

## ANTICIPAZIONI

---

**DANIELE NEGRI**

### **Dallo ‘scandalo’ della vicenda Taricco risorge il principio di legalità processuale\***

**SOMMARIO:** 1. La lezione ‘illuminista’ della Corte costituzionale. - 2. L’ottica funzionalista della Corte di giustizia. - 3. La (resistibile) tentazione di ‘chiudere il cerchio’. - 4. L’appello all’esigenza di determinatezza della norma processuale penale. - 5. La legalità processuale come argine all’etica del risultato.

#### **1. La lezione ‘illuminista’ della Corte costituzionale**

Con tono paziente ma fermo la Corte costituzionale impartisce ai giudici di Lussemburgo una lezione esemplare di grammatica penale nello Stato di diritto. L’ordinanza n. 24 del 2017 altro non è, infatti, che il compendio affilato di quella tradizione continentale cui dobbiamo l’impronta giuspositivistica dei precetti dedicati alle libertà fondamentali dalla Costituzione repubblicana, concepita attorno all’idea – particolarmente feconda nel campo del diritto penale, dove è massimo il valore della certezza – della legge come strumento di tutela dell’individuo contro l’inclinazione del potere all’arbitrio e alla prevaricazione<sup>1</sup>. Di qualunque potere, specie se esercitato a fini punitivi: in ciò va colta la ragione ultima della pronuncia; sia esso collegato all’esperienza secolare degli Stati nazionali, storicamente sfociata nell’autoritarismo, oppure riconducibile ad un’entità indenne da simile passato qual è l’Unione europea, nuovo *Leviatano* nato dalla volontà benefica di mantenere la «pace» e «agevolare la libera circolazione delle persone, garantendo al contempo la sicurezza dei popoli», ma non per questo immune – come vorrebbe una vulgata spesso acritica, se non apologetica – dal rischio di degenerare a sua volta nell’abuso<sup>2</sup>. Il discorso potrebbe quasi esaurirsi nel plauso all’alto insegnamento della Corte, che viene a ribadire in serrata successione i cardini della migliore cul-

---

\* Testo della relazione tenuta al convegno sul tema: “Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale” (Università degli Studi di Ferrara, 24 febbraio 2017). Il contributo è destinato alla pubblicazione nel volume con identico titolo in uscita presso l’editore Jovene, che raccoglie gli atti del convegno; desideriamo ringraziare il curatore dell’opera, Prof. Alessandro Bernardi, per averne concesso la pubblicazione anticipata.

<sup>1</sup> Cfr. in proposito, per tutti, FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 2781.

<sup>2</sup> Il nesso tra il pensiero di *Hobbes* e il preambolo al Trattato UE, all’insegna del bisogno di sicurezza dei cittadini quale ragione del patto fondativo, è ben posto in termini generali da VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall’oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015, 193. Proprio rammentando i «contrassegni della classica visione hobbesiana dello Stato», conduce un’appassionata e argomentata difesa del diritto penale liberale dalle derive dell’europeismo penale multilivello, CUPELLI, *Hobbes europeista?* *Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, in *Criminalia*, 2013, 359-360.

tura penalistica discesa dall'Illuminismo: separazione dei poteri; soggezione del giudice alla legge; esigenza che quest'ultima sia formulata in termini «chiari, precisi e stringenti» allo scopo di assicurare la certezza del diritto nella duplice dimensione, di previa conoscibilità in capo al soggetto delle conseguenze derivanti sul piano penale dalla propria condotta, da un lato, e di freno all'arbitrio applicativo dell'autorità, dall'altro. Poco resterebbe da aggiungere, se tali capisaldi del pensiero e dell'ordito costituzionale di ispirazione garantista fossero tuttora condivisi presso gli interpreti.

Così non è. Sarebbe altrimenti unanime l'auspicio affinché la Corte di giustizia profitti dell'*escamotage* suggeritole dai giudici di Palazzo della Consulta, attraverso la scelta indulgente del rinvio pregiudiziale al posto della drastica, subitanea opposizione dei 'controlimiti': tornare sui propri passi senza smentirsi, prendendo questa volta seriamente le clausole di salvaguardia dei diritti fondamentali dell'imputato cui pure in precedenza aveva mostrato di subordinare la disapplicazione delle norme interne sui termini massimi di prescrizione, elette a bersaglio (artt. 160 e 161 c.p.)<sup>3</sup>. Nulla più che cautela di stile – per verità – nel percorso della sentenza del 2015 all'origine della vicenda, orientata ad affermare energicamente il primato del diritto dell'Unione e risoltasi infine ad escludere – se si scorrono bene tutti i passaggi della motivazione – la sussistenza di alcuna violazione delle garanzie individuali evocate<sup>4</sup>; semmonché, l'estrema «verifica» allora riservata solo in apparenza al giudice nazionale diviene ora, stando all'ordinanza n. 24 del 2017, l'appiglio per concedere ai giudici di Lussemburgo l'occasione di adeguarsi al magistero della Corte costituzionale.

È stato dunque propizio lo scandalo sollevato dalla decisione del giudice europeo nella causa *Taricco*. Il custode della nostra Costituzione ha infatti potuto reagire alle correnti antiformalistiche di segno repressivo destinate a vertiginosa accelerazione dopo il pronunciamento dell'organo sopranazionale<sup>5</sup>,

<sup>3</sup> Corte Giust. UE, sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco*, par. 53 e 55.

