

## CONVEGNI

---

**ANTONELLA MASSARO**

**Dalle criticità del diritto penale nazionale a quelle  
del “diritto penale europeo”:  
chi è causa del suo mal pianga se stesso?  
Riflessioni su *Taricco* e dintorni\***

Molte delle criticità emerse nell’ambito del c.d. diritto penale europeo rappresentano l’autentica deflagrazione di altrettanti talloni d’Achille già ravvisabili sul solo versante del diritto nazionale. Il riferimento è, anzitutto, alla “relativizzazione” della riserva di legge, alla controversa distinzione tra norme sostanziali e norme processuali, al problematico rapporto tra i corollari della legalità penale. Gli ultimi due aspetti sono quelli attorno ai quali si sta sviluppando anche il caso *Taricco*. Con l’ordinanza n. 24 del 2017, in particolare, la Corte costituzionale sembra aver attribuito un significativo rilievo al principio di determinatezza, che fino a questo momento non ha certo svolto la “parte del leone” nella difesa di una legalità formale visibilmente in corso di disfacimento. Il caso *Taricco*, infine, offre l’ennesima occasione per riflettere sulla reale portata dei controlimiti e sulla metamorfosi che sta interessando gli stessi: sembrerebbe che il meccanismo in questione sia oggetto di una progressiva “esternalizzazione”, nel senso che si vorrebbe in qualche modo delegare la scelta relativa alla sua attivazione alla Corte europea e quindi, di riflesso, ai giudici comuni nazionali. Da ciò deriverebbe però una sostanziale estromissione della Corte costituzionale dal meccanismo dei controlimiti e, di conseguenza, la riproposizione di un atavico dilemma: *quis custodiet ipsos custodes?*

*A considerable number of criticalities, emerged from the so-called European criminal law, represent the true deflagration of “Achilles heels” which appear to already exist in the Italian legal system. The reference is, especially, to the “relativization” of the rule of law in criminal matters, to the controversial distinction between substantive and procedural rules and to the problematic relationship among corollaries of the principle of legality in criminal law. The debate about the Taricco case concerns these last two points. The Order No. 24/2017 of the Italian constitutional Court seems to attach great importance to the principle of legal certainty that has not taken the “lion’s share” of the defense of the principle of legality until now. Furthermore, the Taricco case provides yet another opportunity to reflect on the extent and the metamorphosis of the so-called counter-limits (controlimiti). In fact, it seems that this system is subject to a progressive “externalization” and that the choice of its activation is delegated to the Court of Justice of the European Union and therefore to the national judges. However, this would lead to a substantial removal of the role of the Italian constitutional Court from the system of “controlimiti” and then an ancient dilemma might arise: quis custodiet ipsos custodes?*

**SOMMARIO:** 1. Criticità “nazionali” che divengono criticità “europee”. - 2. La relativizzazione della riserva di legge e l’eterointegrazione della norma penale. - 3. La controversa distinzione tra norme sostanziali e norme processuali. - 4. Le articolazioni della legalità penale e il giudice di scopo. - 5. Il principio di determinatezza e la sua valorizzazione nell’ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale. - 6. Il rapporto tra i corollari del principio di legalità. - 7. Determinatezza e legalità europea. - 8. La metamorfosi dei controlimiti: “esternalizzazione” e indebolimento?

---

\* Il presente contributo rappresenta il testo, riveduto e corredato di note essenziali, della relazione svolta in occasione del Convegno *Gli scenari aperti dal “caso Taricco” nel sistema penale*, tenutosi il 17 ottobre 2017, presso la Sapienza Università di Roma.

### 1. Criticità “nazionali” che divengono criticità “europee”

Una possibile chiave di lettura delle questioni relative al c.d. diritto penale europeo potrebbe sintetizzarsi nell'impressione per cui le pronunce delle Corti sovranazionali che negli ultimi decenni hanno funzionato da autentici *stress test* per il diritto penale di matrice (vetero?) illuminista, altro non abbiano rappresentato se non la deflagrazione di criticità già esistenti sul versante del diritto nazionale: altrettanti talloni d'Achille del diritto penale domestico, a volte più evidenti, altre volte nascosti come si fa con la polvere sotto il tappeto, ma che in ogni caso non hanno retto all'onda d'urto derivante dalla proiezione della cittadella penalistica nella labirintica dimensione sovranazionale<sup>1</sup> e rispetto ai quali il diritto penale europeo ha funzionato da potente e assordante cassa di risonanza.

Prendendo in considerazione il solo versante del diritto europeo “in senso stretto” e, quindi, della giurisprudenza della Corte di Giustizia, i talloni d'Achille “interni”, divenuti ancor più vulnerabili nell'orizzonte sovranazionale, sono almeno tre: il rapporto tra fonti primarie e fonti secondarie nella descrizione della fattispecie incriminatrice, la controversa e complessa distinzione tra norme processuali e norme sostanziali, il ruolo del principio di determinatezza in riferimento alle altre articolazioni della legalità penale. La seconda e la terza “vulnerabilità” sono anche quelle attorno a cui si snoda l'impianto argomentativo dell'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale, con la quale la saga *Taricco* non è ancora giunta al suo capitolo conclusivo. Il Giudice delle Leggi, come ampiamente noto, ha infatti scelto di non estrarre dalla roccia la spada dei controlimiti, ricorrendo invece a un nuovo rinvio

---

<sup>1</sup> «Dalla “Cina imperiale” al labirinto penale», secondo la nota e suggestiva immagine offerta da MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 5. Sulla dissoluzione della piramide kelseniana e della sistematica a gradini di matrice tedesca, sostituite da una struttura “reticolare” del sistema delle fonti, già, incisivamente, DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 145 ss.

pregiudiziale alla Corte europea<sup>2</sup>.

## 2. La relativizzazione della riserva di legge e l'eterointegrazione della norma penale

Il primo tallone d'Achille, come anticipato, è quello rappresentato dall'interazione tra norme primarie e norme secondarie nella descrizione della fattispecie incriminatrice e, quindi, dalla problematica tenuta della riserva di legge a fronte del rinvio, veicolato da elementi normativi o da norme penali in bianco, a fonti di rango non legislativo. Dopo aver derogato (perché di deroghe si tratta) al carattere assoluto della riserva di legge in materia penale, soprattutto in nome della specificazione di carattere meramente tecnico, si è reso necessario fare i conti, per esempio, con i casi *Vessoso e Zanetti*<sup>3</sup>, *Tombesi*<sup>4</sup> e *Niselli*<sup>5-6</sup>, nei quali veniva in considerazione una nozione di rifiuto di derivazione (anche) comunitaria.

Per non parlare poi del caso *Trinca*, noto anche come il bizzarro il caso dei pesci rossi *in malam partem*, che i giudici interni hanno risolto attraverso la non applicazione di una soglia di rilevanza penale non conforme al diritto eurounitario, da cui è derivato un ampliamento (evidente) della sfera del penalmente rilevante<sup>7</sup>. Le

<sup>2</sup> Come ipotizzato e/o auspicato, in particolare, da DANIELE, *La sentenza "Taricco" di fronte alla Corte costituzionale: come deciderà la Consulta?*, in *Rivista AIC*, 4/2016, 46 ss.; AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di Giustizia?*, in *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, a cura di Pellizzone, Milano, 2017, 138 ss.; CAIANIELLO, *Dum Romae (et Brucellae) Consulitur...Some considerations on the Taricco Judgement and Its Consequences at National and European Level*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 24 (2016), 15.

