sup>: ad essa la Consulta dedica qualche breve cenno, consapevole, forse, del fatto che l'eventuale attivazione di tale controlimite sarebbe in grado, potenzialmente, di stravolgere l'intero impianto dei rapporti fra diritto interno ed europeo. Il principio della riserva di legge è, inoltre, sostanzialmente sconosciuto a livello sovranazionale<sup>44</sup>, il che renderebbe inutile un'interlocuzione da questo punto di vista con la CGUE.

### **3. Brevi considerazioni in ordine ai rapporti fra determinatezza e tassatività. Produzione della regola eurounitaria, e sua formulazione, ad opera delle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea**

Per meglio comprendere la peculiare incidenza del principio di stretta legalità nei rapporti fra ordinamento interno ed eurounitario, sembra opportuno ri-

<sup>42</sup> Sulle diverse "letture" dell'art. 86 TFUE v. per tutti GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione Europea*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2343 ss.

<sup>43</sup> Per una critica a questa scelta cfr. CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in *Dir. pen. cont.*, II, 2017, 229. Secondo PULITANÒ, *Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. n. 24/2017*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 8, «[...] l'aver glissato sulla riserva di legge significa astensione dal prendere posizione sul problema generale della competenza della UE in materia penale».

<sup>44</sup> Sul punto v. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, 96.

costruire brevemente il “vincolo” scaturente dai principi di determinatezza<sup>45</sup> e di tassatività, oltre che la loro *ratio* di tutela<sup>46</sup>.

Per quanto attiene alla tipologia di “vincolo”, si ritiene generalmente che il primo imponga al “legislatore” di formulare le disposizioni in modo chiaro, mentre il secondo si rivolga sia al legislatore, che al giudice, vietando loro, rispettivamente, di prevedere fattispecie ad analogia espressa e di estendere per via analogica un caso non regolato da una disposizione, ma simile a quello espressamente previsto<sup>47</sup>. Benché i due principi siano intimamente connessi fra loro - se una disposizione è formulata in maniera tassativa (nel senso, cioè, che siano espressamente previsti i casi in cui può applicarsi), essa generalmente è anche determinata (intendendosi, con ciò, che il contenuto della disposizione sia sufficientemente “chiaro”) - diverso è il loro ambito applicativo.

Secondo parte della dottrina si potrebbe, infatti, intendere la determinatezza come “vincolo di formulazione” della disposizione - o del precedente<sup>48</sup> - e la tassatività quale “divieto di estensione” (o, secondo alcuni, “di creazione”)

---

<sup>45</sup> Sul fondamento costituzionale del principio di determinatezza v. LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, 1989, 92 ss., il quale distingue gli orientamenti che desumono il principio di determinatezza dal principio di legalità e quelli che lo ricollegano, invece, allo “spirito della Costituzione”.

<sup>46</sup> LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, cit., 107: «A grandi linee, una ricostruzione-semplificazione, finalizzata a ridurre la complessità, deve tenere conto di un doppio ordine di dicotomie. La prima si chiede se dal principio siano ricavabili regole interpretative o criteri di normazione indirizzati al legislatore [...] La seconda dicotomia intende i destinatari nell'accezione di beneficiari del principio e si chiede se questi siano i consociati in generale o i giudici». V. anche la distinzione tra funzioni di politica del diritto e funzioni di politica criminale del principio di determinatezza/tassatività in MOCCIA, *La promessa 'non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 14 ss.

<sup>47</sup> Cfr., seppur con talune varianti, *ex multis*, ROMANO, *Art. 1*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 41 ss.; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012, 28; DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2012, 107; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 76 e 106; MEZZETTI, *Diritto penale. Casi e materiali*, Bologna, 2015, 3; v. anche VASSALLI, v. *Nullum crimen sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 307. Parzialmente diversa è la classificazione proposta da MARI NUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 57, i quali distinguono il principio di precisione da quello di determinatezza; v. altresì la ricostruzione dei principi di determinatezza e di tassatività alla luce del principio di tipicità di RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, cit., 105 ss.

<sup>48</sup> Sulla possibilità che anche il “precedente” costituisca oggetto di interpretazione cfr., con riferimento alle massime giurisprudenziali, TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, cit., 31 (cfr. nota 75).

della disposizione - o del precedente - a casi simili a quelli regolati, a prescindere dalla maggiore o minore chiarezza con cui la “regola” è formulata<sup>49</sup>.

Tale distinzione rileva principalmente nei sistemi che scindono chi “crea” la disposizione da chi la “applica”: al “legislatore” (o meglio, a chi “pone” la “disposizione”, che potrebbe essere anche un organo giurisdizionale, come la CGUE) si impone di formulare la “disposizione” in maniera chiara (determinatezza) e, *a fortiori*, senza ricorrere a fattispecie ad analogia espressa (tassatività). Al “giudice”, invece, si vieta di estendere analogicamente la disposizione oltre i casi da essa previsti (tassatività), a prescindere dalla (maggiore o minore) determinatezza della norma individuale e concreta<sup>50</sup> (i due profili, in fase “applicativa”, tendono inevitabilmente a sovrapporsi<sup>51</sup>). Da un punto di vista “strutturale”, il principio costituzionale di determinatezza, a differenza del principio di tassatività, non è in grado di fondare alcun vincolo in capo al giudice (si cercherà, invece, di ricostruire un obbligo d’interpretazione restrittiva sulla scorta della *ratio* di certezza del diritto che informa tale principio, v. *infra* par. 4).

Mentre, infatti, tutte le disposizioni sono astrattamente suscettibili di estensione analogica (il giudice avrebbe persino l’obbligo di ricorrere all’analogia *ex art. 12 disp. prel.*, fatto salvo quanto previsto, per il diritto penale, dagli artt. 14 disp. prel., 1 c.p. e 25 Cost.), al contrario non tutte le disposizioni sono “poco” determinate<sup>52</sup>, poiché la determinatezza è un canone che appartiene alla formulazione della disposizione (e non alla sua “estensione”), che nei sistemi a legalità formale spetta, di norma, al solo legislatore. Si potrebbe, inoltre, qualificare come indeterminata la sola fattispecie atassativa, ritenendo viceversa “poco” determinate le fattispecie costruite su termini vaghi, che testimoniano, comunque, l’intento del legislatore di definire, seppur in via mini-

<sup>49</sup> Così MOCCIA, *La promessa ‘non mantenuta’. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, cit., 13; sul punto v. anche la distinzione fra “piano interno” ed “esterno” di PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 28. Cfr. anche CARCATERRA, v. *Analogia. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, 1 ss.

