

QUESITI

ANDREA LONGO

Taricco-*bis*: un dialogo senza comunicazione

Il presente lavoro analizza la decisione con cui la Corte di giustizia ha esaminato il rinvio pregiudiziale che la Corte costituzionale aveva proposto con l'ordinanza n. 24 del 2017. Nello specifico l'analisi si è concentrata sugli elementi da cui desumere la mancanza di un autentico dialogo non solo tra la Corte costituzionale e la Corte di Lussemburgo, ma anche tra gli altri operatori del sistema di tutela multilivello (Corte di Cassazione e, per aspetti diversi, anche il legislatore europeo). Dopo aver evidenziato le differenze strutturali tra la ricostruzione sistemica della Corte di giustizia e quella della Corte costituzionale, specialmente in ordine al principio di legalità, ci soffermeremo sulla Direttiva n. 2017/1371 del 5 luglio 2017, per poi formulare alcune conclusioni in merito all'apparente dialogo che la vicenda Taricco ha determinato.

This paper analyzes the Taricco II decision delivered by the Court of Justice of the European Union (CJEU) on a reference for a preliminary ruling from of the Italian Constitutional Court (order no. 24 of 2017).

Specifically, the analysis focuses on the aspects showing the lack of dialogue between the Constitutional Court and the CJEU, but also among other participants to the multilevel system (Court of Cassation and, for different aspects, also the European legislators).

After highlighting the differences between the systemic doctrines affirmed by the CJUE and the Constitutional Court, especially concerning the principle of legality, the paper focuses on the Directive (EU) no. 2017/1371 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2017.

The Author, to conclude, reflects on the "apparent dialogue" characterizing the "Taricco Saga".

SOMMARIO: 1. Un diffuso problema di comunicazione - 2. «In varietate concordia» - 3. L'ambigua natura del principio di legalità - 3.1 Irretroattività - 3.2 Determinatezza - 3.3 Due possibili letture - 4. La Direttiva n. 2017/1371 - 5. Dialogo e sistemi

1. Un diffuso problema di comunicazione

Quella che con una certa fortuna è stata definita «Saga Taricco» si è recentemente arricchita di un nuovo episodio: com'è noto, infatti, la Corte di giustizia ha esaminato il rinvio pregiudiziale che la Corte costituzionale aveva proposto con l'ordinanza n. 24 del 2017, giungendo ad una sentenza piuttosto complessa e, a tratti, decisamente ambigua¹.

¹ La definizione è di NATALE, *Le tappe della cd. Saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso*, in *Questione giustizia*, 7 dicembre 2017; cfr. anche LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 dicembre 2017; NISTICÒ, *Taricco II: il passo indietro della Corte di giustizia e le prospettive del supposto dialogo tra le Corti*, in *Osservatorio Aic*, 1/2018; REPETTO, *Quello che Lussemburgo (non) dice. Note minime su Taricco II*, in *diritticomparati.it*, 21 dicembre 2017; URBINATI, *L'epilogo di "Taricco bis": la Corte di Giustizia cede all'ordinanza della Consulta*, in *Archivio penale*, 3/2017; CUPELLI, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di Giustizia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 12/2017, 177 ss.; MARCENÒ, *La sentenza Taricco-bis. Conseguenze di una sovranità non decisa*, in *forumcostitu-*

Nelle prossime pagine esamineremo brevemente tali profili di ambiguità che mi paiono l'ennesima prova della mancanza di un autentico dialogo non solo tra la Corte costituzionale e la Corte di Lussemburgo (che come è stato giustamente scritto, sembra ridursi ad una mera *vicenda muscolare*²), ma anche tra gli altri operatori del sistema di tutela multilivello, compresa, come vedremo, la Corte di cassazione e, per certi versi, lo stesso legislatore europeo.

Eppure la Corte di Giustizia si era preoccupata sin da subito di evidenziare l'importanza del rinvio pregiudiziale³, in quanto strumento di effettivo (l'aggettivo è d'obbligo) dialogo e di cooperazione tra la Corte e i giudici degli Stati membri⁴.

zionale.it, 12 gennaio 2018.

² Cfr. VALENTINI, *Sweetening the pill. Il caso Taricco e l'illusionismo prospettico della Consulta*, in *Questione giustizia*, 12 giugno 2017; NISTICÒ, *Taricco II: il passo indietro della Corte di giustizia e le prospettive del supposto dialogo tra le Corti*, cit., 2; URBINATI, *L'epilogo di "Taricco bis": la Corte di Giustizia cede all'ordinanza della Consulta*, cit., 4.

³ Secondo CUPELLI, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di Giustizia*, cit., 179, il passaggio sulla natura del procedimento di rinvio «è invero funzionale a un meccanismo di 'discolpa preventivo'. Viene infatti messo in luce come - nell'ambito del procedimento all'origine della prima sentenza - il Tribunale di Cuneo avesse interpellato la Corte di Giustizia con riferimento ad articoli diversi (...) ritenuti non del tutto conferenti, tanto da aver spinto i giudici europei a modificare il parametro, *strategicamente* individuato poi nell'art. 325, §§ 1 e 2 TFUE (...) rispetto al quale sono stati sollevati dal giudice dell'odierno rinvio quegli interrogativi che invece "non erano stati portati a conoscenza della Corte nella causa origine della sentenza Taricco"». Ritiene la prospettazione della Corte di Giustizia "inverosimile" NISTICÒ, *Taricco II: il passo indietro della Corte di giustizia e le prospettive del supposto dialogo tra le Corti*, cit., 3, per il quale è «ovvio che ad un giudice tecnicamente preparato come la Corte di Lussemburgo non poteva certamente sfuggire, già nel 2015 e quand'anche nessuno la avesse evocata in giudizio, una questione tanto scottante come quella dei rapporti complessi (per usare un eufemismo) tra disapplicazione in *malam partem* e legalità penale».