<sup>3</sup> Corte Giust., 28 marzo 1990, C-206/88, C-207/1988, *Vessoso e Zanetti*.

<sup>4</sup> Corte Giust., 25 giugno 1997, C-304/94, C-330/94, C-342/94, C-224/1995, *Tombesi*.

<sup>5</sup> Corte Giust., 11 novembre 2004, C-457/02, *Niselli*.

<sup>6</sup> Sufficiente in questa sede il rinvio a BERNARDI, *I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di Bernardi, Napoli, 2017, LXXX e LXXXV.

<sup>7</sup> Cass., sez. III pen., 19 gennaio 2011, *Trinca*, su cui COLELLA, *Una nuova ipotesi di applicazione diretta in malam partem del diritto della UE: la Corte di cassazione disapplica la normativa interna che prevede un margine di tolleranza del 10% al divieto di pesca e commercializzazione del novellame e afferma, conseguentemente, la responsabilità penale dell'imputato*, in *Dir. pen. cont.*, 2011 e, *amplius*, BOSI, SOTIS, *Il bizzarro caso dei pesci "in malam partem". Osservazioni in tema di pesca del novellame sui*

affermazioni contenute nella sentenza della Corte di cassazione non suonavano certo “rivoluzionarie”: la sanzione prevista dall’art. 24 della l. n. 963 del 1965 (poi abrogata dal d.lgs. n. 4 del 2012), relativa al divieto di pesca, detenzione, trasporto e commercio del novellame, non avrebbe avuto carattere generico e non avrebbe necessitato, ai fini della sua concretizzazione, dell’integrazione ad opera di atti normativi secondari, che sarebbero intervenuti in funzione di mera specificazione tecnica. Del tutto “fisiologica” risultava quindi, ai fini della risoluzione di un’antinomia evidente tra un regolamento interno e un regolamento comunitario, la prevalenza accordata alla fonte sovranazionale, anche se la stessa comportava, nei fatti, degli effetti chiaramente *in malam partem*.

La normativa europea, del resto, non può certo vedersi attribuito in quest’ambito un ruolo più modesto e marginale rispetto a quella nazionale<sup>8</sup>. Considerato, poi, l’atteggiamento misto di disinteresse e disincanto con cui è stato tradizionalmente affrontato il problema dei rapporti tra fonte primarie e fonte secondarie<sup>9</sup>, risulterebbero poco credibili (e poco resistenti) eventuali barricate alzate al cospetto di norme sovranazionali, specie quando queste ultime si inseriscano senza eccessive forzature nel solco della specificazione meramente tecnica e di una riserva di legge solo “tendenzialmente” assoluta<sup>10</sup>.

---

*rapporti tra disapplicazione dell’atto amministrativo (di favore) contrario alla legge e non applicazione della norma nazionale (di favore) contrastante con il diritto comunitario, ivi.*

<sup>8</sup> GRASSO, *Diritto penale e integrazione europea*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di Grasso, Sicurella, Milano, 2007, 720.

<sup>9</sup> MANES, *L’eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva “politica” e specificazione “tecnica”*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 1/2010, 89 ss., al quale si rinvia anche per un efficace inquadramento della “eterointegrazione sostenibile” secondo la giurisprudenza costituzionale, nel segno della dicotomia tra “politica” e “tecnica”.

<sup>10</sup> ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, III ed., Milano, 2004, 37. Per una visione “forte” della riserva assoluta di legge, per tutti, GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino, 2014, spec. 48 ss. Incisive al riguardo le recenti considerazioni di PALIERO, *Conclusioni*, in *Principio di legalità*, cit., 281, il quale osserva come la riserva di legge debba essere ascritta alla classe dei concetti classificatori (*aut/aut*) e non di quelli ordinatori (più/meno): «a dispetto delle alchimie speculative di taglio ossimorico circa riserva “relative” o “tendenzialmente assolute”, sono del parere che se vuol essere garanzia la riserva o è *piena* senza limiti/eccezioni, o *non è*».

### 3. La controversa distinzione tra norme sostanziali e norme processuali

Una seconda criticità (prima) nazionale e (quindi) europea è rappresentata dalla controversa *actio finium regundorum* tra norme sostanziali e norme processuali, che rischia di trasformarsi in un fin troppo comodo paravento dietro il quale occultare un affievolimento dello statuto di garanzie condensato dalla legalità penale. Le sentenze della Corte di Giustizia relative al caso *Pupino*<sup>11</sup> e al caso *Taricco*<sup>12</sup>, per restare agli esempi più eclatanti che hanno riguardato il nostro ordinamento, mostrano chiaramente quanto elevata sia la posta in gioco.

Sul piano del diritto interno, poi, gli interrogativi più recenti sono quelli sollevati dalla sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato<sup>13</sup> e della particolare tenuità del fatto<sup>14</sup>: anche in questi casi, propendere per la natura prevalentemente sostanziale o prevalentemente processuale di istituti strutturalmente ibridi, sposta in maniera evidente l'ago della bilancia in punto di garanzie, specie per ciò che attiene alle questioni di diritto intertemporale. Se autorevole dottrina "sostanzialista" ha evidenziato da tempo la necessità di fare riferimento a una "norma penale reale"<sup>15</sup>, nella quale confluiscono, in funzione di garanzia, componenti tanto sostanziali quanto processuali, anche le riflessioni processualpenali-

<sup>11</sup> Corte Giust., 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*, su cui CALVANO, *Il Caso Pupino: ovvero dell'alterazione per via giudiziaria dei rapporti tra diritto interno (processuale penale), diritto Ue e diritto comunitario*, in *Rivista AIC*, 2006.

<sup>12</sup> Corte Giust., 8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco*. Nell'impossibilità di dar conto della sterminata letteratura formatasi sul "caso Taricco", si rinvia ai contributi contenuti nei seguenti volumi collettanei: *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, cit.; *I controlimiti*, cit.; *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di Bernardi, Cupelli, Napoli, 2017.

<sup>13</sup> Corte cost., 7 ottobre 2015, n. 240 ha concluso per la dimensione prevalentemente processuale della messa alla prova: si rinvia sul punto a DELLA TORRE, *La Consulta nega la retroattività della messa alla prova: una lettura premiale di un rito (prevalentemente) specialpreventivo*, in *Cass. pen.*, 2016, 4, 1488 e ss.

<sup>14</sup> Sulla natura sostanziale della causa di non punibilità introdotta con l'art. 131-bis c.p., per tutti, C. F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 5, 517 e, in giurisprudenza, Cass., Sez. un. pen., 25 febbraio 2016, n. 13681, Tushaj, in *Cass. pen.*, 2/2017, 622, con nota di CATERINI, *Inoffensività e tenuità del fatto nella recente giurisprudenza delle Sezioni unite*.

<sup>15</sup> GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 15.

stiche si indirizzano sempre più spesso verso una valorizzazione di quella legalità processuale che, tradizionalmente in ombra rispetto all'omonimo corrispondente sostanziale<sup>16</sup>, sembra invocare a gran voce i propri spazi<sup>17</sup>.