<sup>50</sup> Benché le caratteristiche fondamentali di una norma giuridica siano la generalità ed astrattezza, si qualifica “norma” anche quella individuale e concreta, v. per tutti BOBBIO, v. *Norma giuridica*, in *Nss. dig. it.*, Torino, 331.

<sup>51</sup> Cfr. sul punto PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 13.

<sup>52</sup> PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 13.

male, alcuni elementi della fattispecie<sup>53</sup>. La necessità di tenere distinti i due piani sembra, quindi, imprescindibile in quegli ordinamenti, come il nostro, in cui vi sia una metanorma - l'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale - in grado di innestarsi potenzialmente su qualsiasi disposizione, determinata o meno che sia nella sua originaria formulazione.

Volendo, poi, ricostruire la *ratio* che fonda i principi di determinatezza e di tassatività, pare opportuno soffermarsi sia sulla separazione fra poteri dello Stato, sia sulla certezza del diritto<sup>54</sup>.

Con riferimento alla separazione fra poteri dello stato, il referente del principio di determinatezza e di tassatività è il giudice. Se è vero che la determinatezza e, seppur in parte, la tassatività vincolano il legislatore, il quale, come anticipato, nel formulare la disposizione, non può ricorrere a termini vaghi o prevedere fattispecie assolutamente indeterminate, la ragione di tale vincolo risiede, tuttavia, nel fatto che, altrimenti, si rimetterebbe in tutto o in parte al giudice l'individuazione di ciò che è penalmente rilevante<sup>55</sup>.

Entrambi i principi si pongono, altresì, a garanzia del singolo, che dovrebbe confidare nella certezza del diritto, intesa quale predicibilità di (tutte le) conseguenze giuridiche cui andrà incontro con il proprio comportamento<sup>56</sup>. Se la

---

<sup>53</sup> Secondo RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 131 «A questo proposito conviene rilevare come la gran parte dei dati definiti dalla dottrina "elastici", che esprimono una realtà quantitativa o temporale con termini necessariamente imprecisi, lungi da porre problemi di indeterminatezza, costituiscono spesso il frutto di un tentativo legislativo di precisazione e di delimitazione della sfera di operatività di fattispecie incriminatrici troppo ampie o generiche». Sulla distinzione fra tipicità e tassatività v. anche TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, cit., 18.

<sup>54</sup> Cfr. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, 45. Si prescinde in questa sede dalla *ratio* di "politica criminale" che informa il principio di determinatezza/tassatività con particolare riferimento alla prevenzione generale, su cui v. MOCCIA, *La promessa 'non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, cit., 14 ss.

<sup>55</sup> Dalla tassatività delle norme incriminatrici si ricaverebbe altresì la prevalenza dell'*argumentum a contrario* sull'*argumentum a simili* e, quindi, l'esistenza di una norma generale esclusiva, da cui desumere che tutto ciò che non è vietato è lecito e la cui immediata conseguenza sarebbe l'assenza di "lacune" nell'ordinamento, almeno da un punto di vista formale. Sulla "norma generale esclusiva" quale corollario del principio di stretta legalità in materia penale cfr. TRAPANI, *Abrogatio. Contributo alla dommatica dell'ambito di validità temporale della norma giuridica penale*, in *Giur. it.*, 2011, 490; ID., *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, cit., 17 ss.

<sup>56</sup> Cfr. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, cit., 4.

disposizione è determinata, tali conseguenze sono, infatti, astrattamente predicibili. In concreto, però, non è escluso che il giudice pervenga ad un'interpretazione non ragionevolmente prevedibile<sup>37</sup> rispetto alla lettera della disposizione. Ancor più problematica è l'ipotesi in cui la disposizione sia poco determinata e, dunque, potenzialmente invalida, benché vigente.

Traslando la ricostruzione proposta nell'ambito dei rapporti con il diritto eu-rounitario, quando la CGUE circoscrive, in qualità di giudice, la c.d. sottofattispecie dell'art. 325, par. 1, TFUE, opera al contempo come "legislatore", per il tramite dell'obbligo di disapplicazione<sup>38</sup>.

Nel caso Taricco tale duplice funzione è assai evidente, in conseguenza dell'assoluta genericità dell'art. 325, par. 1, TFUE., che non ha, infatti, di per sé un contenuto prescrittivo immediato, postulando, in via generale, solo il principio di tutela degli interessi finanziari. La norma, da esso ricavata, ad opera della sentenza della CGUE ne circoscrive, quindi, il contenuto e garantisce efficacia vincolante a tale interpretazione.

Occorre allora domandarsi su quale dei due momenti sia opportuno incentrare l'operatività dei principi costituzionali di cui all'art. 25, co. 2, Cost. invocati dalla Consulta: sul rapporto fra disposizione eurounitaria ed interpretazione della CGUE ("a"), ovvero sulle ricadute di tale interpretazione sul sistema interno ("b"). In un caso prevale la funzione "giurisdizionale" della CGUE, nell'altro quella di "legislatore"<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Sui rapporti fra la "ragionevolezza" ed il principio di determinatezza cfr. LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, cit., 86 ss.

<sup>38</sup> Si tratta di un problema affrontato sul piano interno per quanto concerne il ruolo di "giudice" o di "legislatore" della Corte costituzionale, su cui v. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, cit., 54. Sul punto v. recentemente, anche con riferimento alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ROMBOLI, *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, in *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016, 517 ss.; sulla funzione normativa della CGUE v. anche VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, cit., 11; KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco tra tutela dei "controlimiti" e scontro tra paradigmi*, in *Dir. proc. pen.*, 2017, 12. Come rileva BIN, *La sentenza Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 5, con riferimento alla scelta della CGUE di discostarsi dall'oggetto della domanda pregiudiziale «È chiaro che il discrimine tra l'attività di legislazione e quella di interpretazione/applicazione della legge è uno dei terreni su cui è più difficile muoversi armati di righello e compasso».

<sup>39</sup> Sembra possibile cogliere la diversa incidenza delle ricadute della sentenza Taricco sul regime legale della prescrizione analizzando i quesiti formulati nell'ordinanza della Corte. Il secondo quesito tende, infatti, a modificare l'impostazione della CGUE con riferimento alla natura sostanziale e non processuale della prescrizione, da cui discenderebbe un mutamento anche nello statuto delle garanzie costituzio-

Per quanto concerne le ricadute dell'interpretazione sul piano interno ("b"), riconducibili al problema della diretta applicabilità del dispositivo della CGUE, si è anticipato come ragioni di carattere sistematico parrebbero sconsigliare l'attivazione del controlimito della riserva di legge.