<sup>4</sup> Corte Giust. UE., sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco*, par. 55 alla fine: «Una disapplicazione del diritto nazionale siffatta non violerebbe i diritti degli imputati, quali garantiti dall'articolo 49 della Carta».

<sup>5</sup> Basterà rammentare lo zelo, nell'uniformarsi al primato UE addirittura superando in senso peggiorativo il *dictum* della Corte di giustizia, dimostrato da Cass., Sez. III, 20 gennaio 2016, n. 2210, sulla quale cfr. ROSSI, *La Cassazione disapplica gli artt. 160 e 161 c.p. dopo la sentenza Taricco*, in *Giur. it.*, 2016, n. 4, 965 ss.; VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

Con perfetta sintesi, riguardo alla trasformazione del sistema e dei suoi principi, v. la diagnosi di PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1176 ss.

restituendo al principio di legalità il ruolo di fondamento irrinunciabile del sistema penale – si badi – in entrambi i suoi emisferi: sia sul versante delle norme sostanziali più direttamente coinvolte nella questione incidentale di legittimità; sia però anche – esito non trascurabile – dal lato spesso lasciato in ombra delle regole processuali, come si desume dall’impianto argomentativo generale dell’ordinanza e da alcuni accenni specifici, rapidi ma incisivi della motivazione. Può darsi che l’argine sia affatto precario; certo la portata dei dettami scanditi nel provvedimento del gennaio scorso aspira ad oltrepassare l’ambito dei rapporti tra intangibilità del patrimonio costituzionale domestico e fedeltà ai Trattati, sino a sfidare in prospettiva l’attuale egemonia giurisprudenziale sui modi di porre e interpretare il diritto a discapito della forza precettiva della legge<sup>6</sup>.

Non va dimenticato che s’arrivò sull’orlo del baratro, all’indomani della sentenza della Corte di giustizia relativa alla vicenda ormai celeberrima. Nei suoi risvolti finali essa abilitava potenzialmente ogni giudice a manomettere qualunque dispositivo di garanzia avesse inceppato il meccanismo proteso allo scopo della sistematica inflizione delle pene<sup>7</sup>. L’attacco sferrato in nome della primazia delle fonti europee si annunciava appunto fatale per il canone della legalità eretto ad emblema della modernità giuridica, scosso negli ultimi decenni dal moto potente di quelle concezioni sostanzialiste che ne predicano con ostinata litania l’inesorabile tramonto. La tesi della legalità al crepuscolo unita al luogo comune sulla crisi della fattispecie, quale schema privilegiato di mediazione tra norma e caso concreto<sup>8</sup>, attendeva insomma il definitivo suggello dalla sottomissione delle Corti nazionali al dominio del diritto UE nell’ultima, radicale versione accreditata dai suoi interpreti.

Del resto era facile pronostico che molti giudici si sarebbero prestati di buon grado a disapplicare le disposizioni interne ritenute d’ostacolo alla condanna, secondo l’incontrollabile efficientismo promosso dalla Corte di giustizia; così

---

<sup>6</sup> L’auspicio che la decisione in parola contribuisca «ad un riequilibrio dei rapporti, ormai sconnessi, tra legalità e giurisdizione», è stato subito formulato anche da MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>7</sup> Chi scrive aveva evidenziato il rischio di simile conseguenza in NEGRI, *Il dito della retroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di Giustizia UE, Taricco*, in *questa Rivista*, 2016, 650-651.

<sup>8</sup> Nell’ambito di una vasta letteratura, trasversale a tutte le discipline giuridiche, si vedano almeno GROSSI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, in *Quad. fiorentini*, 2006, 1042 ss.; IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 36 ss. VOGLIOTTI, *Introduzione*, in *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, a cura del medesimo, Torino, 2008, 9 ss. Cfr. pure, per le ricadute sul sistema penale, l’affresco critico di MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 5 ss.

solidale, questo slancio vitale verso il successo, con l'eterna ambizione a liberarsi nella ricerca della verità dallo stampo formale della legge<sup>9</sup>: conviene insistere sul manifestarsi di simile vocazione della giurisprudenza domestica in epoca assai anteriore all'ingresso nella cittadella penale delle fonti soprannazionali, per non commettere l'errore di ridurre il dibattito acceso dalla serie di pronunce riguardanti il caso *Taricco* ad opposizione manichea tra 'euro-peisti' indirizzati al progresso e 'sovranisti' conservatori, legati all'ideologia antistorica che pretende la ferrea subordinazione del giudice alla lettera della legge<sup>10</sup>.

L'appello elegante e insieme fiero della Corte costituzionale ai principi supremi del nostro ordinamento, alla stregua di 'controlimiti' per ora solo agitati, va inteso non tanto quale negazione di ogni pluralismo ermeneutico in materia penale; quanto come freno all'evasione dal criterio di stretta legalità nel fissare i presupposti materiali e processuali di esercizio del potere punitivo, poiché il canone di determinatezza della fattispecie costituisce garanzia intangibile dell'imputato. In questo preciso senso l'ordinanza n. 24 del 2017 conferisce perenne attualità alla linea giuspolitica che procede dalle conquiste dell'Illuminismo sino alle Costituzioni liberaldemocratiche del secondo dopoguerra.