Una delle sotto-criticità del “tallone d'Achille” appena individuato consiste senza dubbio nell'incerta collocazione sistematica delle cause estintive, con particolare riguardo alla prescrizione, perennemente in bilico tra diritto sostanziale e diritto processuale.

Al coro di critiche sulle considerazioni distratte e apodittiche con le quali la sentenza *Taricco* ha liquidato la non applicabilità alla prescrizione dell'art. 49 CDFUE, non fa da controcanto uno schieramento altrettanto compatto relativo alla natura giuridica della prescrizione: è sufficiente sfogliare i manuali di diritto penale più diffusi o soffermarsi sulle prime righe delle voci enciclopediche dedicate alla prescrizione penale per rendersi conto di quanto eterogenee siano le opinioni al riguardo. Sebbene, dunque, risulti del tutto comprensibile la preoccupazione mostrata a fronte della netta presa di posizione da parte della Corte di Giustizia, altrettanto innegabile è la circostanza per cui sulla natura giuridica della prescrizione neppure il “diritto penale nazionale” abbia le idee del tutto chiare o, comunque, non le abbia avute per molto tempo.

Pur senza entrare nel dettaglio delle questioni sollevate dal caso *Taricco* in riferimento alla prescrizione, è certamente significativa la perentorietà concettuale e linguistico-terminologica con cui l'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale ha ribadito la natura sostanziale della prescrizione: «nell'ordinamento giuridico nazionale il regime legale della prescrizione è soggetto al principio

---

<sup>16</sup> NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, ora in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 203

<sup>17</sup> Come chiaramente evidenziato dalla relazione di Enrico Gallucci nel presente Convegno e, sempre in riferimento al caso *Taricco*, da NEGRI, *Dallo “scandalo” della vicenda Taricco risorge il principio di legalità processuale*. Anche per le necessarie indicazioni bibliografiche, v. LORUSSO, *Interpretazione, legalità processuale e convincimento del giudice*, in *Dir. pen. cont.*, 2015 e NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2/2017.

di legalità [...] Si tratta infatti di un istituto che incide sulla punibilità della persona» (punto 4). Dalla natura sostanziale della prescrizione, insomma, sembra non potersi tornare indietro<sup>18-19</sup>.

Muovendo da queste premesse, non sarebbero ammissibili “graduazioni” dello statuto di garanzie che alla stessa conseguono. Risulterebbe difficilmente praticabile, altrimenti detto, una soluzione del tipo “la prescrizione ha natura sostanziale, *però* le garanzie del diritto sostanziale non si applicano a tutti gli aspetti della sua disciplina, a partire dall’interruzione”, perché questo vorrebbe dire collocare la prescrizione in una sorta di limbo normativo, privo di una disciplina specifica e “predefinita”<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> BIGNAMI, *Note minime a margine dell’ordinanza Taricco*, in *Il caso Taricco*, cit., 38. La perentorietà delle affermazioni in questione è rilevata anche da CUPELLI, *La posta è in gioco. Il caso Taricco nel dialogo tra le Corti*, ivi, 85. *Contra* D’AMICO, *Principio di legalità penale e “dialogo” tra le Corti. Osservazioni a margine del caso Taricco*, ivi, 106, ad avviso della quale le prese di posizione relative alla natura giuridica della prescrizione non rivestono un ruolo centrale nell’economia complessiva dell’ordinanza n. 24 del 2017. BIN, *Taricco bis: significati, espressi e impliciti, dei “promessi controllimiti”*, ivi, 49, sottolinea come la Corte costituzionale ben avrebbe potuto rivedere le proprie posizioni in tema di natura giuridica della prescrizione o, almeno, in riferimento all’interruzione della stessa.

<sup>19</sup> Riporto qui di seguito alcune osservazioni svolte sul punto da Piergiorgio Gualtieri e condivise con me nei numerosi scambi di opinione relativi al caso *Taricco*. Nell’ordinanza n. 24 del 2017, osserva Gualtieri, si legge «che la prescrizione è una causa estintiva di natura sostanziale perché le cause estintive, a loro volta, appartengono al diritto sostanziale. In altri termini, leggendo l’ordinanza si ha l’impressione che la Consulta abbia semplicemente “riconosciuto” un *quid* immanente al sistema, e cioè la natura sostanziale della prescrizione. Bisognerebbe invece scindere il piano analitico degli enunciati normativi dal piano delle norme, ovvero delle prescrizioni. La Corte, in realtà, come qualsiasi organo giurisdizionale, prescrive, comanda, ordina, impone (non solo alla Corte di Giustizia ma soprattutto ai giuristi nazionali) di classificare la prescrizione come istituto di diritto sostanziale. Non si tratta di un dato secondario proprio perché la natura giuridica di un istituto è il “prodotto” di una attività decisoria dell’interprete. Quindi l’atteggiamento della Corte costituzionale, lungi dall’essere meramente passivo, si palesa per ciò che è, ovvero l’affermazione (ad un livello politico di primo piano) della doverosa classificazione della prescrizione nel novero del diritto sostanziale, con la conseguenza per cui l’eventuale “inosservanza” del comando da parte della Corte di Lussemburgo verrà necessariamente sanzionata con gli strumenti nazionali (altro che diplomazia). Parafrasando Kelsen, non si danno comandi senza comandanti, o in altra salsa, imperativi senza imperatore. Proprio per queste ragioni, non esistono “truffe delle etichette”, per il semplice fatto che le discussioni intorno alla natura giuridica di un istituto sono sempre e solo il frutto di atti di volontà, di ascrizione, in riferimento ai quali un asserto vero-funzionale è senza dubbio fuori luogo».

<sup>20</sup> Per una valorizzazione della natura “mista”, “ibrida”, “doppia” della prescrizione v. invece BERNARDI, *Note critiche sull’ordinanza Taricco della Corte costituzionale*, in *Il caso Taricco*, cit., 20 e, con toni più netti, CAIANIELLO, *L’ordinanza di rinvio della Corte costituzionale nel caso Taricco: dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, ivi, 68; SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessione sulla vicenda Taricco, con una postilla sull’ordinanza 24 del 2017 della Corte costituzionale “Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia”*, in *Principio di legalità penale*, cit., 224 ss. Cfr. sul punto SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio*

#### 4. Le articolazioni della legalità penale e il giudice di scopo

Il terzo tallone d'Achille che pare evidenziarsi in maniera trasversale è quello relativo alle articolazioni della legalità penale, nelle tre componenti della riserva di legge, della irretroattività e della determinatezza.

Fin da subito, del resto, si è messa chiaramente in evidenza l'esigenza di differenziare gli effetti della sentenza *Taricco* sul piano della riserva di legge e su quello della irretroattività. La distinzione e il coordinamento reciproco tra corollari della legalità costituisce un'operazione tanto necessaria quanto complicata, che lascia emergere spazi sempre più consistenti per il principio di determinatezza, autentico protagonista nella motivazione dell'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale.