Non sembra, altresì, risolutivo vagliare la determinatezza o la tassatività del solo dispositivo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (quale obbligo, *mutatis mutandis*, rivolto al legislatore interno): la Corte, anche in esito al rinvio pregiudiziale ad opera della Consulta, ben potrebbe correggere il tiro e rendere, conseguentemente, determinato il dispositivo stesso<sup>60</sup> (magari esplicitando quando ricorrano le "frodi gravi" o un "numero considerevole di casi"<sup>61</sup>, per il tramite, tuttavia, di una problematica sentenza additiva).

Soffermandosi invece sui rapporti fra disposizione eurounitaria ed interpretazione fornita dalla CGUE ("a"), non sfugge l'inutilità di analizzare singolarmente l'art. 325, par. 1, TFUE alla luce del principio di determinatezza o di tassatività, come sarebbe, verosimilmente, accaduto nel caso in cui analoga disposizione fosse stata prevista da una legge dello Stato<sup>62</sup>. L'art. 325, par. 1,

---

nali ad essa riferibili, fra le quali il principio di determinatezza. Il terzo motivo, come valvola di sicurezza, sembrerebbe invece chiedere al giudice di Lussemburgo di scongiurare la ("sola") diretta applicabilità del dispositivo della sentenza Taricco. Sul punto, sia consentito rinviare a LAURITO, *Brevi considerazioni "a prima lettura" dei tre quesiti oggetto del rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale (ord. n. 24/2017) nel caso Taricco*, in *Giur. Pen.*, I, 2017.

<sup>60</sup> Parte delle critiche mosse alla sentenza Taricco si erano appuntate sull'ampio margine di discrezionalità affidato al giudice nella determinazione dei casi in cui disapplicare la normativa interna, cfr. PULITANO, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, I, 2016, 7; CONSULICH, *La prescrizione della legalità. Il rapporto tra diritto penale tributario e il diritto dell'Unione Europea dopo la sentenza della Corte di Giustizia sul caso Taricco*, in *Dir. prat. trib.*, I, 2016, 24 ss.; SOTIS, *Il limite come controlimito. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3 ss.

<sup>61</sup> Permarrebbe la violazione del principio di determinatezza, cfr. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, cit., 13, sia pur con riferimento all'art. 437 c.p., secondo cui «Un'evoluzione prevedibile, peraltro, non rende legittima la norma se analogica in malam partem. Quando si è cominciato ad applicare l'art. 437 c.p. alle c.d. malattie - infortunio, è chiaro che da allora in poi risultò prevedibile l'allargarsi di quella giurisprudenza. Ma la ripetizione dell'analogia non la sana rispetto all'art. 25 Cost.».

<sup>62</sup> Sull'importanza di un'analisi condotta sull'"azione", e non sulla "posizione", di una norma v. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, cit., 9 ss., secondo cui «Naturale allora che l'attenzione della dottrina abbia indugiato prevalentemente sulla struttura della premessa maggiore, che reca la norma applicabile, allo scopo di assicurare la presenza di proposizioni in cui non si annidino zone di penombra e dunque eccezioni occulte, come tali discrezionalmente ravvisabili, alla regola generale. Altrettanto ovviamente, però, insistendo su questi aspetti, si finisce con l'assumere la tassatività non tanto nella sua accezione operativa e concreta, afferente all'interpretazione (come vedremo le opere più importanti sull'argomento sono ormai risalenti) quanto in un senso astratto, che ineri-

TFUE non è, di per sé, una disposizione penale, né possiede diretta applicabilità<sup>63</sup>. Ciò che dovrebbe, allora, costituire oggetto di sindacato è la disposizione di cui all'art. 325, par. 1, TFUE in rapporto alla norma ricavata dall'interpretazione del giudice di Lussemburgo nel caso Taricco, che, con tale interpretazione, pone a sua volta una regola vincolante e rende, ora sì, penalmente indeterminato l'art. 325, par. 1, TFUE, la cui formulazione letterale non poteva ragionevolmente condurre all'esito interpretativo elaborato dalla CGUE.

Conviene, quindi, seguire la strada tracciata dalla Consulta e ricorrere al canone della determinatezza<sup>64</sup>, in conseguenza, tuttavia, non di un "vincolo" direttamente rivolto al giudice eurounitario (che, come anticipato, si limiterebbe ad un divieto di estensione analogica), ma della *ratio* di garanzia di tale principio, con particolare riguardo alla certezza del diritto, più che alla separazione fra poteri dello Stato, da cui ricavare un obbligo di interpretazione "prevedibile" (v. *infra* par. 4).

Questo duplice ruolo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nell'interpretare una disposizione del Trattato non sembra del tutto sconosciuto sul piano interno. Nell'ipotesi della messa in stato di accusa del Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 90 Cost. per alto tradimento (e nel caso in cui si aderisse a quell'orientamento interpretativo che denuncia la mancanza di determinatezza di tale fattispecie astratta), alla concreta individuazione del comportamento penalmente rilevante contribuisce la Corte costituzionale, che opera, al contempo, come giudice e legislatore. In tal caso non risulta indeterminato l'art. 90 Cost., che, nella sua assoluta genericità, nulla prescrive direttamente in ordine alla responsabilità del Capo dello Stato, ma la fattispecie individuale e concreta elaborata dalla stessa Consulta, che spiega effetti potenzialmente *erga omnes*, avuto riguardo ai futuri Presidenti

---

scie alla posizione delle norme (più vicino al contenuto di solito riconosciuto alla c.d. "tipicità")».

<sup>63</sup> Cfr. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, cit., 9. Sottolinea l'assoluta genericità dell'art. 325, par. 1, TFUE anche MAZZA, *Il sasso nello stagno: la sentenza europea sulla prescrizione e il crepuscolo della legalità penale*, in *Rass. trib.*, VI, 2015, 1553; LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, I, 2016, 221; CAMON, *La torsione d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in *Arch. n. proc. pen.*, I, 2016, 4.

<sup>64</sup> Nonché, per altro verso, a quello della irretroattività sfavorevole, v. *infra* par. 4.

della Repubblica, oltre che retroattivi, con riferimento al caso concreto<sup>65</sup>.

#### 4. I rapporti fra dispositivo e disposizione

##### 4.1 La certezza del diritto, quale ragionevole prevedibilità dell'esito interpretativo, come vincolo per l'interpretazione della CGUE. Il rinvio pregiudiziale come rimedio "preventivo" alla declaratoria di incostituzionalità

Si è anticipato che l'art. 325, par. 1, TFUE si caratterizza per un *deficit* di determinatezza, da cui discende l'imprevedibilità di alcuni dei risultati ermeneutici ricavabili da tale disposizione. Come si è, inoltre, anticipato, la *ratio* che fonda il principio costituzionale di determinatezza (e di tassatività) è duplice, attenendo sia alla separazione fra poteri dello Stato che alla certezza del diritto. La *ratio* di certezza del diritto contraddistingue, seppur in maniera differente, anche il principio di irretroattività sfavorevole<sup>66</sup>.