⁴ L'intento della Corte di Giustizia assumeva ancor più risalto alla luce delle conclusioni rassegnate dall'Avvocato generale Bot il 18 luglio 2017, con le quali si suggeriva di insistere nel percorso inaugurato con la sentenza Taricco I; cfr. CUPELLI, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di Giustizia*, cit., 177 ss. e ID., *Le conclusioni dell'Avvocato Generale sul caso Taricco: aspettando la Corte di Giustizia...il dialogo (non) continua*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 ottobre 2017; L. DANIELE, *Il seguito del caso Taricco: l'Avvocato generale Bot non apre al dialogo tra Corti*, in *European papers. European forum*, 7 settembre 2017; CAPOTORTI, *Le conclusioni dell'Avvocato generale Bot nella causa c.d. Taricco bis stentano a trovare un'auspicabile soluzione di compromesso: verso un conflitto tra le Corti?*, in *eurojus.it*, 8 agosto 2017; URBINATI, *Le conclusioni dell'avvocato generale nel caso "Taricco": presagio di un contrasto insanabile?*, in *Archivio penale*, 3/2017; CORSO, *Taricco versus Montesquieu. La Consulta si schiera e l'Avvocato generale UE non convince*, in *DPCE online*, 3/2017; BIN, *Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 novembre 2017; RUGGERI, *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2 ottobre 2017; NISTICÒ, *Taricco II: il passo indietro della Corte di giustizia e le prospettive del supposto dialogo tra le Corti*, cit., 2; POLLICINO-M. BASSINI, *The Opinion of Advocate General Bot in Taricco II:*

Sin dalle prime affermazioni risultava pertanto evidente l'intento del Giudice di Lussemburgo di recuperare il terreno del dialogo con il giudice costituzionale italiano⁵. Non si vuole negare che tale recupero sia avvenuto. Tuttavia ciò che, a parere di chi scrive, appare degno di interesse è che tale recupero sia avvenuto per tramite di argomentazioni decisamente diverse rispetto a quanto sostenuto nell'ordinanza n. 24 della Corte costituzionale. Emblematico appare, da questo punto di vista, il mancato riferimento al disposto di cui all'art. 4, comma 2, TUE, ossia all'obbligo dell'Unione di rispettare i principi di struttura degli ordinamenti degli Stati membri, legati alle loro identità nazionali⁶.

La Corte di Giustizia, che doveva necessariamente fare i conti da un lato con quanto sviluppato nella motivazione della sentenza Taricco I e, dall'altro, con gli interrogativi sollevati dal giudice del rinvio, sviluppa un ragionamento che si muove lungo tre direttrici, senza che ci sia un reale confronto con quanto affermato dalla Corte costituzionale.

Il primo punto del discorso della Corte di Giustizia è rappresentato dagli obblighi imposti agli Stati membri dal TFUE e caratterizzati dal fatto che negli ordinamenti interni siano previsti strumenti di riscossione del gettito IVA efficaci ed efficienti⁷.

Seven "Deadly" Sins and a Modest Proposal, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 settembre 2017.

⁵ Sottolinea la diplomazia della sentenza CUPELLI, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di Giustizia*, cit., 177, secondo cui «va indubbiamente riconosciuto alla Corte di Giustizia il merito di aver disinnescato i potenziali effetti dellagranti di una contrapposizione frontale che sembrava inevitabile, realizzando una coraggiosa retromarcia, che trova il suo acme nell'affermazione del ruolo primario e fondante del principio di legalità dei reati e delle pene nel nostro ordinamento e, più in generale, nell'ambito delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri»; parla di addomesticamento del conflitto REPETTO, *Quello che Lussemburgo (non) dice. Note minime su Taricco II*, cit., per il quale la decisione «ha come esito quello di un sostanziale accoglimento delle ragioni di fondo fatte valere dall'ordinanza di rimessione, senza per questo mettere radicalmente in discussione l'esigenza dell'uniforme applicazione del diritto UE».

⁶ La Corte di giustizia si preoccupa invece di precisare che gli interrogativi sollevati dalla Corte costituzionale, in relazione alla compatibilità con il principio di legalità penale «non erano stati portati a conoscenza della Corte nella causa all'origine della sentenza Taricco».

⁷ Al paragrafo 30 ss. si legge che «Occorre ricordare che l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE impone agli Stati membri di lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure effettive e dissuasive nonché di adottare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro interessi finanziari. Poiché le risorse proprie dell'Unione comprendono in particolare (...) le entrate provenienti dall'applicazione di un'aliquota uniforme agli imponibili IVA armonizzati determinati secondo regole dell'Unione, sussiste un nesso diretto tra la riscossione del gettito dell'IVA nell'osservanza del diritto dell'Unione applicabile e la messa a disposizione del bilancio dell'Unione delle corrispondenti risorse IVA, dal momento che qualsiasi lacuna

In secondo luogo si fa riferimento alla necessità che, al fine di contrastare determinate ipotesi di gravi frodi IVA, si adottino, pena la violazione degli obblighi imposti dall'art. 325, paragrafo 1, TFUE anche sanzioni penali, che siano effettive, efficaci e dissuasive⁸.

Infine si evidenzia che, in mancanza di intervento del legislatore è il giudice nazionale che deve disapplicare le norme interne che impediscano, in diritto o di fatto, l'applicazione di sanzioni effettive.

Fin qui nulla di nuovo. Il vero elemento innovativo è, infatti, lo sviluppo di quanto appena detto: spetta sempre ai giudici nazionali, al momento della disapplicazione, valutare che siano stati rispettati i diritti fondamentali degli imputati, compresi quelli derivanti dal principio di legalità.

Per la Corte di Giustizia tuttavia (e veniamo al dialogo "apparente" tra le Corti) il principio di legalità penale, lungi dal rappresentare un principio riconducibile alla struttura portante dell'ordinamento interno, alla identità nazionale, esprime il sentire di tutte le tradizioni costituzionali degli Stati membri, nel suo contenuto sancito dai trattati internazionali ed anche dalla CEDU⁹; irretroattività della sanzione, accessibilità della legge penale, prevedibilità del reato e della pena, determinatezza della legge applicabile. Spetta quindi al giudice nazionale verificare se si determini una «situazione di incertezza nell'ordinamento giuridico italiano

nella riscossione del primo determina potenzialmente una riduzione delle seconde (...). È compito degli Stati membri garantire una riscossione effettiva delle risorse proprie dell'Unione (...). A questo proposito, tali Stati membri sono tenuti a procedere al recupero delle somme corrispondenti alle risorse proprie che sono state sottratte al bilancio dell'Unione in conseguenza di frodi. Al fine di assicurare la riscossione integrale delle entrate provenienti dall'IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell'Unione, gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili, che possono assumere la forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due».

⁸ La Corte di Giustizia fa anche riferimento al principio di assimilazione in quanto «gli Stati membri devono adottare, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, in particolare in materia di IVA, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari» (§ 2), aspetto che tuttavia verrà messo da parte nel resto della decisione. Così anche CUPELLI, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di Giustizia*, cit., 179-180.

⁹ Per REPETTO, *Quello che Lussemburgo (non) dice. Note minime su Taricco II*, cit., «salta immediatamente agli occhi l'uscita di scena del rispetto dell'identità costituzionale nazionale di cui all'art. 4(2) TUE, pur timidamente invocata dalla Corte costituzionale, e l'impiego della formula delle tradizioni costituzionali comuni come chiave di riconoscimento dei diritti fondamentali della Carta per come essi si desumono dall'operare congiunto della CEDU e degli ordinamenti nazionali. Ed è in primo luogo richiamando la CEDU, infatti, che oggi la Corte di giustizia arricchisce il contenuto del principio di legalità riferendolo alla triplice dimensione della prevedibilità, della determinatezza della sanzione e della sua non retroattività».

quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile, incertezza che contrasterebbe con il principio della determinatezza della legge applicabile. Se così effettivamente fosse, il giudice nazionale non sarebbe tenuto a disapplicare le disposizioni del codice penale in questione».