Tra i passaggi più "intransigenti" dell'ordinanza deve certamente annoverarsi il netto ripudio del c.d. giudice di scopo, chiamato a raggiungere un obiettivo, pur legalmente predefinito, senza che tuttavia la legge specifichi i mezzi e i limiti necessari al suo perseguimento (punto 9 dell'ordinanza)<sup>21</sup>. Anche in questo caso si tocca un nervo scoperto, i cui effetti sono amplificati ma non determinati dalle questioni di diritto europeo. Il ripudio del giudice di scopo, nell'epoca in cui il diritto penale giurisprudenziale<sup>22</sup> sembra sem-

---

*della natura della prescrizione. L'actio finium regundorum della Consulta nell'ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, in *Il caso Taricco*, cit., 420 ss., ad avviso della quale, riaffermata la natura sostanziale della prescrizione e la conseguente afferenza della stessa, senza eccezioni, alla copertura garantistica della legalità penale, la Corte costituzionale può sottrarsi a più complessi ragionamenti relativi, tra l'altro, a una pretesa flessibilizzazione delle istanze garantistiche della legalità: l'Autrice non manca tuttavia di evidenziare gli aspetti problematici della "tenuta" di questa premessa.

<sup>21</sup> Sul punto, già prima dell'ordinanza n. 24 del 2017, in particolare LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale (Riflessioni sulla sentenza Taricco)*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2016, 226; SOTIS, *Il limite come controlimito*, cit., 226 ss.; MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *I controlimiti*, cit., spec. 207; EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2015, 40 ss. Per la definizione "originaria" del giudice di scopo VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009, 51.

<sup>22</sup> Si tratta di un fenomeno indubbiamente complesso, in riferimento al quale è doveroso il rinvio alla recente indagine di DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità*



plicemente una realtà della quale prendere atto, potrebbe infatti suonare come anacronistico, tardivo o, quanto meno, privo di solide fondamenta. È il circolo vizioso innescato dallo sfaldamento della legalità formale: la crisi della legge e del Parlamento comporta una valorizzazione del formante giurisprudenziale, alla cui espansione eccessiva si cerca di porre come argine lo stesso legislatore il cui pessimo stato di salute è all'origine del fenomeno.

Ci siamo assuefatti all'enorme potere del giudice nella gestione degli istituti del sistema sanzionatorio<sup>23</sup>, ma non così tanto da "farci andar bene" persino la sentenza *Taricco*. L'impressione è quella per cui ci si ricordi di Cassandra quando ormai Troia è in fiamme. Ben venga, in ogni caso, l'orgogliosa rivendicazione della separazione dei poteri e dei "miti" di matrice illuministica, se questo può servire a rendere nuovamente visibile una stella polare nascosta da una fitta e impenetrabile coltre di nubi.

##### **5. Il principio di determinatezza e la sua valorizzazione nell'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale**

Il principio di determinatezza in materia penale rivela una consistenza sostanzialmente inafferrabile, assumendo, paradossalmente, i contorni del più indeterminato tra i corollari del principio di legalità<sup>24</sup>.

Il tratto caratterizzante della determinatezza è la sua assenza, a livello tanto di ricostruzione teorica quanto della sua concreta attuazione.

Da una parte, si tratta di un'articolazione della legalità penale spes-

---

e sanzioni dell'illecito interpretativo, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2016, 13 ss.

<sup>23</sup> PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2016, 232

<sup>24</sup> Di «indeterminatezza della determinatezza» parla PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, 1314; ID., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006, 57.

so trattata come una “questione da nota a piè’ di pagina”<sup>25</sup>, che suona come una “promessa non mantenuta”<sup>26</sup> o come una mera “utopia dello Stato di diritto”<sup>27</sup>, la cui inconsistenza sistematica finisce per tradursi in inconsistenza operativa.

Dall’altra parte, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha contribuito non poco alla eclissi della determinatezza. Stupisce, in effetti, l’esiguo numero di pronunce della Consulta che dichiarano la violazione del principio di determinatezza, con un dato assume contorni ancor più sorprendenti se messo in rapporto al pessimo stato di salute della legge penale<sup>28</sup>.

Per questa ragione l’enfaticizzazione del principio in un’ordinanza così determinante quale la n. 24 del 2017 risulta ancor più significativa.

La Corte costituzionale, nella risposta alla prima sentenza *Taricco*, non concentra la propria attenzione sui corollari della legalità che avevano tenuto banco nelle discussioni precedenti. Non si sofferma eccessivamente sulla qualità della fonte (e quindi sulla riserva di legge) e anche i profili dell’irretroattività restano sostanzialmente nell’ombra, mentre si assiste a un’autentica “riscoperta nazionale” della determinatezza<sup>29</sup>.

Il principio di determinatezza al quale fa riferimento il Giudice

<sup>25</sup> SÜB, *El trato actual del mandato de determinación*, in *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, 2000, 234 ss.

<sup>26</sup> MOCCIA, *La “promessa non mantenuta”. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

<sup>27</sup> SCHMIDHÄUSER, *Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie*, in *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, a cura di Selmer, von Münch, Berlino, 1987, 231.

<sup>28</sup> PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale*, cit., 57.

<sup>29</sup> BIGNAMI, *Note minime a margine dell’ordinanza Taricco*, cit., 40 e 44. La perentorietà della Corte è evidenziata anche da FERRANTE, *L’ordinanza della Corte costituzionale sull’affaire Taricco: una decisione “diplomatica” ma ferma*, in *Dir. fondam.*, 1/2017, 14-15. Sull’interesse suscitato dall’inclusione della determinatezza tra i principi costituzionali che fondano l’identità nazionale anche D’AMICO, *Principio di legalità penale e “dialogo” tra le Corti*, cit., 99 e ID., *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l’alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, in *Principio di legalità penale*, cit., 20. Il “silenzio” in riferimento alla riserva di legge è stato sottolineato, in particolare, da VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., 484. Secondo CUPELLI, *La posta è in gioco*, cit., 81-82, la scelta della Corte costituzionale di insistere sulla determinatezza/prevedibilità ha tutta l’aria di una mossa tattica ben calibrata, che consentirà alla Corte di tirare fuori in un secondo momento, qualora ciò si rendesse necessario, l’argomento della riserva di legge formale come controlimito.

delle Leggi sembra inteso in un'accezione unitaria. Si tratta in realtà di un principio complesso, nel quale confluiscono una serie di componenti distinte anche se necessariamente coordinate. Per quanto il rischio di non passare indenni la prova del rasoio di Occam sia sempre consistente, potrebbero distinguersi almeno tre componenti della determinatezza: la *precisione* della lettera della legge, la *verificabilità* in concreto della fattispecie astratta con la conseguente possibilità di provare la stessa in giudizio, e la *tassatività*, intesa come divieto di analogia. Solo valorizzando (e non esasperando) i profili in questione nell'ottica, che resta logicamente preliminare, della legalità formale, può mettersi a fuoco la metamorfosi che il principio sta subendo sul piano della legalità europea, a partire dal controverso volto da attribuire dalla prevedibilità dell'esito giudiziario.

#### 6. Il rapporto tra i corollari del principio di legalità

Anche a voler assumere come punto di riferimento la determinatezza intesa in senso unitario, resta intatta l'indubbia peculiarità della stessa rispetto alle altre "componenti" della legalità penale.