## 2. L'ottica funzionalista della Corte di giustizia

Un insieme di valori, designabile con la categoria del garantismo penale, all'evidenza misconosciuto – almeno nell'occasione – dall'organo cui compete interpretare i Trattati sull'Unione europea. La lacuna non stupisce, del resto, se si considera quale spirito animi tali fonti normative. Sono testi che capovolgono l'ottica di favore per la tutela del soggetto gravato da un'accusa penale, tipica invece delle Carte dei diritti formulate in contrapposizione alle esperienze totalitarie del Novecento<sup>11</sup>. Non mancano anche lì – è vero – gli

<sup>9</sup> Il compiuto disvelamento degli alibi adottati al riguardo dalla magistratura, nel corso del tempo, si deve alla potente visione di NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: processo - teoria dello Stato - epistemologia*, in *Ind. pen.*, 1999, 27 ss.

<sup>10</sup> Sulla «riemersione di pulsioni autarchico-nazionaliste di cui i controlimiti sono pur sempre espressione», v. 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 del medesimo, Napoli, 2017, XXXIX, CII. Di contrario avviso MANACORDA, *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, *ivi*, 178, secondo il quale potrebbero rivendicare «una posizione progressista» anche «coloro che si ergono a difensori più strenui delle garanzie penalistiche».

<sup>11</sup> In termini generali, v. COSTA, voce *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enc. Dir., Annali II*, t. 2, Milano, 2008, 397-399. Sull'«umanesimo processuale» espressione della 'grande Europa', v. MAZZA, *La procedura penale*, in *Speciale Europa-Dir. pen. proc.*, 2011, 33 ss.

impegni solenni al «rispetto dei diritti umani» e al riconoscimento delle libertà fondamentali, patrimonio dello «Stato di diritto» e delle «tradizioni costituzionali comuni» ai Paesi membri (artt. 2 e 6 TUE); proprio a quei proclami si aggrappa infatti l'ordinanza n. 24 del 2017, nel tentativo di ricondurre l'operato della Corte di giustizia entro un orizzonte ermeneutico compatibile con il principio di legalità.

Ma l'autentica cifra dei Trattati per quanto attiene alla materia penale è identificabile nella finalità di ottenere un «elevato livello di sicurezza» attraverso misure di «lotta contro la criminalità», specie a dimensione transnazionale (artt. 67 e 83 TFUE)<sup>12</sup>. Predominano insomma le componenti repressive, con la conseguente priorità accordata alle ragioni della vittima del reato (art. 82 TFUE)<sup>13</sup>; tanto che lo stesso affiorare di principi e diritti di segno diverso nella giurisprudenza di Lussemburgo – sino alla «maggiore visibilità» loro conferita grazie alla Carta di Nizza – corrisponde ad una strategia intesa a rendere accettabile il primato delle fonti europee ai Paesi membri, tranquillizzandoli di fronte al rischio di restare altrimenti «esposti all'obbligo di recepire strumenti normativi di origine esterna capaci di travolgere il nucleo garantista delle proprie Costituzioni»<sup>14</sup>.

S'inscrive nella medesima assiologia rovesciata in senso funzionalistico l'art. 325 TFUE, là dove obbliga gli Stati contraenti a combattere gli illeciti che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea mediante sanzioni efficaci e dissuasive. La Corte di giustizia – si ricorderà – vi aveva per l'appunto identificato la base giuridica del vincolo a disapplicare, nei procedimenti penali per gravi frodi fiscali, le norme interne che prolungano in misura ridotta il termine massimo di prescrizione, al verificarsi di atti interruttivi (artt. 160 ultimo comma e 161 capoverso c.p.); e questo, se il giudice nazionale dovesse verificare che dalle disposizioni in parola scaturisce l'impunità degli autori del reato «in un numero considerevole di casi».

La sentenza – fu subito chiaro<sup>15</sup> – lasciava temere l'innesco di conseguenze dirompenti per la fisionomia dell'intero sistema penale; la posta in gioco era

<sup>12</sup> Nell'ambito di una vastissima letteratura, cfr., con particolare efficacia, PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, 14-15, 32-35, 238 ss.

<sup>13</sup> VENTUROLI, *La vittima*, cit., 96 ss.

<sup>14</sup> Così, testualmente, BERNARDI, *I controlimiti*, cit., XIV

<sup>15</sup> Tra le voci più critiche, cfr., in particolare, CAMON, *La torsione di un sistema: riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, 2 ss.; MAZZA, *la prescrizione del reato tra legalità penale e diritto giurisprudenziale europeo*, ivi, 8 ss. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può esigere il giudice a legislatore*, in *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, a cura di C. Paonessa e L. Zilletti, Pisa, 2016, 93 ss.; MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale*

la stessa sopravvivenza del baluardo costituito dal principio di legalità, ben oltre perciò la questione più immediata – pure, in sé capitale – degli effetti retroattivi, connessi alla disapplicazione, sulle reg giudicande concernenti fatti di reato commessi prima che la regola europea sfavorevole all'imputato venisse enunciata. Converterà tuttavia iniziare la disamina proprio da quest'ultimo profilo, poiché a partire da esso il percorso argomentativo della Corte costituzionale approda ai responsi di carattere generale. Va allora rammentato come i giudici di Lussemburgo avessero superato alla svelta il problema, semplicemente negando che i limiti temporali della punibilità siano annoverabili tra gli elementi normativi di cui l'art. 49 CDFUE esige, ai fini della condanna, la predeterminazione rispetto al fatto. Simile conclusione troverebbe conferma nell'analogo orientamento espresso dalla Corte EDU, mostratasi incline a distogliere il regime della prescrizione dalla tutela rigorosa del *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* (art. 7 CEDU) una volta ascritto l'istituto medesimo al settore processuale<sup>16</sup>, così da abbandonarne la disciplina al criterio debole di successione tra norme rappresentato dal *tempus regit actum*.