Se il giudice nazionale rilevasse un contrasto con il principio di legalità dei reati e delle pene, portato delle tradizioni costituzionali comuni, non sarebbe tenuto a conformarsi all'obbligo di repressione penale prescritto dall'Unione europea.

Esaminiamo più approfonditamente questi elementi significativi onde meglio comprendere la misura dell'incomunicabilità che sembra regnare tra i partecipanti a questo supposto "dialogo".

2. «*In varietate concordia*»

Un primo momento di incomunicabilità attiene allora alla diversa ricostruzione sistemica che Corte di giustizia e Corte costituzionale dimostrano di considerare alla base della vicenda.

La Consulta, nel sollevare la questione di pregiudizialità europea, aveva evocato il problema dei cosiddetti controlimiti, ossia la lesione di un principio fondamentale che innescherebbe l'unico freno possibile all'ingresso del diritto europeo nel nostro ordinamento. Il discorso portato avanti dal nostro giudice delle leggi era di grande momento non solo dal punto di vista teorico ma, almeno a mio avviso, anche dal punto di vista etico; discorso articolato sull'equilibrio necessario e virtuoso tra unità e differenza all'interno del sistema UE; quella «*in varietate concordia*» che è il nucleo di senso di tutto il progetto europeo, che di questo costituisce la stessa ragione d'essere e che pertanto si pone, al tempo stesso, quale scopo delle limitazioni di sovranità interne e quale loro limite ultimo¹⁰.

¹⁰ Sull'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017 v. i lavori di FERRANTE, *L'ordinanza della Corte costituzionale sull'affaire Taricco: una decisione "diplomatica" ma ferma*, in *dirittifondamentali.it*; BASSINI-POLLICINO, *The Taricco Decision: A Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution*, in *verfassungsblog.de*; CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 30 gennaio 2017; AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *euroius.it*; GIGLIO, *La Consulta sul caso Taricco: analisi dell'ordinanza n. 24/17*, in *filodiritto.com*; FARAGUNA, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: "Gauweiler in the Roman Campagna"*, in *verfassungsblog.de*; MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco". Note minime all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 febbraio 2017; REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza*

In quest'ottica la salvaguardia del nostro concetto di legalità, della sua forma istituzionale per come si è progressivamente andata consolidando nel corso della nostra storia giuridica, non rappresenta un mero presidio della sovranità interna, di una identità pietrificata che, secondo stilemi ottocenteschi, protegge l'impermeabilità giuridica dello Stato e rifiuta l'apertura all'altro da sé. Al contrario, essa va a comporre un quadro più grande e più complesso; il quadro di una *identità plurale*, secondo il ragionamento della stessa Corte costituzionale, nel quale le singole parti non si dissolvano in una unità livellante, ma siano ugualmente valorizzate, seguendo l'unica via che può autenticamente promuovere «la pace e il progresso tra le nazioni»¹¹.

della Corte costituzionale sul caso Taricco, in *diritticomparati.it*; RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controllimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *Consulta online*, 27 gennaio 2017; GUAZZAROTTI, *I paradossi della vicenda Taricco*, in *laCostituzione.info*; D. GALLO, *La primazia del primato sull'efficacia (diretta?) del diritto UE nella vicenda Taricco*, in *sidiblog.org*; BAILO, *Il principio di legalità in materia penale quale controllimite all'ordinamento euromunitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo!) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco*, in *Consulta online*; FAGGIANI, *Lo strategico rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Osservatorio costituzionale*, Fasc. 1/2017, 9 marzo 2017; PICCIRILLI, *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controllimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida*, in *Consulta online*; RICCARDI, *"Patti chiari, amicizia lunga". La Corte costituzionale tenta il 'dialogo' nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controllimiti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 marzo 2017; VIGANO, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 marzo 2017; KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controllimiti' e scontro tra paradigmi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 marzo 2017; LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio costituzionale*, Fasc. 1/2017, 21 aprile 2017; BERNARDI-CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017. Sia inoltre consentito rinviare al mio LONGO, *Iuxta propria principia. La Corte costituzionale tra autocomprensione identitaria, dialogo polemico tra corti e un nuovo tipo di decisione monitoria, a partire dall'ordinanza 24 del 2017*, in *Rivista Aic*, 3/2017.

¹¹ Si legge, al punto 6 del *ritenuto in fatto e considerato in diritto* dell'ordinanza n. 24/2017 che «In base all'art. 4, paragrafo 3, del Trattato sull'Unione europea (...) i rapporti tra Unione e Stati membri sono definiti in forza del principio di leale cooperazione, che implica reciproco rispetto e assistenza. Ciò comporta che le parti siano unite nella diversità. Non vi sarebbe rispetto se le ragioni dell'unità pretendessero di cancellare il nucleo stesso dei valori su cui si regge lo Stato membro. E non vi sarebbe neppure se la difesa della diversità eccedesse quel nucleo giungendo ad ostacolare la costruzione del futuro di pace, fondato su valori comuni, di cui parla il preambolo della Carta di Nizza. Il primato del diritto dell'Unione non esprime una mera articolazione tecnica del sistema delle fonti nazionali e sovranazionali. Esso riflette piuttosto il convincimento che l'obiettivo della unità, nell'ambito di un ordinamento che assicura la pace e la giustizia tra le Nazioni, giustifica una rinuncia a spazi di sovranità, persino se definiti da norme costituzionali. Al contempo la legittimazione (art. 11 della Costituzione italiana) e la forza stessa dell'unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 del TUE) nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale

Della presa d'atto di questo discorso identitario, non vi è, nel ragionamento della Corte di giustizia, alcuna traccia; al contrario essa pare ribaltare lo stesso senso di tali argomentazioni. Nell'ottica del giudice europeo il principio di legalità, inteso secondo le connotazioni attribuitegli dalla Consulta di irretroattività, prevedibilità e determinatezza, deve essere tutelato *non in quanto porzione di una identità giuridica peculiare* (e che secondo tale peculiarità va assunta e rispettata), *bensi in quanto portato delle tradizioni costituzionali comuni*.