Si è efficacemente evidenziato come la riserva di legge, l'irretroattività e la determinatezza si caratterizzino per un diverso grado di adattabilità e di resistenza all'urto dei mutamenti storici: la riserva di legge è il principio più storicamente condizionato, mentre l'irretroattività sembra vantare una sorta di immutabilità al variare delle coordinate spazio-temporali che lo rende un principio tendenzialmente universale. A mezza via tra il relativismo storico della riserva di legge e l'universalismo della irretroattività si colloca la determinatezza, che condivide con l'una l'ispirazione e il fondamento democratico, con l'altra la garanzia della libertà di autodeterminazione del singolo<sup>30</sup>.

La determinatezza, a ben vedere, rappresenta non tanto un corollario della legalità penale ulteriore rispetto agli altri quanto piuttosto

<sup>30</sup> PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale*, cit., 52-54.

sto il presupposto implicito tanto dell'irretroattività quanto della riserva di legge. Il "silenzio" dell'art. 25 Cost. diviene dunque comprensibile nella misura in cui le esigenze di certezza e di garanzia che stanno alla base dello stesso non riuscirebbero neppure ad essere enunciate teoricamente se non potessero contare sulla base della determinatezza<sup>31</sup>.

Quanto, in particolare, ai rapporti intercorrenti tra la determinatezza e la riserva di legge, la prima partecipa senza dubbio della crisi che investe in maniera evidente la legge statale nel momento in cui l'ipertrofia e l'inquinamento legislativo abbiano come diretta conseguenza quella di una scarsa qualità nella redazione del testo legislativo e, quindi, di una problematica conoscibilità dello stesso. Se la riserva di legge senza determinatezza non sarebbe neppure concepibile, non vale, però, l'affermazione inversa. A differenza della riserva di legge, la determinatezza si regge concettualmente in piedi anche da sola, nel senso che la sua formulazione teorica non presuppone logicamente un Parlamento che goda di un quanto meno accettabile stato di salute. Se, anzi, il castello di sabbia del mito della legge si sgretola travolto dall'onda lunga della crisi del modello democratico di matrice liberale, la determinatezza resta il solo autentico baluardo, insieme all'irretroattività della legge penale sfavorevole, capace di assicurare la predeterminazione della regola di condotta. La *ratio* di certezza, comunemente posta a fondamento tanto dell'irretroattività quanto della determinatezza, si converte dunque in una *ratio* (anche) di garanzia.

## 7. Determinatezza e legalità europea

Non è un caso, allora, che la determinatezza "la faccia da padro-

---

<sup>31</sup> Cfr., con considerazioni riferibili a tutte le componenti del principio di determinatezza, PETROCELLI, *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in PETROCELLI, *Saggi di diritto penale*, II serie, Padova, 1965: «È infine nello spirito del principio di legalità che esso importi il divieto di analogia [...] il carattere tassativo delle norme penali, e quindi l'esclusione dell'analogia, derivi dalla stessa logica del principio di legalità e delle garanzie che con esso si è inteso stabilire, garanzie che rimarrebbero pressoché integralmente frustrate se dovessero ammettersi i criteri larghi ed incerti delle estensioni analogiche».

na” negli scenari aperti dalla c.d. legalità europea, nella quale la riserva di legge si dissolve nella riserva di “diritto” e la legalità penale perde la veste formale che la caratterizza nell’ordinamento italiano<sup>32</sup>. Il principio di tassatività/determinatezza diviene quello meno problematico nei rapporti tra la legalità “nostrana” e la legalità europea (allargando lo sguardo anche e soprattutto al versante del sistema CEDU), posto che in entrambe le prospettive la tassatività si risolverebbe nella prevedibilità dell’esito giudiziario<sup>33</sup>. Potrebbe a lungo discutersi sui rapporti tra legalità e colpevolezza nel contesto europeo e, in particolare, sulla tendenza a risolvere la prima nella seconda<sup>34</sup>. Si tratta di una considerazione che, per quanto meriterebbe un profondo approfondimento critico, centra un punto decisivo. L’autentico baluardo a difesa della legalità penale resta quello “sostanziale” della certezza del diritto, non a caso comunemente individuata come *ratio* tanto dell’irretroattività quanto della determinatezza<sup>35</sup>. La certezza implica la conoscibilità della legge e l’idea di conoscibilità rinvia direttamente a quella di

<sup>32</sup> Sui rapporti tra legalità e riserva di legge TRAPANI, voce *Legge penale*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 1-2 e, con più specifico riferimento alla legalità europea, PALIERO, *Conclusioni*, 280-281. Le “sorti” della riserva di legge nella dimensione europea sono state ampiamente indagate da GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, spec. 71 ss. e da PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, 2015, 63 ss.

<sup>33</sup> Il riferimento è, evidentemente, a DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2013, 174-175 e ID. *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011, 2236 ss. La stessa DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 6 ss. prende atto di quanto complessa si sia rivelata la concretizzazione del requisito della prevedibilità dell’esito giudiziario, specie a seguito delle c.d. sentenze gemelle del 2007, quando lo stesso, da mera direttiva di comportamento, è divenuto principio cogente nell’accezione riconosciuta dai giudici di Strasburgo.

<sup>34</sup> Sui rapporti tra legalità e colpevolezza nell’orizzonte europeo, in particolare, VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 5 ss. V. anche LEO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Principio di legalità*, cit., 55.

<sup>35</sup> Sulla *ratio* della determinatezza, da rinvenire tanto sul piano della separazione dei poteri quanto su quello della certezza del diritto, 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*, in *questa Rivista*, 2017, 17. Cfr. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controllimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *I controllimiti*, cit., 81, che, a proposito della sentenza *Taricco*, osserva: «non una parola è spesa sul principio di certezza del diritto: scelta davvero singolare, in una sentenza che ha ad oggetto un istituto come la prescrizione, che proprio della certezza del diritto è servente».

colpevolezza. Una maggiore attenzione dedicata ai rapporti intercorrenti tra “certezza del diritto” e “colpevolezza”, forse, potrebbe anche contribuire a rendere meno evanescente quel concetto di certezza su cui, ormai da decenni, si scrive prevalentemente per denunciarne la crisi<sup>36</sup>.

Deve anzitutto precisarsi che nell’ordinanza n. 24 del 2017 la Corte costituzionale ritiene di dover svolgere su due piani il giudizio relativo alla determinatezza, che, a ben vedere, restituiscono pienamente la complessità di un principio a mezza via tra la disposizione e la norma<sup>37</sup>.

In primo luogo «si tratta di stabilire se la persona potesse ragionevolmente prevedere», in base al quadro normativo vigente al momento del fatto, che l’art. 325 TFUE avrebbe imposto al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma c.p. e 161, secondo comma c.p.: la Corte ritiene che il soggetto non potesse ragionevolmente «pensare», prima della sentenza *Taricco*, che l’art. 325 TFUE ricevesse una simile interpretazione da parte della Corte europea.

La seconda verifica attiene all’idoneità della regola enunciata dalla Corte di Giustizia a delimitare la discrezionalità giudiziaria. Tralasciando ogni considerazione relativa alla gravità della frode, il Giudice delle Leggi appunta la propria attenzione sul requisito del numero considerevole di casi.