Muovendo dal principio di determinatezza e dalla *ratio* di separazione fra poteri dello Stato, una disposizione poco determinata rimette al giudice di Lussemburgo un ampio potere di concretizzazione di ciò che è penalmente rilevante. Per sanare tale asimmetria nell'ambito del caso Taricco, la soluzione più opportuna sembrerebbe la modifica dell'art. 325, par. 1, TFUE ovvero la declaratoria di incostituzionalità della legge interna di recepimento del TFUE avuto riguardo all'intera disposizione di cui all'art. 325, par. 1, TFUE, da cui discenderebbe l'espunzione della disposizione stessa, a prescindere da una sua potenziale interpretazione costituzionalmente conforme.

Ad una diversa conclusione si potrebbe, forse, pervenire ricorrendo alla certezza del diritto, intesa quale predicibilità delle conseguenze giuridiche di un

<sup>65</sup> Si vedano sul punto le considerazioni di MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, a cura di Modugno-Baldassarre-Mezzanotte, Padova, 10<sup>a</sup>, 1991, 552, ad avviso del quale «Secondo l'interpretazione qui accolta, l'art. 90 ha posto in essere una nuova fattispecie criminosa, ma in termini non determinati né determinabili sulla base del rinvio ad alcuna di quelle regolate dal codice penale. Così facendo il costituente ha derogato all'art. 25 Cost., che pone il principio "nullum crimen sine lege", data l'imprevedibilità che da esso consegue delle modalità dell'atto o del fatto incriminabile, ed ha ancor più derogato all'altro principio (compreso che sia o no nel precedente, ma comunque rivestito di rilievo costituzionale) che richiede la predeterminazione della pena irrogabile per ogni reato». Sulla complessa individuazione dei fatti penalmente rilevanti ex art. 90 Cost. v., recentemente SPADARO, Sub Art. 90, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco-Celotto-Olivetti, II, Torino, 2006, 1760. *Contra*, per tutti, RAGNO, *I delitti di alto tradimento ed attentato alla Costituzione*, Milano, 1974, 2 ss.

<sup>66</sup> Cfr. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, cit., 35.

comportamento penalmente illecito e quindi, per ciò che qui rileva, come ragionevole prevedibilità dell'esito interpretativo di una disposizione<sup>67</sup>.

Tale ragionevole prevedibilità dell'esito interpretativo non costituisce un *novum* introdotto dalla giurisprudenza di Strasburgo sull'art. 7 CEDU<sup>68</sup>, ma è ricavabile anche dal principio *costituzionale* di determinatezza. Ben prima delle intersezioni fra legalità europea ed interna, la dottrina ricorreva, infatti, alla *ratio* del principio di determinatezza per limitare il potere interpretativo del giudice<sup>69</sup>, che, in sostanza, equivaleva a sindacare la prevedibilità, o meno, dell'interpretazione giudiziale.

Se si volge, quindi, l'attenzione sulle ricadute che la "genericità" di una disposizione eurounitaria può comportare nel sistema interno, con particolare riguardo alla ragionevole prevedibilità, da parte del singolo, di una *specifica* interpretazione ad opera del giudice di Lussemburgo, il rinvio pregiudiziale della Consulta parrebbe suggerire un rimedio di carattere *preventivo* rispetto alla declaratoria di incostituzionalità: la CGUE dovrebbe limitarsi ad un'interpretazione "restrittiva"<sup>70</sup> della disposizione stessa (conclusione cui potrebbe pervenire, ad esempio, nella sentenza Taricco-*bis*<sup>71</sup>), laddove non ritenesse possibile individuare, a livello europeo, un limite alla diretta applicabilità del diritto UE.

Per garantire la ragionevole prevedibilità di un risultato interpretativo, occorre, dunque, a monte, che la disposizione sia formulata in maniera chiara (de-

---

<sup>67</sup> Cfr. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, cit., 4; l'accezione di certezza del diritto da cui si muove è quella *a parte subiecti*, e non la certezza del diritto nel senso della sua "effettività" (*a parte obiecti*): per la distinzione v. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 55.

<sup>68</sup> Su cui v. VOGLIOTTI, v. *Legalità*, in *Enc. dir.*, Milano, 2013, 416; recentemente v. anche MAZZACUVA, *Nulla poena sine lege*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis-Viganò, Torino, 2016, 236 ss.

<sup>69</sup> Sul punto cfr. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 297, secondo cui «*Per tanto, anche le teorie che sono state elaborate nello sforzo di dare un contenuto al principio di determinatezza possono essere distinte fondamentalmente in due gruppi, a seconda che ricavano da quel principio canoni di interpretazione, destinati al giudice, ovvero canoni di legiferazione, destinati quindi al legislatore*». Favorevole al ricorso al principio di determinatezza come vincolo per il giudice VIGANO, *La tutela penale della libertà individuale. L'offesa mediante violenza*, cit., 189 ss.

<sup>70</sup> RONCO, CARUSO, *Il principio di legalità*, cit., 125, sostengono la necessità di codificare sul piano interno un obbligo di interpretazione restrittiva con riferimento al principio di tassatività.

<sup>71</sup> PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 7, sottolinea il mutamento di paradigma della determinatezza della legge penale, che avrebbe «*[...] abbandonato il piano linguistico della parola legislativa per installarsi su quello dell'interpretazione da parte del giudice*».

terminata) e non sia estensibile a casi da essa non contemplati (tassativa) e che, a valle, il giudice non “ecceda” nell’esercizio del potere interpretativo<sup>72</sup>.

Occorre, altresì, che una “nuova interpretazione” non sia applicata a fatti commessi prima della sua formulazione (irretroattività sfavorevole)<sup>73</sup>.

Pare quindi opportuno analizzare il parametro rispetto al quale vagliare la “ragionevole prevedibilità” di un’interpretazione con riferimento al principio di “determinatezza” e a quello di “irretroattività sfavorevole”: entrambi costituiscono, infatti, oggetto dell’ordinanza di rimessione della Consulta.

Per quanto concerne l’irretroattività sfavorevole, se si muove dall’idea che la stessa disposizione possa dar luogo a più interpretazioni, la prima di esse, o qualsiasi “nuova” interpretazione, verrebbe applicata retroattivamente a tutti i fatti commessi prima del giudizio in cui viene formulata, dal momento che la c.d. norma individuale e concreta sorge *ex post facto*<sup>74</sup>, assumendo (eventualmente) qualità di precedente solo dopo la sua formulazione. Nell’ordinanza n. 24 del 2017, la Consulta parrebbe giungere alla conclusione secondo cui ogniqualvolta il giudice europolitano intenda formulare una “nuova” interpretazione di una disposizione (con effetti sfavorevoli), essa non possa valere per i fatti commessi prima della sua “enucleazione”<sup>75</sup>.