Al di là del fatto, francamente piuttosto peculiare, che la Corte di giustizia dichiara come comuni alcuni tratti del principio di legalità per come evidenziati dalla nostra corte interna, ciò che pare maggiormente discutibile è che nella motivazione della sentenza di cui discorriamo non vi sia alcuno sforzo per motivare il ribaltamento di prospettiva rispetto all'ordinanza n. 24/2017: non vi è alcun cenno al problema dei principi fondamentali, della loro connotazione identitaria o della possibilità che essi espletino una funzione di limite all'integrazione europea. Con un atteggiamento che davvero può solo essere di «chi non vuol intendere», la Corte di giustizia, ignora tutto il sostrato problematico sotteso a *quell'equilibrio di unità e differenza* sul quale la Consulta aveva fondato il proprio ragionamento e le proprie conclusioni; al contrario, il giudice europeo porta avanti un ragionamento unilaterale che pare *valorizzare unicamente la polarità unitaria* nella relazione tra insieme e singole parti, quasi che l'identità delle varie culture giuridiche sia un problema tanto vago e lontano da essere addirittura inconoscibile per la giurisprudenza di Lussemburgo. In tutto ciò, tra l'altro, dando per presupposto ciò che fino ad ora era stato semplicemente ignorato: la necessità di salvare il principio di legalità.

3. L'ambigua natura del principio di legalità

E proprio in relazione alla configurazione del principio di legalità, la sentenza Taricco-*bis* lascia non pochi interrogativi in sospeso: in primo luogo pur essendo stata, tardivamente, riconosciuta la possibilità che la violazione del principio di legalità costituisca un limite all'integrazione europea (evitando la disapplicazione delle norme sulla prescrizione), tuttavia i termini di tale limite rimangono alquanto ambigui.

insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE). In caso contrario i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri» (corsivi nostri).

L'ovvia ragione di tale ambiguità è che, nonostante le aperture al diritto italiano, traspare, nella motivazione della sentenza, la permanenza di una concezione che vuole la prescrizione un istituto di natura processuale e quindi estraneo al principio di legalità. Pare piuttosto difficile affermare che all'interno di una simile visione teorica possano essere giustamente valorizzati (almeno secondo gli *standard* della nostra cultura giuridica) quegli elementi di irretroattività e determinatezza che pure la sentenza in esame pare riconoscere come co-essenziali al principio di legalità e che pertanto, nell'ottica dell'ordinamento italiano, dovrebbero ridondare nell'istituto della prescrizione. Uno iato teorico che non poteva non avere delle conseguenze pratiche, come cercherò di spiegare nei prossimi paragrafi.

3.1 Irretroattività

Trattiamo per primo il profilo della irretroattività, sul quale, in effetti è sufficiente spendere poche parole.

La stessa conclusione della sentenza, che accetta la non retroattività della prima decisione Taricco, lascia alquanto perplessi, considerando che tale limite temporale dovrebbe decorrere dalla stessa sentenza, considerata come il *dies a quo* per l'efficacia del punto di diritto in essa stabilito¹²: la disapplicazione dei termini prescrizionali, da parte del giudice italiano, dovrebbe, dunque, avvenire solo per quei fatti avvenuti successivamente alla prima decisione Taricco¹³.

¹² Si legge, al paragrafo 60 della sentenza, che «i requisiti menzionati al punto 58 della presente sentenza ostano a che, in procedimenti relativi a persone accusate di aver commesso reati in materia di IVA prima della pronuncia della sentenza Taricco, il giudice nazionale disapplichì le disposizioni del codice penale in questione. Infatti, la Corte ha già sottolineato, al punto 53 di tale sentenza, che a dette persone potrebbero, a causa della disapplicazione di queste disposizioni, essere inflitte sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggite se le suddette disposizioni fossero state applicate. Tali persone potrebbero quindi essere retroattivamente assoggettate a un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato» (corsivi nostri).

¹³ Sulla sentenza Taricco cfr. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2016; nonché ID., *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione giustizia*, 1/2015; BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirme fuori*, in www.penalecontemporaneo.it; CALVANO, *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, in federalismi.it, *Focus Fonti del diritto*, 1/2016; DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali*, in www.penalecontemporaneo.it; VENEGONI, *Ancora sul caso Taricco: la prescrizione tra il diritto a tutela delle finanze dell'Unione Europea ed il diritto penale nazionale*, in www.penalecontemporaneo.it; nonché ID., *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, ivi; LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale (Riflessioni*

Affermazione questa che non ha mancato di far discutere la dottrina: considerando che la decisione dovrebbe risolversi in un'applicazione dell'art. 325 TFUE, coerenza avrebbe voluto che l'efficacia del principio decorresse dalla data di approvazione del Trattato e non certo da quella della decisione della Corte di giustizia. Come ha notato attenta dottrina, in questa posizione, c'è una sorta di slittamento del concetto di irretroattività «dalla norma alla sentenza» che spezza la naturale correlazione «tra il reato connesso e la legge ad esso applicabile»¹⁴. Questo punto, sebbene chiaramente ispirato a uno spirito pratico di conciliazione rispetto alla decisione della Corte costituzionale, mi pare costituisca un forte elemento di incoerenza all'interno dell'argomentazione del giudice europeo, giungendo a una soluzione che travalica grandemente, a differenza di quanto è stato sostenuto, i limiti di ogni ammissibile (e per certi versi inevitabile) creatività giurisprudenziale¹⁵.

3.2 Determinatezza

Per ciò che attiene al principio di determinatezza della fattispecie l'argomentazione della Corte di giustizia evoca problemi persino maggiori che meritano una trattazione più estesa rispetto al punto precedente.

sulla sentenza Taricco), *ivi*; MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, *ivi*; VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, *ivi*; REPETTO, *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata applicazione dei controlimiti*, in *Rivista AIC*, 2/2016; SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in www.penalecontemporaneo.it; BASSINI, *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, *ivi*; 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*, 2016; GAMBARDELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2016, 1462 ss.; EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10 dicembre 2015; MANACORDA, *Per la Corte di giustizia le frodi gravi in materia di IVA si prescrivono troppo in fretta: note minime a prima lettura della sentenza "Taricco"*, in *Archivio penale*, n. 3/2015; MAZZA, *Scelte politiche "europee" e limiti costituzionali in tema di prescrizione del reato*, in *questa Rivista*, 3/2015, 775 ss.

¹⁴ LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, *cit.*, 113.

¹⁵ Per LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, *cit.*, 113, «l'individuazione del punto di riferimento della retroattività non nella legge, ma in una sentenza che, secondo l'opinione tradizionale sulla natura dell'attività giurisdizionale, si limita a dichiarare il significato della legge, costituisce un chiaro riconoscimento della funzione non meramente cognitiva della giurisprudenza (almeno di quella della Corte europea) ed un elemento utilizzabile dai sostenitori della creatività (sia pure limitata) della stessa».

Com'è noto il principio di diritto stabilito nella decisione in esame afferma che spetti al giudice nazionale verificare se la disapplicazione della norma interna concernente i termini prescrizionali «conduca a una situazione di incertezza nell'ordinamento giuridico italiano quanto al regime della prescrizione applicabile»¹⁶.