Si è molto parlato della “vaghezza” di queste clausole<sup>38</sup>, anche se, forse, non si tratta dell’aspetto determinante. Del resto sono ravvisabili fattispecie di diritto interno formulate in maniera ben più “preoccupante” del dispositivo *Taricco*, che nonostante ciò, sono

---

<sup>36</sup> Valga in questa sede il solo riferimento a LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968, edizione che contiene anche contributi di Calamandrei, Carnelutti, Fedele, Capograssi e Corsale. Emblematico, poi, lo “scambio di opinioni” tra FRANK, *Law and the Modern Mind*, New York, 1930 (rist. 1970), 14 ss. e BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, 146 ss.

<sup>37</sup> BERNARDI, *Note critiche sull’ordinanza Taricco*, cit., 26-27; MARTUFI, *La minaccia dei controllimiti e la promessa del dialogo: note all’ordinanza n. 24 del 1027 della Corte costituzionale*, in *Il caso Taricco*, cit., 264 ss.

<sup>38</sup> Per tutti SOTIS, *Il limite come controllimite*, cit., 199 ss.

vive e vegete nel nostro ordinamento. Si pensi, solo per restare ai capolavori di tecnica legislativa immessi più di recente nel nostro ordinamento, alle compromissioni o ai deterioramenti “significativi e misurabili” che compaiono tra gli elementi costitutivi della fattispecie di inquinamento ambientale (art. 452-*bis* c.p.).

Non è un caso, probabilmente, che il preteso difetto di determinatezza in riferimento al contenuto della prima sentenza *Taricco* risulti tra gli ostacoli superati con maggiore disinvoltura dall’Avvocato generale Bot nelle sue conclusioni<sup>39</sup>. Posto che le condizioni individuate dalla sentenza *Taricco* possono effettivamente implicare una dose di soggettività da parte del giudice nazionale, meglio far riferimento, osserva l’Avvocato generale, alla sola natura del reato<sup>40</sup> (§§ 114 ss. delle conclusioni). Sebbene vaghe, a ben vedere, le clausole in questione funzionano pur sempre da “limiti *in bonam partem*” dell’obbligo di disapplicazione<sup>41</sup>, le “sole” condizioni in presenza delle quali l’antinomia diverrebbe insanabile: la soluzione più agevole nell’ottica dell’Avvocato generale, dunque, diviene non tanto la precisazione di quei parametri, ma, semplicemente, la mancata previsione di qualsivoglia limite all’obbligo di non applicazione.

L’aspetto davvero decisivo, in ogni caso, è rappresentato dal passaggio antecedente dell’ordinanza, relativo alla ragionevole prevedibilità della lettura dell’art. 325 TFUE proposta dalla sentenza *Taricco*. A rilevare non è tanto “cosa” dice la sentenza *Taricco*, ma “a partire da quando lo dice”.

L’impiego del suffisso aggettivale deverbale *-ibile* (prevedibile, accessibile, conoscibile) richiede necessariamente all’interprete un accertamento di tipo ipotetico che coinvolge due piani: il primo rappresentato dall’oggetto del giudizio (cosa deve essere conoscibi-

<sup>39</sup> Su cui CUPELLI, *Le conclusioni dell’Avvocato generale sul caso Taricco: aspettando la Corte di Giustizia...Il dialogo (non continua)*, in *Dir. pen. cont.*, 2017.

<sup>40</sup> Conclusioni dell’Avvocato generale Yves Bot, 18 luglio 2017, C-42/17, §§ 114 ss.

<sup>41</sup> Si tratta di un’espressione che prendo a prestito dal dott. Alessandro Laurito, con il quale ho avuto modo di confrontarmi in più occasioni sulle problematiche relative al caso *Taricco*.

le?) e il secondo costituito dal parametro del giudizio (alla stregua di chi deve esserlo?).

Quanto all'oggetto del giudizio di prevedibilità, è indubbiamente significativo il fatto che il requisito della determinatezza sia riferito "direttamente" alla regola elaborata dal dispositivo della sentenza *Taricco*, anziché alla normativa nazionale derivante dalla disapplicazione. Il risultato, beninteso, non sarebbe satto molto diverso, ma il significato "culturale" è certamente significativo, specie se nell'orizzonte della giurisprudenza-fonte.

Quanto al parametro, il rischio da evitare è quello di un'eccessiva soggettivizzazione dell'accertamento, che, affiorando a un certo punto tra le righe dell'ordinanza n. 24 del 2017, rischia di sviare un discorso coraggiosamente impostato sulla legalità<sup>42</sup>. Volgendo lo sguardo alle questioni poste dall'art. 7 CEDU, potrebbe farsi riferimento alle affermazioni contenute nella sentenza della Corte d'appello di Caltanissetta che ha respinto la richiesta di revisione presentata da Bruno Contrada a seguito della pronuncia di Strasburgo: i giudici nissenici affermavano, tra l'altro, che "un soggetto quale Contrada", anche in ragione del ruolo rivestito, non poteva non avere consapevolezza della rilevanza penale del concorso esterno in associazione mafiosa<sup>43</sup>.

I parametri dovrebbero mantenere un ancoraggio di tipo oggettivo, per quanto relativo. Si potrebbero forse tirare fuori dal cassetto le raffinate ricostruzioni elaborate in riferimento all'art. 5 c.p. al fine

<sup>42</sup> Così, efficacemente, MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, cit., 214. Per ulteriori considerazioni sul parametro in base al quale accertare la "ragionevole prevedibilità" LAURITO, *Il rapporto fra il principio di determinatezza e il precedente vincolante*, cit., spec. 26.

<sup>43</sup> App. Caltanissetta, I Sez. pen., 18 novembre 2015, in *Giur. pen.*, 2016, punto 7: «se è vero che la sentenza Demity del 1994 per la prima volta confronta le differenti interpretazioni giurisprudenziali, risolve i contrasti e fissa in maniera precisa degli argomenti che non dovrebbe consentire più alcun dubbio circa l'esistenza del concorso esterno, ad un soggetto come Contrada, funzionario di Polizia attivo negli uffici investigativi impegnati nel contrasto alla criminalità organizzata, non potevano mancare elementi chiari e univoci per avere consapevolezza dell'esistenza del concorso esterno e della sanzionabilità in sede penale di condotte che offrivano un contributo alle organizzazioni mafiose, anche se rimanendo estranei alla compagine del sodalizio». In argomento, per tutti, MAGGIO, *Nella "revisione infinita" del processo Contrada i nodi irrisolti dell'esecuzione delle sentenze CEDU e del concorso esterno nel reato associativo*, in *Cass. pen.*, 9/2016, 3432 ss.



di individuare un punto di partenza sufficientemente solido. Non è un caso, del resto, che la “storica”<sup>44</sup> sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale abbia tratto origine da una situazione di “legge oscura” e che questa sia stata anche l’*occasione* della vicenda *Sud Fondi*, giunta poi all’attenzione della Corte EDU<sup>45</sup>. In entrambi i casi il cedimento della legalità, *sub specie* di riserva di legge, ha determinato l’attivazione degli anticorpi dell’ordinamento, *sub specie* di colpevolezza. «Il principio di colpevolezza, in questo senso, più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto»<sup>46</sup>. L’art. 5 c.p., sia pur non senza difficoltà<sup>47</sup>, può rappresentare un’autentica valvola di sicurezza del sistema<sup>48</sup> a fronte di una legalità penale postmoderna e liquida, collocandosi nel delicato crocevia tra legalità e colpevolezza che il diritto penale europeo sta mettendo (nuovamente) alla prova.