Dunque ogni applicazione retroattiva sfavorevole di un nuovo “precedente” europolitano è *ipso facto* non ragionevolmente prevedibile per il singolo im-

<sup>72</sup> Cfr. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit., 267.

<sup>73</sup> Secondo parte della dottrina, dall’art. 25, co. 2, Cost. sembrerebbe ricavarsi solo un divieto nei confronti del legislatore di introdurre leggi penali retroattive con cui « [...] si vedrebbe aperta la possibilità di realizzare, accanto ad una giustizia sostanziale, anche una cieca vendetta politica», così PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 34. Tuttavia si vedano sul punto le considerazioni di GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, cit., 445, secondo cui «Anche il caso di improvviso, non preannunciato, mutamento di giurisprudenza, per effetto del quale viene considerato illecito un comportamento fino a quel punto reputato penalmente irrilevante, non propone questione di deroga all’art. 5. Prima ancora della impossibilità di conoscere la “formula” incriminatrice, qui si tratta, in tutta la sua cogenza logico-giuridica, di problema di irretroattività della regola incriminatrice». Recentemente v. anche VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità ‘costituzionale’ vs. legalità ‘convenzionale’?* in *Dir. pen. cont.*, 2017, 22 ss.

<sup>74</sup> Cfr. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l’interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, cit., 45 ss.; CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit., 120.

<sup>75</sup> Sul piano interno, l’entrata in vigore di una nuova disposizione imporrebbe una (prima) interpretazione “autentica”, in mancanza della quale (e solo per la prima interpretazione conseguente all’entrata in vigore della disposizione) si potrebbe ricorrere alla ragionevole prevedibilità dell’esito interpretativo in termini generali ed astratti al fine di non paralizzare l’applicabilità della disposizione stessa.

putato (presunzione assoluta di non ragionevole prevedibilità), secondo un parametro di carattere individuale e concreto (è, infatti, possibile che la diversa interpretazione fosse astrattamente prevedibile, quale risultato dell'attività ermeneutica condotta sulla disposizione, ma non lo era sicuramente per l'autore del fatto al momento della sua commissione<sup>76</sup>).

Rimanendo ancorati all'accezione "interna" di irretroattività sfavorevole, sembra, dunque, che, il problema non sia, propriamente, di ragionevole prevedibilità, posto che ogni applicazione retroattiva non è ragionevolmente prevedibile per il singolo, ma di novità o meno dell'orientamento giurisprudenziale<sup>77</sup>. Le ricadute in termini di (paradossale) incertezza di una simile conclusione, censurata peraltro dalla Corte costituzionale con la sentenza 12 ottobre 2012, n. 230, sono state evidenziate da parte della dottrina, che ha qualificato l'irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole interno *ex art. 2 c.p.* come "fantadiritto"<sup>78</sup>: «*Infatti, quale dovrebbe essere lo stato d'incertezza originario tale da inficiare l'efficacia della norma legislativa? E i contrasti, per essere tali, dovrebbero essere perfettamente "in termini" o sarebbero sufficienti divergenze di impostazione interpretativa? Dovrebbe trattarsi di un contrasto già protratto nel tempo o sarebbe sufficiente un contrasto allo stato nascente?*»<sup>79</sup>. L'incertezza parrebbe, quindi, discendere non tanto dall'operatività degli artt. 2 c.p. e 25, co. 2, Cost.<sup>80</sup>, ma dall'ormai ineludibile problema relati-

<sup>76</sup> Ma v. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit., 321 (cfr. nota 54).

<sup>77</sup> Si veda, ad esempio, la distinzione fondata sulla natura generale ed astratta della c.d. sottofattispecie di CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit., 177 o quella fra "diritto-fonte" e "diritto-concretizzazione" di DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, cit., 18 ss. L'Autore ritiene applicabile l'art. 5 c.p. anche nei casi di mutato orientamento giurisprudenziale *sub iudice* «[...] E se il tipo ha bisogno del consolidarsi di una giurisprudenza che lo sta perfezionando, nella misura in cui tale operazione sia legittima, prima di quel consolidamento la legge non è oggettivamente applicabile. Si pone peraltro, in questo caso, una problematica "intertemporale". Che cosa deve fare il giudice di merito che vede per la prima volta una casistica nuova e ancora non sa se è "dentro alla disposizione" o la sta progressivamente mutando? [...] Il giudicante (e prima ancora il pubblico ministero) potrà, in questi casi sostenere la legittima costruzione di un nuovo diritto [...] e tuttavia operare affinché i singoli primi indagati e imputati possano beneficiare della scusante dell'ignoranza inevitabile della legge [...]».

<sup>78</sup> Così PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 10.

<sup>79</sup> PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 10.

<sup>80</sup> Anche DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, II, 2015, 18, sostiene che nel caso Contrada «la disposizione processuale che sembra più pertinente non è la revisione del processo, bensì la revoca della sentenza, ex

vo alle condizioni in presenza delle quali si possa effettivamente individuare un (nuovo) “precedente”<sup>81</sup>, tanto è vero che non si è esitato ad invocare il controlimite dell’irretroattività sfavorevole del dispositivo Taricco<sup>82</sup>. Nel diritto eurounitario è “semplice”, infatti, circoscrivere il nuovo precedente, complice, probabilmente, l’esiguo numero di sentenze emanate dalla CGUE (ed è, dunque, possibile neutralizzare le ipotesi di c.d. retroattività occulta conseguente a contrasti diacronici).

Dopo aver accertato la preesistenza al fatto del “precedente”, sarebbe forse opportuno distinguere a seconda che tale interpretazione esorbiti, o meno, dai limiti linguisticamente insuperabili della disposizione, valutando di volta in volta la prevedibilità dell’esito interpretativo (presunzione relativa di ragionevole prevedibilità), secondo un parametro che si potrebbe definire generale ed astratto, poiché valevole per qualunque soggetto, e ricorrendo ad un interprete di “migliore scienza ed esperienza”<sup>83</sup> (come sarebbe, ad esempio, ritenere che per “uomo” ai sensi dell’art. 575 c.p. debba considerarsi qualsiasi “essere vivente”: in tal caso il fatto non “sarebbe previsto dalla legge come reato”). Nella valutazione della ragionevole prevedibilità dell’esito interpretativo, si potrebbe, infine, ricorrere al parametro della scusabilità dell’errore di cui all’art. 5 c.p.<sup>84</sup>, come interpretato dalla Corte costituzionale con la sentenza 23

---

*art. 673 c.p.p., visto e considerato che nel caso di Contrada non si dovrebbe dar luogo a nessuna attività processuale ulteriore».*

<sup>81</sup> Cfr. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, I, 2013, 170 «Come si sarà notato, sotto ogni discorso in tema di legalità (e seppure in forme mutanti) serpeggia sempre la grande ed insolubile domanda su ciò che debba intendersi per diritto vivente (sul piano interno ma anche su quello europeo)».