Personalmente tale affermazione mi pare una *contradictio in adiecto*: il paragrafo 1 dell'art. 325 TFUE contiene indiscutibilmente una norma di scopo: l'idea di adottare misure che siano «dissuasive e tali da permettere una protezione efficace» contro comportamenti illeciti che siano lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, sconta un indiscutibile *deficit* di definizione, come affermato dalla stessa Corte costituzionale che rileva la mancanza di una normativa che analiticamente predefinisca «casi e condizioni» di tali azioni illegali¹⁷. Né appare immediatamente applicativo il punto stabilito nella precedente sentenza Taricco concernente la necessità di disapplicazione qualora si verificassero «un numero considerevole di casi di frode grave»: entrambi gli elementi di cui si compone quest'affermazione, *l'estensione del numero e la gravità della frode*, necessitano, come è stato evidenziato, di un intervento del legislatore per evitare la polverizzazione della certezza del diritto che inevitabilmente conseguirebbe all'attribuzione ai singoli giudici della potestà di riempire clausole talmente generali.

Non possiamo concordare con quanto espresso da attenta dottrina in relazione al paragrafo 2 dell'art. 325 del TFUE il quale com'è noto contiene il c.d. principio di assimilazione, in forza del quale le misure adottate per combattere le frodi a danno dell'Unione devono essere identiche a quelle utilizzate per combattere le frodi interne¹⁸. In questo caso la norma, a differenza di quella deducibile dal primo paragrafo, sarebbe direttamente applicabile, superando in tale senso l'obiezione circa il difetto di determinazione: si tratterebbe, in concreto, di estendere, alle

¹⁶ Paragrafo 59 della sentenza.

¹⁷ Nell'ordinanza si legge, al punto 5 del *ritenuto in fatto e considerato in diritto*, che «nell'ordinamento italiano, come anche nell'ordinamento europeo, l'attività giurisdizionale è soggetta al governo della legge penale; mentre quest'ultima, viceversa, non può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo al giudice. Non si può allora escludere che la legge nazionale possa e debba essere disapplicata se ciò è prescritto in casi specifici dalla normativa europea. *Non è invece possibile che il diritto dell'Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale e che, in difetto di una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni, quest'ultimo sia tenuto a raggiungerlo con qualunque mezzo rinvenuto nell'ordinamento*». (corsivi nostri).

¹⁸ LUPU, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, cit., 116.

frodi in danno dell'Unione, la portata del sistema prescrizione applicabile in relazione all'art. 291-ter c.p., riguardante l'associazione a delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi che, ricadendo nell'elencazione dell'art. 51, co. 3, c.p.p., prevede termini molto più estesi¹⁹.

Non entro nel merito del diverso regime di applicabilità di questa seconda norma europea rispetto alla prima, se essa cioè abbia realmente natura immediatamente autoapplicativa. Ciò che mi preme sottolineare è che una simile estensione, seppur non in maniera diretta, determinerebbe ugualmente una lesione del principio di determinatezza dei reati, concretizzandosi in una analogia in *malam partem*. E a giustificare una simile operazione ermeneutica non basterebbe l'invocata *primauté* del diritto europeo, poiché permarrebbe la lesione del principio (oramai definito supremo dal giudice delle leggi) di stretta determinazione delle fattispecie penali, anche se certamente in un'accezione più lata (riguardando non l'estensione di una fattispecie punitiva ma dei termini prescrizionali di essa) che però pare essere quella accolta dalla Consulta.

Pertanto non si può affermare che questo sarebbe un «effetto della *primauté* del diritto europeo incommensurabilmente minore della sua prevalenza su una singola norma costituzionale, affermata dalla sentenza Melloni e riconosciuta legittima anche dall'ordinanza n. 24 della Corte cost.»²⁰; giustificare questa tesi attraverso la primazia europea non è sostenibile, in quanto il conflitto continuerebbe a porsi in relazione, non a una norma costituzionale *tout court*, ma nei confronti di un principio supremo dell'ordinamento interno che non può recedere di fronte a tale supposta primazia. D'altra parte, anche il ragionamento appena svolto appare per certi versi superfluo, poiché non mi pare possibile applicare il secondo comma del 325 TFUE senza applicare, in maniera logicamente priore, il primo (così come interpretato dalla Taricco I): infatti, se anche si volesse ammettere la legittimità di questa estensione analogica - *quod sine summo scelere dari nequit* - a nulla varrebbe individuare il regime prescrizione pur nella impossibilità di individuarne i presupposti applicativi, ossia quei *numerosi casi di frode grave*.

Tutto ciò posto, l'ambiguità della decisione sul punto mi pare palese, soprattutto considerando con quanta chiarezza la Corte costituzionale aveva evidenziato che il tasso di vaghezza del principio uscito dalla pri-

¹⁹ LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, cit., 116-117.

²⁰ Cfr. ancora LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, cit., 116.

ma decisione Taricco fosse tale da non poter essere colmato dal giudice comune.

3.3 Due possibili letture

A questo punto si pongono due possibili letture, da parte dei giudici interni, rispetto alla decisione della Corte di giustizia: la prima, a mio avviso *secundum Constitutionem*, porterebbe alla inapplicabilità in Italia di quanto stabilito dalla prima sentenza Taricco, poiché in ogni caso il giudice dovrebbe constatare la lesione del principio di determinatezza. La seconda, a mio avviso *contra Constitutionem*, demanderebbe al giudice, non si sa in base a quali parametri, la possibilità di articolare in maniera più concreta i presupposti in base ai quali disapplicare la normativa interna sulla prescrizione.

Bisogna purtroppo segnalare che ci sono alcune preoccupanti avvisaglie, nella giurisprudenza di legittimità, di quella che potrebbe essere una certa propensione a questa lettura *contra Constitutionem*.

Penso qui a una recente decisione della Cassazione, la n. 12160 del 2017, in realtà precedente alla decisione Taricco-*bis*, ma successiva all'ordinanza 24 della Corte costituzionale, della quale tuttavia sembra trascurare il complesso dell'argomentazione.