Del tutto antitetica la posizione sul punto della Corte costituzionale, esplicitata attraverso una sequela ben scandita di affermazioni a natura assiomatica che potrebbe reputare apodittiche solo chi non considerasse come quegli enunciati si spingano a toccare gli stessi presupposti sottaciuti del patto sociale. L'ordinanza n. 24 del 2017 rivendica primariamente al diritto nazionale la competenza nel classificare le regole riguardanti la prescrizione del reato entro il campo giuridico sostanziale o processuale; richiama poi la tradizione del nostro ordinamento in proposito, attestata – al pari delle legislazioni di altri Stati europei<sup>17</sup> – sulla prima delle due soluzioni; conferisce in terzo luogo a quell'opzione rango costituzionale, col ribadire come la garanzia sancita dall'art. 25, co. 2, Cost. si riferisca all'intero spettro delle norme penali materiali e includa perciò – a differenza delle omologhe clausole di fonte soprannazionale – ogni fattore destinato ad incidere sulla punibilità: nel suo ambito, dunque, rientra anche la necessità di predeterminare il periodo di tempo oltre il quale il reato si estingue. La pronuncia, infine, colloca il principio di legalità penale, nella massima estensione così riconosciutagli, all'interno del

---

*“sovrersione del sistema”: le ragioni dei controlimiti*, in *I controlimiti*, cit., 203 ss.; nonché, NEGRI, *Il dito della irretroattività*, cit., 645 ss.

<sup>16</sup> Dubbiosa in proposito, PAONESSA, *“Lo strano caso Taricco”, ovvero le garanzie dei temporali cedere alla mercé di una “eccentrica” decisione europea?*, in *Dal giudice garante*, cit., 117, considerato il contesto particolare in cui la Corte EDU ha ritenuto inoperativa la garanzia del *nullum crimen* per le modifiche legislative in tema di prescrizione.

<sup>17</sup> La Corte cita ad esempio l'ordinamento spagnolo.

nucleo di valori fondanti dello Stato, poiché quest'ultimo va inteso come depositario di un potere non assoluto, bensì condizionato alla salvaguardia dei diritti inalienabili dell'individuo.

### **3. La (resistibile) tentazione di 'chiudere il cerchio'**

Qualche perplessità suscita il passaggio della motivazione in cui la Corte costituzionale tenta di chiudere il ragionamento conferendogli perfetta circolarità. Ciò accade quando sembra ammettere che i principi di origine pattizia incrementino la loro caratura garantista per contatto e osmosi con il più ampio raggio di tutela riconosciuto all'imputato dalle corrispondenti norme nazionali. Si percepisce qui uno slittamento dal piano interno a quello europeo che non appare sempre consentito. Altro, infatti, è che l'Unione sia tenuta a rispettare il grado superiore di protezione accordato all'individuo dal singolo Stato membro - beninteso, se riconducibile al 'nocciolo duro' del suo patrimonio costituzionale - anche qualora il diritto europeo intervenga a disciplinare una materia di propria competenza: l'ordinamento UE deve ritrarsi di fronte all'esistenza del 'controlimite', ossia di un impedimento di natura esterna. Altro è pretendere che la portata delle previsioni sopranazionali si espanda conformemente alla latitudine della tutela riservata alla sfera individuale dalle *Grundnormen* dei Paesi aderenti, mutuando i contenuti di queste ultime sino a fungere, in veste di principi 'costituzionali' appartenenti allo stesso sistema dei Trattati, da parametro di compatibilità per la regola di diritto UE enunciata nella sentenza della Corte di giustizia.

La conclusione al riguardo dipende invero dalle modalità di formulazione del precetto il cui significato si vorrebbe dilatare, almeno se si osservano i criteri formali dell'interpretazione: una volta che li si prediliga, com'è implicito nella impostazione giuspositivistica adottata dall'ordinanza n. 24 del 2017, essi vanno però rispettati fino in fondo. Pare quindi contraddittorio, da un lato, premettere che la Costituzione italiana assicura maggiori garanzie rispetto agli artt. 49 CDFUE e 7 CEDU, in quanto assoggetta al principio di legalità ogni profilo sostanziale della punibilità, e, dall'altro lato, assumere le anzidette disposizioni sopranazionali quale base giuridica - interna perciò all'ordinamento dell'Unione - idonea a ricondurre sotto il divieto di retroattività anche il regime peggiorativo derivante dal prolungamento *post factum* del termine prescrizione. Non sembra che i testi invocati, col riferirsi alla condotta costituente «reato» e alla «pena», si prestino a recepire nell'alveo della propria fattispecie l'ulteriore elemento della durata dell'interesse punitivo, tempo del quale invece l'art. 25, co. 2, Cost. esige la prevedibilità al momento del fatto. Se tale capienza non sussiste, è allora errato sostenere che quei

principi di fonte pattizia possano essere rilette alla luce della qualificazione materiale data all'istituto della prescrizione dall'ordinamento nazionale<sup>18</sup>.