<sup>82</sup> La Consulta parrebbe quindi muoversi nell’orizzonte del *prospective overruling*. Per le conseguenze giuridiche discendenti dall’accoglimento del *prospective overruling* rispetto all’*error iuris* avuto riguardo alle formule terminative delle sentenze cfr. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit., 322. L’Autore, però, ritiene che *de iure condito* sul piano interno l’unica strada perseguibile nei casi di c.d. retroattività occulta sarebbe il ricorso all’art. 5 c.p., mentre nell’ipotesi di un “precedente vincolante” sembrerebbe orientarsi per il *prospective overruling*; sull’importanza del *prospective overruling* cfr. anche VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, cit., 179.

<sup>83</sup> Sulle diverse tipologie di “parametri” rispetto ai quali valutare la prevedibilità cfr. alcune soluzioni proposte dalla dottrina e riportate da PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 56 e 314.

<sup>84</sup> Secondo TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l’interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, cit., 54: «[...] anche sotto la prospettiva del principio della scusabilità dell’ignoranza inevitabile della legge penale, possiamo dire che la “legge” contiene solo una “aspettativa” di “norma”, ossia la “prevedibilità” di una “interpretazione” da

marzo 1988, n. 364, che ne ha subordinato l'inevitabilità a criteri oggettivi puri o misti<sup>85</sup>. Si pensi all'ipotesi in cui la disposizione, formulata in maniera poco determinata, abbia condotto ad un'interpretazione non ragionevolmente prevedibile - rispetto alla lettera della legge - da un uomo "medio", benché tale interpretazione fosse antecedente alla commissione del fatto, e/o al caso in cui due o più sezioni della Corte di cassazione si attestassero su diverse interpretazioni, tutte rientranti nei limiti linguistici della disposizione ed antecedenti alla commissione del fatto (c.d. contrasto sincronico semplice o multiplo)<sup>86</sup>. Nel primo caso l'incertezza del diritto ricorrerebbe solo *ex ante* (secondo una sorta di "prognosi postuma"), nel secondo permarrrebbe anche *ex post*.

Sembra, quindi, che la ragionevole prevedibilità possa avere come referente un parametro squisitamente soggettivo (irretroattività sfavorevole), intermedio ("determinatezza" quale limite all'interpretazione e/o all'eterogeneità delle interpretazioni) o assoluto (divieto di analogia).

Il requisito della ragionevole prevedibilità imporrebbe quindi al giudice eurounitario un'interpretazione restrittiva della disposizione ed un'applicazione non retroattiva (in senso sfavorevole) dell'interpretazione stessa, a pena, altrimenti, dell'eventuale assoluzione dell'imputato (perché il fatto non è previsto dalla legge come reato o perché non costituisce reato) e, in via successiva, della potenziale incostituzionalità dell'interpretazione "imprevedibile"<sup>87</sup>.

---

*parte del giudice [...] Tant'è che, se questa "prevedibilità" trova conferma, non si potrà invocare un'ignoranza inevitabile, essendoci una culpa iuris; al contrario ci sarà ignoranza "inevitabile", e quindi "scusabile", se il giudice va, nella sua "interpretazione" della legge, "fuori" da, ossia "al di là" di ogni "ragionevole aspettativa" sulla base dell'interpretazione che del testo può fare un "profano", secondo quindi il parametro, "oggettivo", dell'uomo medio esudem condicionis (lo stesso già universalmente utilizzato per l'accertamento della "colpa" per il "fatto") [...].*

<sup>85</sup> Sul punto v. MASSARO, *Reati a movente culturale o religioso. Considerazioni in materia di ignorantia legis e coscienza dell'offesa*, Roma, 2012, 57. Sui rapporti fra art. 5 c.p. e ragionevole prevedibilità dell'esito interpretativo v. anche ID., *La risposta della Corte costituzionale alla (prima) sentenza Taricco tra sillogismi incompiuti e quesiti retorici*, cit., 18.

<sup>86</sup> Sul ruolo dell'art. 5 c.p. nei casi di deficit di determinatezza della disposizione e di mancanza di uniformità fra pronunce giurisprudenziali cfr. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, cit., 55.

<sup>87</sup> Secondo TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, cit., 55, la scusabilità dell'errore opererebbe come sanzione nei confronti del legislatore per aver introdotto disposizioni poco determinate.

Prendendo come esempio l'art. 325, par. 1, TFUE, tale disposizione (poco determinata) si limita, dunque, ad imporre un obbligo di tutela, il quale necessita, per tradursi in una modifica delle disposizioni attualmente vigenti in materia di prescrizione, della mediazione dell'organo parlamentare<sup>88</sup>. L'art. 325, par. 1, TFUE assume, quindi, "valenza penale" nell'interpretazione ad esso fornita dalla CGUE. La sentenza Taricco sarebbe una "fonte senza disposizione": o, meglio, una fonte che rende tale anche la disposizione<sup>89</sup>. Come sopra anticipato, il vaglio di determinatezza, condotto sulla falsa riga della *ratio* di certezza del diritto, dovrebbe, allora, avere ad oggetto i due elementi, dispositivo e disposizione<sup>90</sup> e, nello specifico, la ragionevole prevedibilità dell'esito interpretativo: l'art. 325, par. 1, TFUE, come interpretato dalla CGUE, non era ragionevolmente prevedibile non solo per tutti i fatti commessi prima del nuovo orientamento giurisprudenziale (irretroattività sfavorevole), ma, più in generale, rispetto a qualsiasi interpretazione che si discostasse da un obbligo di tutela penale indiretta ("determinatezza")<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> Per un'interpretazione "determinata" delle disposizioni formulate con termini vaghi cfr. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, cit., 22, il quale, affrontando il problema delle cc.dd. criptoanalogie, sostiene che «*Resta però vigente il dovere di un'interpretazione conforme al principio-regola della tassatività*».

<sup>89</sup> L'art. 325, par. 1, TFUE potrebbe essere ricondotto nell'ambito delle cc.dd. "disposizioni senza norma" in senso "debole", così GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2010, 39: «*In senso debole, può dirsi che una disposizione non esprima alcuna norma per intendere o che essa non esprime, propriamente parlando, una norma, ma solo un frammento di norma; o che essa esprime non una norma compiuta, ma una norma incompiuta o incompleta*»; sulla distinzione v. anche MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., 14.