Nonostante in concreto questa decisione non arrivi alla disapplicazione degli ordinari termini prescrizionali, nel ragionamento svolto si rinven- gono almeno due punti che lasciano alquanto perplessi: in primo luogo l'affermata possibilità di estendere la disapplicazione dei termini prescrizionali a qualunque fattispecie che, pur difettando del requisito della frode, comunque leda gli interessi dell'Unione andando a incidere sulla riscossione dell'IVA; tra l'altro, argomentando, in maniera piuttosto inquietante, in base a una visione del principio di eguaglianza stravolta in senso punitivo, secondo la quale sarebbe iniquo assoggettare fattispecie, come l'omesso versamento di IVA (tra l'altro riconosciuti nel nostro ordinamento di minor gravità), a un regime prescrizionale inferiore rispetto alle fattispecie fraudolente²¹. Già sotto questo primo profi-

²¹ La Corte di cassazione, al punto 3, afferma che «Ai fini dell'individuazione di tale nozione va anzitutto chiarito che, come già ritenuto da questa Corte successivamente alla rimessione della questione di legittimità costituzionale appena ricordata (Sez. 3, n. 44584 del 07/06/2016, dep. 24/10/2016, Puteo e altri, non massimata), nel concetto di "frode" grave, suscettibile di ledere gli interessi finanziari dell'Unione europea, devono ritenersi incluse, nella prospettiva dell'ordinamento penale italiano, non soltanto le fattispecie che contengono il requisito della frode nella descrizione della norma penale - come nel caso degli artt. 2, 3 e 11 del d.lgs. n. 74 del 2000, ma anche le altre fattispecie che, pur non richiamando espressamente tale con-

lo la Corte di cassazione dimostra, con esiti tutt'altro che condivisibili, di ignorare il monito della Consulta, non solo applicando ma addirittura estendendo la portata di un principio di dubbia costituzionalità, in tal modo ledendo ulteriormente il principio di legalità e incarnando quella figura del "giudice di scopo" (pronto a manipolare il diritto in favore degli interessi dell'Unione) che secondo la Corte costituzionale non deve avere posto nel nostro ordinamento²².

Il secondo profilo del ragionamento che desta perplessità concerne il tentativo di individuare autonomamente criteri per colmare la vaghezza

notato della condotta, siano comunque dirette all'evasione dell'IVA. Da un lato, diversamente opinando, si otterrebbe una irragionevole disparità di trattamento in relazione a condotte comunque poste in essere al medesimo fine illecito, e, dall'altro, proprio nelle operazioni fraudolente più complesse ed articolate e dunque maggiormente insidiose per il bene giuridico tutelato, le singole condotte, pur astrattamente ascrivibili alla tipicità di fattispecie penali prive del requisito espresso della fraudolenza – come quelle di cui agli artt. 5, 8, e 10 ter del d.lgs. 74/2000, rappresentano a ben vedere la modalità truffaldina dell'operazione; sarebbe intrinsecamente irragionevole, dunque, si è affermato sempre nella richiamata decisione, disapplicare le norme viziata da "illegittimità comunitaria", in relazione alle sole fattispecie connotate dal requisito espresso della fraudolenza, e non disapplicarle nelle fattispecie, strettamente connesse sotto il profilo fattuale, ed indispensabili per la configurazione del meccanismo frodatario, non connotate dal medesimo requisito».

²² La Corte costituzionale, al punto 5 del *ritenuto in fatto e considerato in diritto*, come già visto, afferma che «Nell'ordinamento italiano, come anche nell'ordinamento europeo, l'attività giurisdizionale è soggetta al governo della legge penale; *mentre quest'ultima, viceversa, non può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo al giudice*. Non si può allora escludere che la legge nazionale possa e debba essere disapplicata se ciò è prescritto in casi specifici dalla normativa europea. *Non è invece possibile che il diritto dell'Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale e che, in difetto di una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni, quest'ultimo sia tenuto a raggiungerlo con qualunque mezzo rinvenuto nell'ordinamento*». Inoltre, al punto 9, si afferma che «Anche se si dovesse ritenere che la prescrizione ha natura processuale, o che comunque può essere regolata anche da una normativa posteriore alla commissione del reato, ugualmente resterebbe il principio che l'attività del giudice chiamato ad applicarla deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate. In questo principio si coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law*. Essi non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano l'idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire. Il largo consenso diffuso tra gli Stati membri su tale principio cardine della divisione dei poteri induce a ritenere che l'art. 49 della Carta di Nizza abbia identica portata, ai sensi dell'art. 52, paragrafo 4, della medesima Carta. Tuttavia, l'art. 325 del TFUE, pur formulando un obbligo di risultato chiaro e incondizionato, secondo quanto precisato dalla Corte di giustizia, omette di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo. *In questo modo però si potrebbe permettere al potere giudiziario di disfarsi, in linea potenziale, di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato*», corsivi nostri.

della nozione *numerose frodi gravi*²³. La Cassazione svolge qui un ragionamento piuttosto ondivago, da un lato affermando che il dato economico non è di per sé solo sufficiente a definire la gravità della frode, dall'altro però, in conclusione del ragionamento, utilizzando proprio il profilo economico per individuare la presenza (o, nel caso di specie, l'assenza) di tale gravità.

Al di là dell'esito concreto della decisione, tutto il ragionamento ignora quanto stabilito dalla Consulta nell'ordinanza 24 del 2017, vale a dire la necessità di una *interpositio legislatoris* che stabilisca quando una frode (o, nell'ottica della Cassazione, un comportamento sostanzialmente fraudolento) possa definirsi grave. L'atteggiamento del supremo giudice di legittimità ulteriormente testimonia quanto tutta questa vicenda, idealmente improntata al dialogo, sia caratterizzata, invece, da un diffuso difetto di comunicazione, quando non addirittura di sordità.

Tuttavia, quantomeno questo elemento di vaghezza dovrebbe essere risolto dall'emanazione (e dal futuro recepimento) della direttiva n. 2017/1371, citata nella stessa decisione *Taricco-bis*, anche se, come vedremo ora, non senza che questo richiamo ulteriori profili problematici.

4. La Direttiva n. 2017/1371

Come appena detto, la Corte di giustizia, nello svolgere il proprio ragionamento, evoca la Direttiva n. 2017/1371 del 5 luglio 2017, in certo modo affermando che l'eterogeneità del sistema prescizionale italiano potesse essere in certo modo giustificato dalla mancanza di armonizza-

²³ Al punto 3 della decisione la Corte di cassazione afferma che «Tuttavia, proprio per il particolare contesto di quell'ordinanza, pronunciata da questa sezione nell'ambito di un procedimento per una frode che aveva determinato "evasioni fiscali per milioni di Euro", il superamento dell'importo di Euro 50.000,00 non può essere ritenuto di per sé solo idoneo, in mancanza di una precisa determinazione in tal senso da parte del giudice comunitario, a connotare la gravità della frode (...). Sicché, si è aggiunto, il più attendibile parametro oggettivo per la determinazione della gravità della frode nell'ordinamento italiano deve essere in definitiva rappresentato dal complesso dei criteri per la determinazione della gravità del reato contenuti nell'art. 133 c.p., comma 1, che fa riferimento non solo alla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa (n. 2), ma anche alla natura, alla specie, ai mezzi, all'oggetto, al tempo, al luogo e, più in generale, alle modalità dell'azione (n. 1), nonchè all'elemento soggettivo (n. 3). Ne consegue che, ove non si sia in presenza di un danno già di rilevantissima gravità, quali quelli oggetto dei procedimenti in cui sono state pronunciate le sopra richiamate ordinanze di questa sezione, per milioni di Euro, appaiono necessari, per connotare la gravità, ulteriori elementi, quali in particolare l'organizzazione posta in essere, la partecipazione di più soggetti al fatto, l'utilizzazione di "cartiere" o società-schermo, l'interposizione di una pluralità di soggetti, l'esistenza di un contesto associativo criminale».

zione della materia; armonizzazione ora intervenuta grazie alla suddetta direttiva²⁴. Quest'affermazione non manca di lasciare perplessi per una serie di ragioni.