## 8. La metamorfosi dei controlimiti: “esternalizzazione” e indebolimento?

Un ultimo tallone d’Achille che potrebbe prendersi in considerazione, specie per gli spunti che ha suscitato in riferimento al caso *Taricco*, è rappresentato dalla teoria dei controlimiti.

Tanto si è detto e tanto si è scritto sui controlimiti<sup>49</sup>, quella frase

<sup>44</sup> Il riferimento, ovviamente, è al fortunato giudizio sintetico offerto da PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/1988, 686 ss.

<sup>45</sup> Cass., Sez. III, 29 gennaio 2001, Matarrese, in Cass. pen., 1/2003, 244; Corte EDU, 20 gennaio 2009, ric. 75909/01 - *Sud Fondi srl ed altri c. Italia*. Sulla reale portata dall’affermazione del principio di colpevolezza da parte della giurisprudenza di Strasburgo v., anche per i necessari riferimenti, ABBADESSA, *Il principio di presunzione di innocenza nella CEDU: profili sostanziali*, in *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento italiano*, a cura di Manes, Zagrebelsky, Milano, 2011, 393.

<sup>46</sup> Corte cost., n. 364 del 1988, punto 8.

<sup>47</sup> Cfr. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 32 ss.; ID., *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giurisprudenziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1, spec. 361 ss.; PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2015, 51; PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 9, 1064.

<sup>48</sup> TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *questa Rivista*, 1/2017, spec. 57.

<sup>49</sup> La ricca e illuminante presentazione di BERNARDI al volume *I controlimiti*, cit., lascia davvero poco

d'amore cominciata a mai finita<sup>50</sup> che restituisce un'impressione di sostanziale incompiutezza e di inevitabile polimorfismo: i controlimiti suonano apparentemente come una potenziale dichiarazione di guerra, ma sono stati storicamente lo strumento della conciliazione e del compromesso; sembrano l'irrinunciabile condizione per la tenuta degli ordinamenti nazionali, ma sono affetti da incurabile vaghezza. I controlimiti divengono una sorta di incantesimo salvifico che solo in pochi osano pronunciare, perché, forse, le parole della formula magica restano ancora sconosciute ai più.

Quel che davvero importa, tuttavia, è che i controlimiti sembrano interessati da una radicale metamorfosi: da usbergo della statualità<sup>51</sup> stanno infatti divenendo un meccanismo progressivamente "esternalizzato" all'Unione europea.

L'"esternalizzazione" in questione può essere intesa non solo e non tanto come una pretesa "europeizzazione" dei controlimiti, nel senso che gli stessi sarebbero ormai inglobati nel diritto eurounitario e quindi, più che rappresentare dei controlimiti esterni alla prevalenza del diritto eurounitario, individuerebbero dei limiti interni allo stesso<sup>52</sup>. Si tratta, piuttosto, di un'esternalizzazione per effetto della quale la competenza sui controlimiti, che restano parte del diritto nazionale, si trova affidata alla Corte di Giustizia.

L'ordinanza n. 24 del 2017 sembrerebbe "auspicare", almeno come strada percorribile, che sia la stessa Corte europea a indicare i limiti della disapplicazione, con un'operazione che, tuttavia, parrebbe andare oltre la "natura" del rinvio pregiudiziale. La Corte di Lussemburgo, infatti, è chiamato "solo" valutare la conformità del diritto interno a quello eurounitario, rimandando poi ai giudici interni il compito di verificare la compatibilità dell'esito derivante

---

spazio a considerazioni ulteriori.

<sup>50</sup> MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema"*, cit., 226.

<sup>51</sup> LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Quest. giust.*, 1/2015, 89.

<sup>52</sup> Per tutti i necessari riferimenti BERNARDI, *I controlimiti al diritto dell'Unione europea*, cit., XXI ss. Per opinioni contrapposte v. RUGGERI, *A difesa delle idoneità delle norme eurounitarie a derogare a norme costituzionali sostanziali e della "europeizzazione" dei controlimiti*, in *I controlimiti*, cit., 473 ss. e CHESSA, *Meglio tardi che mai. La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, *ivi*, 319.

dalla disapplicazione con i principi generali del proprio ordinamento.

Nel caso *Taricco* si chiede al giudice europeo di valutare se risulti conforme al diritto eurounitario il regime della prescrizione come riformato dalla legge *ex Cirielli* e la Corte di Giustizia rileva che, in effetti, quella prescrizione additata come mostruosa e intollerabile già dai commentatori nazionali, non è compatibile neppure con il diritto dell'Unione. Certo, lo fa "calando l'asso di Briscola" dell'art. 325 TFUE<sup>53</sup>. Certo, lo fa assecondando la logica di un'ordinanza di rimessione, quella del GUP di Cuneo, che sa toccare le corde del linguaggio e del pensiero di Lussemburgo<sup>54</sup>. Per quanto discutibile sia la base giuridica di questa conclusione, la conseguenza, tuttavia, non è ancora quella di una disapplicazione doverosa.

È stato rilevato come la scelta di azionare i controlimiti non possa considerarsi del tutto "indolore", posto che la stessa darebbe luogo a un inadempimento degli obblighi derivanti dai Trattati e, dunque, alla possibile apertura di una procedura di infrazione<sup>55</sup>. Non si è esitato a parlare di autentica ribellione che, realizzata da un Paese fondatore come l'Italia e sconfessando apertamente una sentenza della Corte di Giustizia, avrebbe comportato più costi che benefici<sup>56</sup>.

Il fatto che un eventuale innalzamento dei controlimiti rappresenti una scelta per nulla scontata e carica di implicazioni *lato sensu* politiche non è certamente in discussione: in caso contrario, sarebbero difficilmente comprensibili (e giustificabili) i fiumi di inchiostro versati in riferimento al caso *Taricco*. Resta però il fatto che la possibilità di rilevare un contrasto tra il diritto eurounitario e un

<sup>53</sup> SOTIS, *Il limite come controlimite*, cit., 189.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

<sup>56</sup> VIGANÒ, *Il caso Taricco di fronte alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *I controlimiti*, cit., 236

principio di diritto interno sottratto a quella cessione di quote di sovranità su cui si fonda la partecipazione all'Unione europea, lungi dal configurarsi quale atto eversivo, rappresenta lo stesso presupposto logico della teoria dei controlimiti: se non si ammettesse che una norma possa risultare conforme al diritto dell'Unione e, al tempo stesso, non conforme ai principi e ai diritti di un singolo ordinamento nazionale, i controlimiti risulterebbero privati del necessario substrato logico<sup>57</sup>.

Il passaggio con cui la Corte di Giustizia, nella prima sentenza *Taricco*, precisa che spetterà comunque al giudice nazionale il compito di assicurarsi che i diritti fondamentali degli imputati siano rispettati (§§ 53 e 55), non rappresenta un semplice *obiter dictum*, ma, al contrario una considerazione tanto necessaria quanto fisiologica nella configurazione del meccanismo dei controlimiti. La Corte europea, difficile negarlo, "liquida" la questione in maniera troppo sbrigativa, nascondendosi in maniera quasi apodittica dietro la pretesa natura processuale della prescrizione, ma si tratta pur sempre di argomentazioni che per il giudice nazionale non sono in alcun modo vincolanti.