<sup>90</sup> Come rileva DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, cit., 34: «*E ad essere tassativo o meno non è l'enunciato legislativo testuale a sé stante, ma insieme alla norma che lo riempie di contenuto*».

<sup>91</sup> Cfr. MICHELETTI, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco. Dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, in *Leg. pen.*, II, 2016, 8 ss.; DANIELE, *La sentenza "Taricco" di fronte alla Corte costituzionale. Come deciderà la Consulta?*, in *RivistaAIC*, IV, 2016, 47; GALLUCCI, *La difficile composizione tra i dicta della Corte di Lussemburgo e i principi fondamentali in materia penale*, *ivi*, IV, 2016, 52; MARINI, *Il caso Taricco fra riserva di legge, sovranità e materia penale*, *ivi*, IV, 2016, 71; MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 7; MANACORDA, *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in *I Controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di Bernardi, Napoli, 2017, 193 ss.; CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, *ivi*, 46; cfr. le considerazioni di PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco. Dalla "virtuosa indignazione" al rilancio del diritto penale europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 5 ss.; VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione*

Una volta accertata tale duplice violazione, la CGUE potrebbe ricorrere ad un *self restraint* nella sentenza Taricco-*bis* e limitarsi a ribadire l'obbligo di tutela discendente dall'art. 325, par. 1, TFUE, reinterpremandolo in maniera restrittiva. Ad interpretazione invariata da parte del giudice di Lussemburgo, la possibilità di azionare i controlimiti non sembrerebbe, tuttavia, né un'ipotesi remota, né apocalittica come spesso viene dipinta, dal momento che non dovrebbe necessariamente appuntarsi sull'intera disposizione di cui all'art. 325 TFUE, ma solo sull'interpretazione incostituzionale (*scil.* la disapplicazione del limite massimo di durata della prescrizione in presenza di atti interruttivi).

**4.2 La determinatezza del precedente vincolante come oggetto del sindacato costituzionale e, quindi, rimedio “successivo” all’incertezza del diritto: l’ordinanza n. 24 del 2017 come “prototipo” di sentenza interpretativa di accoglimento in materia di determinatezza**

Si è anticipato che il rapporto fra la disciplina dei Trattati e l'interpretazione della CGUE sembra ricalcare, con le dovute differenziazioni, la dicotomia fra disposizione e norma rinvenibile nell'ordinamento interno, con una peculiarità: il giudice chiamato ad interpretare le disposizioni europee opera al contempo in qualità di “legislatore”, poiché il dispositivo delle sentenze della CGUE è in grado di spiegare efficacia *erga omnes*. Non pare, allora, del tutto illogico che la Corte costituzionale, nel valutare l'incidenza del provvedimento della CGUE rispetto alle garanzie di cui all'art. 25, co. 2, Cost., si soffermi, come rimedio successivo, sul rapporto fra la disposizione eurounitaria e la norma risultante dalla sentenza Taricco. Si tratta del *modus operandi* che, nel sindacato di costituzionalità interno, contraddistingue l'oggetto del giudizio della Corte, la quale si pronuncia non solo su disposizioni, ma anche su norme<sup>92</sup>.

Mentre, infatti, nella storica sentenza n. 96 del 1981 sul delitto di plagio, la

---

*in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 5. Per una critica all'interpretazione estensiva della CGUE con riferimento al ricorso al principio di assimilazione cfr. MEZZETTI, SESTIERI, *Una sentenza gravida di effetti in tema di prescrizione delle frodi IVA: fraintendimenti sul principio di assimilazione*, in *questa Rivista*, I, 2016, 6 ss.

<sup>92</sup> Cfr. per tutti CELOTTO, MODUGNO, *La giustizia costituzionale*, in *Diritto pubblico*, a cura di Modugno, Torino, 2015, 714.

Corte dichiarò incostituzionale l'intera disposizione per difetto di determinatezza, poiché qualsiasi norma da essa ricavabile risultava, a sua volta, indeterminata (in quanto, sostanzialmente, non prevedibile)<sup>93</sup>, al contrario sussiste, talora, la possibilità di garantire un'interpretazione "determinata" di una disposizione, rispondente, di solito, alla lettera della stessa (come nel caso Taricco, ove si potrebbe ridimensionare la portata dell'art. 325, par. 1, TFUE nell'ambito dei più assicuranti lidi di un obbligo di tutela penale indiretta)<sup>94</sup>. Non sono molte le sentenze in cui la Corte costituzionale formula un'interpretazione conforme a determinatezza di una disposizione (implicitamente censurando, dunque, l'orientamento interpretativo consolidatosi nel diritto vivente). Si tratta, in ogni caso, di sentenze interpretative di rigetto, la cui efficacia vincolante *erga omnes* non è condivisa dalla dottrina maggioritaria<sup>95</sup>.

Le sentenze interpretative di accoglimento o di rigetto parrebbero, dunque, garantire una soluzione intermedia fra l'illegittimità costituzionale dell'intera disposizione, riservata ai casi di più grave indeterminatezza, ed il ricorso ad una sentenza di rigetto, che rimetterebbe, altrimenti, agli organi giurisdizionali il compito di circoscrivere un'interpretazione "ragionevolmente prevedibile". Sembra, tuttavia, che l'attività ermeneutica dalla Corte costituzionale nelle sentenze interpretative di rigetto si risolva spesso in un'ulteriore (ed inevitabile) genericità, che rimette, in sostanza, al giudice la concretizzazione di ciò che

---

<sup>93</sup> Corte cost. 9 aprile 1981, n. 96 in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); secondo la Corte (§ 16 Cons. in dir.) «L'esame dettagliato delle varie e contrastanti interpretazioni date all'art. 603 del codice penale nella dottrina e nella giurisprudenza mostra chiaramente l'imprecisione e l'indeterminatezza della norma, l'impossibilità di attribuire ad essa un contenuto coerente e razionale e pertanto l'assoluta arbitrarietà della sua concreta applicazione».

<sup>94</sup> Come rileva PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 7: «Sennonché, la Corte si limita in genere a salvare la norma dalla censura di indeterminatezza quando ne constati e ne affermi la sua "interpretabilità", salvo procedere essa stessa a fornire l'interpretazione tassativizzante (come è avvenuto, ad esempio, nelle sentenze sul disastro innominato o sullo stalking), ovvero rimettere questo compito ai giudici comuni».

<sup>95</sup> Sulla duplice "funzione" e la conseguente "vincolatività" delle sentenze interpretative di rigetto in materia penale v. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, cit., 51 ss.; sul problema v. anche CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit., 157. Sulla distinzione fra sentenze interpretative di rigetto e di accoglimento cfr. CELOTTO, MODUGNO, *La giustizia costituzionale*, cit., 726. V. anche le considerazioni critiche sul ricorso da parte della Corte costituzionale alle sentenze interpretative in materia penale, con riferimento al principio di determinatezza, di VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale. L'offesa mediante violenza*, cit., 186 ss.