Né si potrebbe invocare a tal fine il disposto dell'art. 53 CDFUE, come se fosse clausola generale in grado di trasmettere sistematicamente a diritti e libertà oggetto di protezione sul piano europeo il significato più vantaggioso per la persona accusata enucleabile dalle analoghe formule presenti nelle diverse Costituzioni degli Stati membri<sup>19</sup>. Vi ostano, infatti, sia l'esplicito riferimento della Carta di Nizza all'«ambito di applicazione» rispettivamente proprio delle une e delle altre fonti normative, là dove fissa il criterio di non regressione dello *standard* di tutela<sup>20</sup>; sia l'esigenza di evitare che il diritto dell'Unione europea entri in contraddizione con se stesso, ponendo regole giuridiche destinate a risultare ora compatibili, ora in conflitto con i propri principi fondamentali, così come adattati volta per volta in dipendenza della variabile rappresentata dal livello di garanzia tipico di ciascun ordinamento nazionale di attuazione delle regole medesime<sup>21</sup>.

In altre parole, resta preclusa la soluzione che tende a salvaguardare formalmente il primato dell'Unione - ribadito, in esordio, dall'ordinanza n. 24 del 2017 - tramite l'incorporazione nel diritto primario europeo del limite coincidente con la portata domestica del canone di irretroattività sfavorevole. Non vanno per l'appunto confuse tre questioni distinte. La prima chiama in causa i 'controlimiti' da opporsi quando, come nel caso di specie, prescrizioni dirette (la disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p.) e norme sopranazionali di principio potenzialmente rilevanti (artt. 49 CDFUE e 7 CEDU) non si conciliano - rispettivamente, per contrarietà e incongruenza - con il nucleo intangibile di prerogative individuali (tra esse, il divieto di retroattività *in malam partem*) che esprime la ragione costitutiva dello Stato italiano. Fuori da questa sfera giuridica più ristretta si collocano diritti anch'essi di rilievo costituzionale, ma comprimibili dall'Unione europea nell'esercizio delle proprie competenze, vista la cessione parziale di sovranità conseguente all'adesione ai Trattati.

Non sembra invece praticabile la terza via rappresentata dal criterio ermeneutico della massima espansione delle garanzie, adombrato dall'ordinanza della Corte costituzionale nella prima parte della motivazione; esso opera infatti soltanto in direzione opposta a quella utile nella vicenda *Taricco*, ossia allo

<sup>18</sup> In tal senso, invece, l'ordinanza esaminata, par. 5.

<sup>19</sup> Analogamente, CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, cit., 52; VALLINI, *Un'ingerenza grave in un sistema discriminatorio*, cit., 132.

<sup>20</sup> Corte di Giust. UE, sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*.

<sup>21</sup> Purché non si ritenga che sia la stessa Corte di giustizia il custode dei controlimiti: in proposito, cfr., per tutti, BERNARDI, *I controlimiti*, cit., XXII.



scopo di innalzare il grado di tutela apprestato dall'ordinamento nazionale facendo leva sul livello superiore di protezione dei diritti e delle libertà riconosciuto entro il sistema internazionale pattizio<sup>22</sup>.

#### 4. L'appello all'esigenza di determinatezza della norma processuale penale

Impeccabile il secondo dei due percorsi lungo i quali si sviluppa l'ordinanza n. 24 del 2017. Mentre il primo considera il principio di legalità per rapporto all'esigenza che il soggetto agente conosca le conseguenze penali della propria condotta, anche con riguardo alla maturazione dell'effetto estintivo del reato, l'altro itinerario dà risalto alla garanzia della certezza del diritto intesa come necessaria delimitazione della discrezionalità del giudice in vista dell'applicazione delle norme suscettibili di condizionare l'intervento punitivo. È quest'ultimo il terreno di ritrovata comunione tra diritto penale sostanziale e disciplina del processo, ambedue bisognosi di precetti formulati in modo dettagliato. Finché si rimane confinati nella dimensione soggettiva della prevedibilità, stenta difatti ad imporsi la visione rigorosa della legalità formale poiché vi si mescolano in sottofondo giustificazioni estranee alla natura del fenomeno processuale: la contropinta psicologica alla commissione dell'illecito esercitata dalla norma penale; la percezione del significato morale della scelta se agire o meno<sup>23</sup>. Per questa ragione, tra l'altro, non ha attecchito la tesi volta ad includere anche le regole processuali tra i fattori che l'imputato dev'essere messo in grado di calcolare anticipatamente, confidando nella loro fissità.<sup>24</sup>

Alla Corte costituzionale va quindi il merito d'aver ribadito, censurando gli approdi aberranti del collegio di Lussemburgo nella causa *Taricco*, quale importanza rivesta la soggezione alla stretta legalità processuale; si torna ora a riconoscerle il rango di componente che concorre a costituire la punibilità su di un piano paritario rispetto alla legalità penale<sup>25</sup>, sino a rendere doverosa l'osservanza del criterio di determinatezza anche nel formulare le disposizioni sullo svolgimento del rito. Ciò attraverso il recupero delle origini più genuine

<sup>22</sup> Si allude, in particolare, al criterio affermato da Corte cost., n. 317 del 2009.