In primo luogo in quanto la Corte di Giustizia sembra sviluppare tutto il proprio ragionamento partendo dal presupposto, a mio avviso errato, per cui l'emanazione della direttiva modifichi il regime giuridico relativo alla prescrizione. In altri termini, il riferimento alla "libertà" dello Stato membro di disciplinare l'istituto della prescrizione, nel proprio ordinamento, nell'ambito del diritto penale sostanziale, sembra capovolgersi indirettamente nella necessità che, dal momento dell'entrata in vigore della direttiva richiamata, tale libertà venga meno, richiedendosi, al contrario, un adeguamento a quanto contenuto nella disciplina europea.

In secondo luogo non convince in relazione alla natura (sostanziale o processuale) della prescrizione che, come visto, fonda il profilo teorico della *querelle* tra Corte costituzionale e Corte di giustizia. Se e come la direttiva possa risolvere tale controversia teorica è di per sé problema di non poco momento.

La dottrina si è, in realtà, divisa addirittura su un elemento prodromico, vale a dire se la direttiva si esprima o meno su tale problema. C'è chi ha chiaramente dato una risposta negativa all'interrogativo, affermando che l'atto europeo nulla dica sul punto lasciando così «un ampio margine di apprezzamento agli Stati membri nella fase di recepimento»²⁵. Altra dot-

²⁴ Al paragrafo 44 della sentenza la Corte di Giustizia afferma che «Nella fattispecie, alla data dei fatti di cui al procedimento principale, il regime della prescrizione applicabile ai reati in materia di IVA non era stato oggetto di armonizzazione da parte del legislatore dell'Unione, armonizzazione che è successivamente avvenuta, in modo parziale, solo con l'adozione della direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (GU 2017, L 198, pag. 29)». Sulla direttiva in esame cfr. RONCO, *Frodi 'gravi' e tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea: quali ricadute nell'ordinamento interno alla luce della Direttiva 2017/1371 del 5 luglio 2017?*, in *questa Rivista*; BASILE, *Brevi note sulla nuova direttiva PIF. Luci e ombre del processo di integrazione UE in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it; PARISI, *Chiari e scuri nella direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, n. 9.

²⁵ RONCO, *Frodi 'gravi' e tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea: quali ricadute nell'ordinamento interno alla luce della Direttiva 2017/1371 del 5 luglio 2017?*, cit., 8; per l'Autore «certo è, allo stesso tempo, che la mancata previsione di una 'mobilità' del termine prescrizionale al ricorrere dei presupposti di gravità del reato in danno agli interessi dell'Unione lascerebbe intendere la piena legittimità di quei regimi domestici, quali quello italiano, secondo cui il regime prescrizionale ha portata sostanziale e non processuale. Di conseguenza, un eventuale allungamento dello stesso successivamente alla commissione del reato concretizzerebbe una modificazione in *malam partem* del trattamento riservato all'imputato, censurabile sul pia-

trina ha, invece, letto il paragrafo 1 dell'art. 12 - in forza del quale la prescrizione rappresenta quel periodo «che consenta di condurre le indagini, esercitare l'azione penale, svolgere il processo e prendere la decisione giudiziaria in merito ai reati» - come l'opzione del legislatore europeo per una nozione processuale di prescrizione, fino a concludere che «il recepimento della direttiva europea sembra imporre, pertanto, la previsione della prescrizione come istituto processuale, almeno se riferita ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione»²⁶.

Non mi trovo d'accordo con questa seconda impostazione per almeno due ordini di motivi: in primo luogo il tenore letterale della disposizione mi pare troppo generico per attribuirgli un valore tanto determinante in una questione così complessa e rilevante (sia giuridicamente che politicamente). In secondo luogo, pur ammettendo che sia possibile trarre da tale formulazione letterale una scelta circa la natura processuale della prescrizione, non vedo come questo possa risolvere il contrasto per come evidenziato dalla Corte costituzionale. Ancora una volta ricordo che il giudice delle leggi ha legato la natura sostanziale della prescrizione al principio di legalità, definito principio supremo e controlimito alla primazia dell'Unione nel nostro Stato; tale controlimito deve valere (e prevalere), ovviamente, nei confronti di qualunque atto europeo, sia esso una decisione della Corte di Giustizia, sia esso un atto normativo. Se veramente si volesse attribuire alla direttiva questa *intenzione permutativa* nei confronti della natura della prescrizione, bisognerebbe allora concludere che essa viola il principio di legalità per come definito nel nostro ordinamento e, pertanto, verrebbe nuovamente evocato il problema dell'attivazione dei controlimiti.

Se la Direttiva non risolve la questione teorica, non mi pare faccia altrettanto nemmeno per ciò che attiene alle questioni pratiche. In primo luogo i termini prescrizionali minimi previsti in essa sono assai più bassi di quelli presenti nell'ordinamento italiano²⁷; in secondo luogo, pur fa-

no costituzionale».

²⁶ LUPU, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, cit., 118.

²⁷ L' art. 12, rubricato "Termini di prescrizione per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione" prevede: «1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie a prevedere un termine di prescrizione che consenta di condurre le indagini, esercitare l'azione penale, svolgere il processo e prendere la decisione giudiziaria in merito ai reati di cui agli articoli 3, 4 e 5 entro un congruo lasso di tempo successivamente alla commissione di tali reati, al fine di contrastare tali reati efficacemente. 2. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per permettere che le indagini, l'azione penale, il processo e la decisione giudiziaria per i reati di cui agli articoli 3, 4 e

cendosi riferimento alla possibilità di interrompere o sospendere la prescrizione, nulla si chiarisce «sugli effetti della causa interruttiva, che è il punto centrale delle questioni poste dalla "saga Taricco"»²⁸.

Elemento proficuo per risolvere parte dei problemi di cui si discute è che la Direttiva definisce finalmente il concetto di frode grave, fissando una soglia minima presuntiva il cui valore è di 10.000.000,00 di Euro²⁹. Questa nozione è, indiscutibilmente, abbastanza chiara per trovare applicazione diretta, anche nelle more dell'attuazione della direttiva, attraverso un'opera di interpretazione conforme da parte dei giudici comuni.