è penalmente rilevante per il tramite di una interpretazione sistematica<sup>96</sup>. Altre volte l'interpretazione della Consulta pare del tutto superflua, poiché alla soluzione ermeneutica "restrittiva" perviene il giudice *a quo*, il cui obiettivo è la declaratoria di incostituzionalità dell'interpretazione estensiva<sup>97</sup>.

Al contrario l'ordinanza n. 24 del 2017 pare formulata sulla falsa riga di una sentenza interpretativa di accoglimento, in virtù della quale sarebbe possibile espungere dall'ordinamento una specifica interpretazione non conforme a Costituzione (in questo caso di rango eurounitario), nella parte in cui viola il principio di determinatezza<sup>98</sup>.

<sup>96</sup> Talvolta ciò discende dalla estrema laconicità della disposizione, che sarebbe impossibile concretizzare al di fuori di un'analisi casistica. Si prenda ad esempio la sentenza Corte cost. 7 luglio 2010, n. 282, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), in cui la Corte sostiene che la «[...] la prescrizione di "vivere onestamente", se valutata in modo isolato, appare di per sé generica e suscettibile di assumere una molteplicità di significati [...] tuttavia, se è collocata nel contesto di tutte le altre prescrizioni previste dal menzionato art. 5 [...] essa assume un contenuto più preciso [...] in ordine alla prescrizione di "non dare ragione di sospetti" [...] non va considerata in modo isolato ma nel contesto delle altre prescrizioni contemplate dall'art. 5 [...]». Sul punto v. recentemente la sentenza della Corte Edu, Grande Camera, 23 febbraio 2017 De Tommaso c. Italia, in *Dir. pen. cont.*, 2017, con nota di VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*. Anche nel caso dello *stalking* di cui all'art. 612-bis c.p. (Corte cost., 11 giugno 2014, n. 172, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)), la Corte ritiene conforme al principio di determinatezza il "perdurante stato di ansia e di paura" ed il "fondato timore per l'incolumità", ritenendo che essi «[...] debbano essere accertati attraverso un'accurata osservazione di segni e indizi comportamentali, desumibili dal confronto tra la situazione pregressa e quella conseguente alle condotte dell'agente [...]». Per altri esempi di sentenze interpretative di rigetto con riferimento al principio di determinatezza cfr. MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 1999, 72. Sull'importanza dell'ordinanza n. 24 del 2017, anche alla luce del sentenza sul "disastro innominato", cfr. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 14.

<sup>97</sup> Così ad esempio nell'ordinanza 4 aprile 2012, n. 94, ove la Corte sottolinea che «[...] il remittente, da una parte, lamenta la violazione del principio di determinatezza della fattispecie incriminatrice, mentre dall'altra, contraddittoriamente, fa leva su alcuni canoni interpretativi, di carattere letterale e sistematico, che lo conducono ad accogliere la già indicata interpretazione "restrittiva" della norma incriminatrice».

<sup>98</sup> Per un esempio di sentenza interpretativa di accoglimento (o forse, più propriamente, di sentenza additiva), in cui la Consulta ha sostanzialmente dichiarato illegittima l'interpretazione delle Sezioni Unite, per contrasto con il principio di determinatezza, poiché le Sezioni Unite non si erano adeguate ad una precedente sentenza interpretativa di rigetto della stessa Corte costituzionale, cfr. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di Insolera-Mazzacava-Pavarini-Zanotti, Torino, 2006, 171. Ci si riferisce a Corte cost., 28 gennaio 1991, n. 35, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), su cui v. *amplius* ZANOTTI, *Frode fiscale: dal "diritto vivente" al "diritto vigente" conforme alla Costituzione*, in *Foro It.*, I, 1991, 1360 ss.; è molto interessante ripercorrere brevemente alcune delle argomentazioni della Consulta, per talune affinità con il caso Taricco. Benché la disposizione di cui all'art. 4, co. 1, n. 7, d. l. n. 429 del 10 luglio 1982, relativa ad una fattispecie di evasione fiscale, sia stata dichiarata incostituzionale «nella parte in cui non prevede che la dissimulazione di componenti positivi o la simulazione di componenti negativi del reddito debba concretarsi in forme artificiali», essa subordinava altresì la punibilità ad una alterazione del reddito "in misura rilevante", i cui profili di indeterminatezza vennero "sterilizzati" dalla Consulta nella antecedente sentenza

Le ragioni di una pronuncia strutturalmente simile ad una sentenza interpretativa di accoglimento discendono, forse, dal fatto che la Corte costituzionale ha, al contempo, sollevato rinvio pregiudiziale alla CGUE.

La tecnica di formulazione del rinvio pregiudiziale, se traslata anche sul piano interno nei giudizi di legittimità costituzionale, potrebbe, allora, rappresentare una diversa modalità di interlocuzione fra la giurisprudenza e la Consulta, improntata alla espunzione di singole interpretazioni incostituzionali (secondo il modello delle sentenze interpretative di accoglimento, idonee a spiegare effetti vincolanti *erga omnes*).

Il controlimito della determinatezza imporrebbe, quindi, di dichiarare incostituzionale l'interpretazione fornita nella sentenza Taricco, nella parte in cui la CGUE si discosta arbitrariamente dal tenore letterale - e dunque ragionevolmente prevedibile - dell'art. 325, par. 1, TFUE, che non lasciava in alcun modo presagire un obbligo di disapplicazione del regime legale della prescrizione vigente nell'ordinamento di uno degli Stati membri.

---

interpretativa di rigetto (Corte Cost., 15 maggio 1989, n. 247, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)) sostenendo che «La “misura rilevante” indica, invero, il “peso” del carico offensivo del delitto ma non entra, non fa parte della qualità offensiva del delitto stesso. Da ciò discende che soltanto quando il legislatore avesse fatto ruotare l'intero o gran parte del disvalore offensivo del fatto sulla “misura rilevante” dell'alterazione si sarebbero violati gli artt. 3, primo comma e 25, secondo comma, Cost.: solo in tal caso, infatti, il legislatore sottraendosi alla “scelta” individuativa e determinativa del tipo d'illecito e rimettendo al giudice la stessa scelta [...] avrebbe reso lo stesso giudice veramente arbitro del lecito e dell'illecito». Sul punto v. anche PALAZZO, *Elementi quantitativi indeterminati e loro ruolo nella struttura della fattispecie (a proposito della frode fiscale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 1989, 1195 ss.