<sup>23</sup> Su tale principio di individuazione della differenza tra norme di diritto sostanziale e norme di procedura, cfr. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale* (1998), trad. it., Bologna, 2004, 28-29; MAIWALD, *Zur gerichtlichen Fürsorgepflicht im Strafprozess und ihren Grenzen*, in *Festschrift Richard Lange*, a cura di G. Warda, H. Waider, R. von Hippel, D. Meurer, Berlino, 1992, 745 ss.

<sup>24</sup> Riguardo alla teoria dell'affidamento, in campo processuale penale, si vedano le trattazioni di CHIAVARIO, voce *Norma (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, 478 ss.; MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, 232 ss.

<sup>25</sup> Sulla questione, si possono vedere le linee ripercorse in NEGRI, *Delle procedure criminali: parte di legislazione così principale e così trascurata*, in *Cass. pen.*, 2014, 3946 ss.

del principio. Dietro i moniti semplici quanto risoluti provenienti dai giudici di Palazzo della Consulta rivive – nientemeno – l'intero filone di pensiero che – dal Settecento riformatore alla Scuola 'classica', sino alla dottrina più sensibile al contenuto garantista dei precetti della Costituzione repubblicana – ha costantemente identificato nei caratteri della precisione e densità delle norme processuali l'argine necessario a frenare l'arbitrio del magistrato, così da difendere l'individuo presunto innocente contro gli abusi dell'autorità<sup>26</sup>.

L'accento cade, in altri termini, sull'esigenza di preservare ai cittadini il bene della sicurezza nel senso inaugurato da Montesquieu, con riferimento cioè alla salvaguardia della libertà del singolo dinanzi all'attività del perseguimento penale, sempre a rischio di scivolare nella prevaricazione: i vuoti di dettato, le vaghezze della norma, le clausole aperte costituiscono altrettante minacce per quel valore sommo, sino all'estrema manifestazione dispotica – materializzata, dopo la sentenza della Corte di Lussemburgo sul nostro caso, nella figura della disapplicazione indiscriminata delle norme di garanzia – del giudice che impersona «egli stesso la regola»<sup>27</sup>. Donde l'insistenza della Corte costituzionale sul primato della legge quale corollario della separazione dei poteri, almeno nei sistemi giuridici continentali.

Per l'appunto, nella parte finale dell'ordinanza n. 24 del 2017 la considerazione rivolta al principio di legalità processuale emerge nitidamente. Il ragionamento è aperto da una proposizione concessiva, diretta a chiarire quali conseguenze si avrebbero se la prescrizione non rivestisse natura sostanziale, ma processuale. Ebbene, pure in tale ipotesi i presupposti dalla verifica della cui sussistenza dipende l'applicazione o meno dell'istituto dovrebbero essere stabiliti tramite fattispecie legali «sufficientemente determinate». Parametro, questo, per nulla soddisfatto dal requisito che la Corte di giustizia aveva indicato nella pronuncia del 2015, ossia l'esito di impunità rilevato «in un numero considerevole di casi» riguardanti illeciti simili a quello di frode fiscale oggetto della controversia. Il giudice delle leggi ne stigmatizza l'intrinseca natura ambigua, priva com'è quella regola – tale, dunque, solo in apparenza – di alcun elemento strutturale sul quale possa utilmente esercitarsi l'attività interpretativa al fine di conferirle un significato preciso.

Sembra anzi lecito compiere in proposito un passo ulteriore, forse non indispensabile nell'economia della specifica questione devoluta alla Corte e per-

---

<sup>26</sup> Una ricostruzione di questa genealogia di pensiero, accompagnata dalla vigorosa riaffermazione della sua validità, si può rintracciare in NOBILI, *Introduzione*, in CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Bologna, 2004, 17 ss.; GALGANI, *Diritto probatorio e successione di leggi nel tempo*. *Tempus regit actum?*, Torino, 2012, 43 ss. Cfr. anche NEGRI, *Delle procedure criminali*, cit., 3946 ss.

<sup>27</sup> CH. DE S. DE MONTESQUIEU, *Esprit des loix* (1748), ed. Milano, 1967, 113.

ciò tralasciato, eppure di estrema importanza in vista dei futuri sviluppi della diatriba. Non basterebbe dotare la regola di un contenuto esatto, a renderla compatibile con le coordinate essenziali della giurisdizione nello Stato di diritto. Conta pure, a questo fine, il criterio sostanziale calato entro lo schema formale della norma. Anche supponendo che, nell'atteso responso ai nuovi quesiti pregiudiziali, la Curia di Lussemburgo fissi – ad esempio, in percentuale relativa ad un arco temporale definito e con riguardo a figure criminose distintamente nominate – la soglia di processi non pervenuti all'esito sanzionatorio costituente misura puntuale dell'inadempimento all'obbligo di proteggere con efficacia gli interessi finanziari dell'Unione<sup>28</sup>, saremmo sempre al cospetto di una inammissibile strumentalizzazione della singola persona a scopi metaindividuali di deterrenza.

Lo sviamento della funzione fisiologica del giudizio penale risulta evidente non appena si badi ai risvolti concreti di una previsione come quella ipotizzata, visto che l'alternativa tra proscioglimento dovuto alla prescrizione del reato e condanna dell'imputato finirebbe per dipendere da un dato affatto estraneo al corso della specifica regiudicanda e passibile oltretutto di fluttuare nel tempo: il processo terminerebbe con la declaratoria della causa estintiva o giungerebbe alla decisione sul merito, a seconda che in quel momento storico le statistiche (e resterebbe comunque da appurare di quale fonte<sup>29</sup>) sul livello complessivo di repressione dei tipi d'illecito rilevanti attestino il rispetto o l'inosservanza del tasso di efficienza punitiva prestabilito.