Se però i controlimiti, per tutta una serie di ragioni, sono uno strumento che il giudice interno (cioè la Corte costituzionale) può permettersi solo di minacciare ma non di azionare, ecco allora che la "scelta tragica" torna alla Corte di Giustizia.

Gli scenari relativi alla possibile risposta della seconda sentenza *Taricco* sono stati così efficacemente delineati che sarebbe pretenzioso anche solo sperare di aggiungere ipotesi ulteriori<sup>58</sup>. Risulta però particolarmente interessante la formulazione testuale dei quesiti<sup>59</sup>. Nella prima parte gli stessi suonano come quesiti retorici,

<sup>57</sup> BERNARDI, *I controlimiti al diritto dell'Unione europea*, cit., XVIII.

<sup>58</sup> Si rinvia, in particolare, a MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, cit., 218 ss. e a LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, ivi, 196 ss.; AMALFITANO, *Primato del diritto dell'Unione vs identità costituzionale o primato del diritto dell'Unione e identità nazionale*, ivi, 12 ss.

<sup>59</sup> Quanto al rapporto interno tra gli stessi sul piano contenutistico LAURITO, *Brevi considerazioni a "prima lettura" dei tre quesiti oggetto del rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale (ord. n.*

riproducendo quegli interrogativi cui la Corte di Giustizia ha già dato risposta con la prima sentenza *Taricco*<sup>60</sup>; la seconda parte dei quesiti è invece strutturata attraverso delle condizionali concessive introdotte da “anche se/ anche quando” che, a ben vedere, sintetizzano il potenziale contenuto dei controlimiti “minacciati ma non attivati”.

L'impressione, altrimenti detto, è quella per cui l'ipotesi “caldeggiata” dalla formulazione dei quesiti sia quella che conduca la Corte europea a «riconoscere le ragioni della Corte costituzionale e le esigenze costituzionali italiane, esentando il giudice nazionale dalla disapplicazione qualora questa comporti la violazione di un nostro principio fondamentale»<sup>61</sup>. Se così fosse, la Corte potrebbe/dovrebbe affermare per una norma dei Trattati, nell'interpretazione fornita da parte della Corte di Giustizia, lo stesso principio che abbiamo imparato a conoscere per le direttive non attuate: l'effetto (in questo caso) del principio di prevalenza non può essere quello di aggravare la responsabilità penale dei singoli.

Gli ingredienti essenziali della “saga”, con particolare riguardo a quella cinematografica, nel caso *Taricco* sembrerebbero davvero esserci tutti<sup>62</sup>. Secondo la tradizione di ogni saga che si rispetti, al-

---

24/2017) nel caso *Taricco*, in *Giur. pen.*, 2017, 4, ravvisa una gradualità nella formulazione dei tre quesiti: «il primo, concernente la necessaria determinatezza dell'interpretazione dell'art. 325 TFUE, si potrebbe ricavare dagli articoli 7 CEDU e 49 CDFUE (oltre che dall'art. 25, co. 2, Cost.). La CGUE potrebbe quindi modificare la propria interpretazione, pur mantenendo ferma la natura processuale della prescrizione. Il secondo quesito subordina l'interpretazione dell'art. 325 TFUE al presupposto della natura sostanziale della prescrizione nell'ordinamento italiano, che imporrebbe, viceversa, un mutamento di prospettiva da parte del giudice di Lussemburgo. Il terzo quesito, infine, costituirebbe una “valvola di sfogo”, nella denegata ipotesi in cui la CGUE si attestasse sui risultati interpretativi della sentenza *Taricco*: si chiederebbe, in questo caso, alla Corte di Giustizia di escludere “soltanto” la diretta applicabilità *in malam partem* degli effetti della sentenza stessa». Lo stesso Autore (nota 6) evidenzia come l'ordinanza della Corte costituzionale non contenga riferimento alcuno alla disciplina della prescrizione per l'associazione per delinquere finalizzata alla commissione di delitti in materia di accise sui prodotti del tabacco, malgrado si trattasse di uno degli aspetti indubbiamente più problematici nell'ambito del caso *Taricco*.

<sup>60</sup> Come evidenziato anche da Roberta Calvano nel presente Convegno.

<sup>61</sup> Si tratta di uno degli esiti ipotizzati da LUCIANI, *Intelligenti pauca*, cit., 198.

<sup>62</sup> Ho provato a immaginare i “capitoli” della saga in MASSARO, *La risposta della Corte costituzionale alla (prima) sentenza Taricco tra sillogismi incompiuti e quesiti retorici*, in *Giur. pen.*, 2/2017.

lora, *Taricco 2* potrebbe suonare come “la vendetta”, nel senso che la Corte europea confermi i contenuti della prima pronuncia, o come “il ritorno (però) sui propri passi”, nel senso che la stessa raccolga l’invito della Corte italiana a deporre le armi e a evitare autentiche “Guerre stellari” tra Roma e Lussemburgo.

Qualora però la soluzione “pacifica” suonasse davvero così come si è provato a ipotizzare, il risultato sarebbe quello di un generico limite alla disapplicazione indicato direttamente dalla Corte europea, alla cui concreta attuazione sarebbero chiamati i giudici comuni. Quegli stessi giudici comuni che, secondo alcuni, si sarebbero già più volte arrogati il diritto di bypassare la Corte costituzionale, procedendo direttamente e autonomamente all’attivazione dei controlimiti<sup>63</sup>.

L’effetto ultimo, altrimenti detto, sarebbe non tanto uno svuotamento dei controlimiti (che in effetti continuerebbero a operare), quanto piuttosto un’estromissione della Corte costituzionale dal meccanismo in questione.

L’ordinanza n. 24 del 2017 contiene anche un’orgogliosa riaffermazione del ruolo di chiusura del sistema attribuito al Giudice delle Leggi: «bene hanno perciò fatto i rimettenti», si legge nella pronuncia (punto 6), «a investire la Corte costituzionale del problema dei controlimiti, sollevando una questione di legittimità costituzionale». Per le ragioni che si è cercato di chiarire, tuttavia, questa “rivendicazione” rischierebbe di ridursi a una mera affermazione di principio, sia pur altisonante e per molti aspetti doverosa.

Il rischio insito in una generale esternalizzazione dei controlimiti, intesa essenzialmente come un’eupeizzazione degli stessi, potrebbe essere quello, come efficacemente rilevato, di raccomandare le pecore al lupo<sup>64</sup>. Qualora invece l’esternalizzazione dei controlimiti fosse intesa nell’accezione più ristretta di un suo generico

<sup>63</sup> BIGNAMI, *I controlimiti nelle mani dei giudici comuni*, in *Forum costituzionale*, 2012. V. anche CHessa, *Meglio tardi che mai*, cit., 312 ss.

<sup>64</sup> MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”*, cit., 208.

affidamento alla Corte di Giustizia, il rischio sarebbe quello sintetizzato dell'atavico e mai risolto dilemma: *quis custodiet ipsos custodes?* Al diritto penale giurisprudenziale l'ardua sentenza.