5. Dialogo e sistemi

Jürgen Habermas è certamente uno dei filosofi più influenti della nostra epoca. Le sue tesi sono spesso viste come l'estrema difesa della modernità: tutta la sua produzione sull'agire comunicativo appare come l'ultima speranza del moderno concetto di razionalità pratica, della possibilità di disegnare un'etica e un diritto costruito intorno ai condivisibili assunti della *ratio* e non dai cupi impulsi della *voluntas*³⁰: una morale uni-

5 punibili con una pena massima di almeno quattro anni di reclusione, possano intervenire per un periodo di almeno cinque anni dal momento in cui il reato è stato commesso. 3. In deroga al paragrafo 2, gli Stati membri possono fissare un termine di prescrizione più breve di cinque anni, ma non inferiore a tre anni, purché prevedano che tale termine possa essere interrotto o sospeso in caso di determinati atti. 4. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché: a) una pena superiore ad un anno di reclusione, o in alternativa, b) una pena detentiva, in caso di reato punibile con una pena massima di almeno quattro anni di reclusione, irrogata a seguito di condanna definitiva per uno dei reati di cui agli articoli 3, 4 o 5, possa essere eseguita per almeno cinque anni dalla data della condanna definitiva. Tale periodo può includere proroghe del termine di prescrizione derivanti da interruzione o da sospensione».

²⁸ LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, cit., 118.

²⁹ RONCO, *Frodi 'gravi' e tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea: quali ricadute nell'ordinamento interno alla luce della Direttiva 2017/1371 del 5 luglio 2017?*, cit., 3, sostiene che l'elemento di maggiore novità della Direttiva sia rappresentato dall'individuazione della nozione di frode IVA 'grave', caratterizzata dalla frode e dalla transnazionalità della condotta, da un lato, e dalla soglia quantitativa, 10.000.000,00 di euro, in presenza della quale può presumersi che la frode IVA sia grave. Per l'Autore si tratta di «profili estremamente rilevanti che, per la prima volta, offrono all'interprete la possibilità di comprendere e 'sistematizzare' quale sia la portata degli obblighi imposti agli Stati membri nel quadro dell'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE, contribuendo, così, a definire in maniera precisa i casi in cui ricorre una frode grave che lede gli interessi finanziari dell'Unione».

³⁰ Si veda in particolare modo HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, edizione italiana a cura di G.E. Rusconi, II Vol., Bologna, 1986 (1981), dove il filosofo tedesco si confronta con le diverse teorie della razionalizzazione (da Max Weber ad Adorno) e con una critica della ragione funzionalista, passando per Mead, Durkheim e Talcott Parsons; quindi ID., *Fatti e norme*.

versale fondamento di un diritto giusto e a sua volta fondata su un dialogo che si svolge tra partecipanti egualmente razionali, egualmente informati e, soprattutto, egualmente pronti a farsi convincere dalle reciproche argomentazioni ove queste fossero altrettanto razionali.

Per molti versi la stessa costruzione dell'Unione europea è stata letta come concretizzazione degli stilemi dell'agire comunicativo (non mi pare casuale che Habermas sia uno degli alfieri di questo progetto istituzionale³¹): il cosiddetto dialogo tra Corti è stato da molti indicato come il luogo di una razionalità apollinea³², dove i progressivi apprendimenti di giudici illuminati – visti come altrettanti partecipanti razionali a una comunicazione virtuosa depurata di ogni torsione prevaricatrice – avrebbero potuto condurre ad una armonizzazione delle diversità giuridiche dei singoli Stati. Si è così immaginato che i giudici europei potessero dar vita a quella «società aperta degli interpreti della costituzione» (o delle costituzioni), sempre vagheggiata da Peter Häberle, altro Autore filoeuropeista al quale non è mai mancata una rilevante porzione di spiccato ottimismo³³.

La vicenda Taricco dal suo principio fino ai suoi più recenti sviluppi, appare, almeno a chi scrive, *il fallimento di questi postulati e addirittura il loro completo rovesciamento*, la rappresentazione di un dramma postmoderno dell'incomunicabilità, nel quale *i vari attori sembrano parlare lingue reciprocamente incomprensibili con esiti intuitivamente parossistici*.

Contributo a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia, trad. it. di L. Ceppa, Milano, 1996 (1992), nel quale si confronta con l'indeterminatezza del diritto e la razionalità della giurisdizione, anche costituzionale, a fronte di una politica deliberativa intesa come concetto procedurale di democrazia.

³¹ A questo proposito si ricorda la polemica che nel corso degli anni Novanta del Novecento vide confrontarsi su opposti schieramenti: HABERMAS, *Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm* e GRIMM, *Una costituzione per l'Europa?*, ambedue raccolti in italiano in ZAGREBELSKY, PORTINARO, LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996, 339-375: ma nel tempo Habermas si è continuamente pronunciato in favore del processo di integrazione continentale, anche a partire dal celebre scritto in compagnia del filosofo francese Jacques DERRIDA, *February 15, or What Binds Europeans Together: A Plea for a Common Foreign Policy, Beginning in the Core of Europe*, pubblicato in *Constellations. An International Journal of Critical and Democratic Theory*, nel settembre 2003, ma anticipato su molti quotidiani internazionali nei mesi precedenti.

³² Nel dibattito italiano ricostruisce, tra gli altri, l'evoluzione del dialogo tra le Corti nel contesto euro-unitario DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010. Proprio su questo caso si veda il recente volume *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, BERNARDICUPELLI (a cura di), cit.

³³ HÄBERLE, *Der Verfassungsstaat*, trad. it., *Lo Stato costituzionale*, Roma, 2005, 143 ss.

Il sistema dei "giudici europei", se dovessimo assoggettarlo ad una visione teorica, sembra in realtà più rispondente agli assiomi del funzionalismo luhmanniano, dove i singoli sistemi sociali si costruiscono e vivono in maniera autopoietica, incapaci di comunicare reciprocamente a causa della loro completa chiusura strutturale e logica³⁴.

Piegando questa complessa tesi a fini meramente descrittivi, si ottiene *un quadro della giurisprudenza europea frantumata in poli di giudizio incapaci di un dialogo coerente* e, addirittura, di semplice ascolto: ciascun singolo parlante sembra titolare di una propria visione istituzionale e prima ancora di propri stilemi linguistici che però non sono condivisi da coloro che con lui dovrebbero dialogicamente interagire. Così contenuti giuridici di massima importanza (quali principi supremi e tradizioni comuni), invece di vivere un processo virtuoso di avvicinamento dei reciproci significati e di costruzione di un unico sistema quanto più coerente possibile, paiono fluttuare in una *risacca caotica*, il cui senso ultimo appare destinato a una sempre minore intellegibilità.

³⁴ Del sociologo tedesco, riguardo l'analisi giuridica, si ricordano in particolare i classici LUHMANN, *Sociologia del diritto*, Roma-Bari, 1978 (1972), ID., *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, 1990 (1978), ID., *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, a cura di A. Febbrajo, Milano, 1995 (1983).