Il destino di ciascun individuo accusato resterebbe così subordinato alla produttività dell'apparato statale quanto al numero di condanne ottenute, mentre il parametro di accettazione sociale della decisione penale va identificato, per volontà costituzionale, nel rispetto dei canoni relativi al 'giusto processo', ai quali il computo della quota totale di sanzioni irrogate è alieno sia strutturalmente, sia soprattutto assiologicamente: calcolarla per farne derivare effetti giuridici deteriori in capo all'imputato equivale a saturare indebitamente di prevenzione generale la singola vicenda processuale. Né vale obiettare che, in fondo, l'andamento di ogni processo, sotto il profilo della durata e quindi degli esiti ad essa legati, risente delle risorse materiali disponibili e del grado di

---

<sup>28</sup> Nel senso che la decisione della Corte di giustizia debba essere «chiara, determinata, tassativa», MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 2016, 370.

<sup>29</sup> Sulla questione, v., tra gli altri, MANACORDA, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, in *questa Rivista*, 2015; VIGANO, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). Per un tentativo di inquadramento del problema, sul piano dell'accertamento del fatto a rilevanza processuale, v. NEGRI, *Il dito della irretroattività*, cit., 648-649.

capacità assicurato dai diversi attori pubblici impegnati nell'attività di perseguimento penale. Il discorso – merita insistere sul punto – qui è assai diverso: non si tratterebbe di un'incidenza di puro fatto, ma del programmatico inserimento del fattore legato all'efficienza repressiva del sistema tra gli elementi che, in base allo schema condizionale tipico delle proposizioni normative, compongono la stessa disciplina dello svolgimento processuale.

Ciò chiarito, non si può che concordare con i rilievi di carattere più generale espressi nell'ordinanza n. 24 del 2017. In particolare là dove osserva criticamente come gli obblighi di risultato sanciti dall'art. 325 TFUE, donde la Corte di giustizia ha tratto il vincolo a disapplicare le norme nazionali ostative, non siano assistiti da «sufficiente analiticità» nella definizione dell'itinerario da seguire per raggiungere l'obiettivo: manca la previsione di quei «mezzi» e «limiti» all'attività del giudice che – è implicito nel discorso della nostra Corte – compete anzitutto alla legge processuale di stabilire. La tesi raccoglie gli argomenti di chi aveva subito paventato che, senza l'interposizione di fattispecie legali idonee a governarne l'operato, si sarebbe fatalmente dato vita ad un «giudice di scopo» messo a diretto contatto con scelte di politica criminale; figura in palese antinomia con i principi cardine dello Stato costituzionale di diritto<sup>30</sup>. Lasciato libero nella selezione delle norme soggette a disapplicazione e nella definizione dei presupposti per agire in tal senso, il potere giudiziario verrebbe abilitato a neutralizzare volta a volta qualunque disposizione fosse ritenuta di impedimento alla repressione del reato: tanto se appartenente all'ambito sostanziale della «punibilità», quanto se relativa al «processo».

Nella vicenda *Taricco*, infatti, sono state prese a bersaglio previsioni di confine tra i due settori come quelle sui termini prescrizionali, ma era agevole supporre che la licenza concessa dalla Corte di Lussemburgo avrebbe presto fomentato pronunce dei giudici nazionali tese a disinnescare presidi di matrice processuale<sup>31</sup>. Le regole sul rito per vocazione costitutiva tutelano interessi che fungono da altrettanti limiti all'esercizio del potere punitivo e si dispongono dunque a naturale intralcio lungo la strada verso l'inflizione della pena. Disapplicarle significa togliere il contrappeso alle esigenze dell'autorità rappresentato dalle ragioni della libertà, nel bilanciamento che conferisce intima struttura all'insieme delle norme processuali. Si è dato allora il caso, in un ordinamento straniero, di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia col proposito di acclarare il conflitto tra l'art. 325 TFUE e lo specifico divieto di utilizzare prove contrarie alla legge stabilito da norme interne: solo evitando di

<sup>30</sup> VALLINI, *Un'ingerenza grave*, cit., 153; NEGRI, *Il dito della irretroattività*, cit., 655-651.

<sup>31</sup> In tal senso, NEGRI, *Il dito della irretroattività*, cit., 652.

escludere quelle conoscenze viziose - sostiene il giudice *a quo* - si potrebbe conseguire l'agognato traguardo della condanna e della sanzione, mentre dichiararne l'invalidità equivarrebbe al proscioglimento dell'imputato<sup>32</sup>. Il timore di assistere al tentativo indiscriminato dei giudici di affrancarsi dai vincoli della legalità processuale ha così ricevuto una prima, tangibile conferma.

Fortunatamente la Corte costituzionale italiana ha invece aderito all'impostazione giuslegalistica di stampo continentale, col ripudiare l'idea che i «tribunali penali» siano incaricati di perseguire un risultato a prescindere dalla esatta regolamentazione degli strumenti impiegabili a tal fine. Saremmo stati più perentori nella conclusione, negando alla radice che il giudice possa essere reso compartecipe di alcun obiettivo sanzionatorio, quantunque mediato da regole procedurali dettagliate, pena altrimenti la sua trasformazione nell'interprete della lotta partigiana per il successo della pretesa punitiva. Il problema in questo caso si sposta, tuttavia, sul diverso piano dell'orientamento da imprimere alle norme che delineano il percorso verso la meta. In ossequio al principio di imparzialità, specie nella rigorosa declinazione solidale al sistema accusatorio, i precetti destinati a disciplinare direttamente la condotta del giudice non dovrebbero essere sbilanciati in senso funzionale al risultato repressivo, prima che il cammino processuale abbia portato all'accertamento della colpevolezza legittimando - solo allora - l'attuazione della componente sanzionatoria della norma incriminatrice.

##### **5. La legalità processuale come argine all'etica del risultato**

In virtù di quanto affermato dall'ordinanza n. 24 del 2017 trova comunque riconoscimento anche rispetto alla norma processuale penale - ed era approdo nient'affatto ovvio - il canone di determinatezza quale corollario del principio di legalità. Il costrutto alla base della pronuncia è paradigmaticamente riferito alla garanzia di parte sostanziale consacrata dall'art. 25, co. 2, Cost., alla quale si deve la declinazione «particolarmente rigida nella materia penale» del postulato politico circa la separazione tra i poteri dello Stato. Ma abbiamo anche sottolineato il valore attribuito dalla Corte costituzionale all'esigenza di precisione nella disciplina dei «casi», delle «condizioni», dei «mezzi» e dei «limiti» necessari ad evitare che il giudice divenga potenza creatrice del diritto processuale. Ci si muove pertanto in direzione dell'auspicio affinché il vincolo a regolare il «giusto processo» attraverso la «legge», derivante dall'art. 111,

---

<sup>32</sup> Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dallo *Spetsializiran nakazatelen sad* (Bulgaria), causa C-310/16, *Dzivev*.

co. 1, Cost., sia considerato con più rigore sino a pretendere qualità descrittiva della fattispecie e massima fedeltà al testo scritto da parte dell'interprete<sup>33</sup>. Simile itinerario avrebbe meritato un completamento finale. Nelle ultime battute l'ordinanza – si è visto – coglie perfettamente la deriva congenita alla «norma europea» enunciata dalla Corte di giustizia: l'organo munito del potere di disapplicazione è messo potenzialmente in grado di «disfarsi» *ad libitum* degli ostacoli processuali all'esito sanzionatorio, ciò che «eccede il limite della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto». Sebbene non esplicitato, palese è pure qui il richiamo ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale che vanno oltre quelli di stretta pertinenza al diritto penale sostanziale; difficile negare che siano chiamati in causa quantomeno gli artt. 101, co. 2, e 111, co. 2, Cost. Ne dà del resto conferma il tenore generale del passaggio subito successivo, che censura la «carente determinatezza» della regola di fonte UE «quando interferisce con i diritti degli imputati in un processo penale»: esce chiaro una volta di più il riconoscimento di autonoma rilevanza, nella questione affrontata, ai canoni processuali di garanzia individuale; nonché della loro appartenenza al nucleo intangibile del patrimonio costituzionale. Sennonché, l'argine contro l'inusitata espansione degli effetti di carattere penale desunti dall'art. 325 TFUE viene poi identificato soltanto nel principio di legalità materiale dettato dall'art. 49 della Carta di Nizza. S'avverte qui una lacuna, a voler escludere che la Corte costituzionale sia scivolata proprio in chiusura nella tendenza a concepire il processo penale esclusivamente quale strumento di attuazione del diritto sostanziale. Sarebbe stato infatti preferibile e coerente con le premesse integrare i referenti della verifica di compatibilità tramite l'appello alle coordinate dell'equo processo, recepite dall'art. 47 CDFUE. Il recupero per questa via della giurisprudenza di Strasburgo sull'omologo art. 6 CEDU avrebbe consentito di mettere in luce fino in fondo l'altro profilo di censura della soluzione escogitata dalla Corte di giustizia nella causa *Taricco*. Precisamente, la contrarietà frontale al canone della legalità processuale espresso col brocardo *nullum iudicium sine lege*. Esso viene considerato «principio generale del diritto» che funge da «*pendant*» alla legalità sostanziale al fine di proteggere l'individuo perseguito penalmente dal rischio dell'abuso del potere nelle mani dell'autorità. Sostiene infatti la Corte europea dei diritti dell'uomo che è la difesa, appunto, a patire in misura mag-

---

<sup>33</sup> Avevamo insistito sulla necessità di dotare la legalità processuale di uno specifico statuto metodologico destinato a governarne l'interpretazione, in NEGRI, *Il processo penale italiano a venticinque anni dalla riforma del codice*, in *Criminalia*, 2014, 229.

giore l'incertezza dovuta a lacune e imprecisioni delle regole processuali<sup>34</sup>; conclusione allineata alla robusta valorizzazione del principio di determinatezza compiuta dalla nostra Corte costituzionale con l'ordinanza n. 24 del 2017.

Migliore argomento non si potrebbe allora trovare per ricacciare indietro l'assalto prepotente del giudice di scopo, liberato dal freno della legalità processuale in nome dell'etica del risultato.

---

<sup>34</sup> Corte EDU, sent. 22 giugno 2000, Coëme ed altri c. Belgio. Valorizza al riguardo la giurisprudenza di Strasburgo anche MARCOLINI, *La prescrizione*, cit., 373, sebbene nell'ottica del criterio di successione tra norme.