

TEMI D'ATTUALITÀ

MATTIA DI FLORIO

Sul rinvio pregiudiziale alla C.G.U.E. operato dalla Corte costituzionale: un commento “a caldo”

SOMMARIO: 1. Uno sguardo d'insieme all'Ordinanza di rinvio pregiudiziale della Consulta. - 2. Brevi considerazioni sull'art. 325 TFUE. - 3. La regola tratta ex art. 325 TFUE dalla sentenza ed i noti problematici col principio di legalità: a) sul piano della prevedibilità. - 4. (segue): b) sul piano della riserva di legge e della determinatezza. - 5. Conclusioni.

1. Uno sguardo d'insieme all'Ordinanza di rinvio pregiudiziale della Consulta
L'attesa è destinata a prolungarsi: la Corte costituzionale a fronte dei gravi problemi di costituzionalità posti dalla notissima sentenza Taricco¹, opera un rinvio pregiudiziale alla CGUE², perché chiarisca il senso della sua precedente sentenza, e ponga fine - nel senso auspicato dalla Consulta - all'estrema incertezza in cui, attualmente, versano gli operatori del diritto³, come evidenziato dagli stessi giudici *a quo*⁴. Un'incertezza, causata, appunto, dalla sentenza Taricco, che appare minare il principio di legalità, *sub specie* di prevedibilità, riserva assoluta di legge, determinatezza (ex art. 25, c. 2, Cost.).

Alla base di questo diffuso disorientamento, che appare trasparire anche dall'ordinanza della Consulta, sussiste, in particolare, la regola tratta dai Giu-

¹ Corte Giust. EU, 8 settembre 2015, Taricco c. Italia, in causa C-105/14, in www.curia.europa.eu. Tra i numerosi commenti apparsi all'ormai celebre sentenza “Taricco” sulle principali riviste giuridiche, v. MANNA, *Il difficile dialogo fra Corti Europee e Corti Nazionali nel diritto penale: analisi di due casi problematici (Taricco e Contrada)*, in questa Rivista; NEGRI, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di Giustizia UE, Taricco*, *ivi*.

² Corte cost., n. 24 del 2017, in www.cortecostituzionale.it. Tra i primi commenti, v. CIVELLO, *La Consulta adita sul caso “Taricco”, adisce la Corte di Giustizia: orientamenti e disorientamenti nel c.d. “dialogo fra le corti”*, in questa Rivista online; TAGLIONE, *Brevi considerazioni sull'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017*, *ivi*; CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it; AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in Euroius.it.

³ Sul punto, v. PAONESSA, ZILLETTI *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione Europea: a proposito della sentenza della Corte di Giustizia Taricco*, Pisa, 2016.

⁴ Le q.l.c. (entrambe riunite dalla Corte) ed aventi ad oggetto l'art. 2, l. 2 agosto 2008, n. 130 (legge di ratifica del TFUE), nella parte in cui rende esecutivo l'art. 325 TFUE come interpretato dalla CGUE in causa C-105/14, Taricco sono state sollevate, l'una, per contrasto con l'art. 25, c. 2, Cost. da Corte d'appello di Milano, II sez. pen., ord. 18 settembre 2015, in www.penalecontemporaneo.it, 21 settembre 2015, con nota di VIGANÒ; l'altra, per contrasto non solo con l'art. 25, c. 2, ma anche con gli artt. 3, 11, 27, c. 3, 101, c. 2, Cost., da Cass. Sez. III, 30 marzo 2016, in www.penalecontemporaneo.it, 15 luglio 2016.

dici euro-unitari che imporrebbe, a tutela degli interessi finanziari dell'UE (*ex art. 325 TFUE*), la disapplicazione della disciplina interna dell'interruzione della prescrizione (*ex artt. 160, ult. co. e 161, c. 2, c.p.*), la quale, nel nostro ordinamento, è coperta dal principio di legalità (al pari del reato e della pena).

Una siffatta regola (*ex art. 325 TFUE*) che imporrebbe, appunto, la disapplicazione della predetta disciplina interna della prescrizione nelle ipotesi di "gravi" frodi fiscali in danno dell'UE in un numero considerevole di casi, ancor prima di essere sospetta sul piano della riserva di legge (dove sarebbe rinvenibile la disciplina comunitaria che prescrive i "casi" e le "condizioni" di disapplicazione, a fronte di un obiettivo di risultato?) e di determinatezza (quale sarebbe la sua "corrispondenza" giuridica sul piano empirico?), sarebbe non ragionevolmente prevedibile (a maggior ragione, *ex art. 7 CEDU*), per carenza di una "base legale", dalla persona destinataria di simili conseguenze giuridico-penali.

Ad una prima lettura dell'ordinanza *de quo*, si ha come l'impressione che la Corte intenda ricordare ai giudici di Lussemburgo, ove mai ce ne fosse bisogno, che essa (e non altri) è il guardiano dei principi fondamentali del diritto (penale) nazionale, tra cui rientra, ovviamente, il principio di legalità (*ex art. 25, co. 2, Cost.*), che copre anche la prescrizione (oltre al reato ed alla pena). Esso esprime "un principio supremo dell'ordinamento posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo"⁵, che si fonda sulla determinatezza, nonché sull'irretroattività delle norme incriminatrici, che non possono essere scalfiti neppure da una regola contraria al principio di legalità in materia penale, ancorché tratta dalla C.G.U.E. nella causa Taricco (*arg. ex art. 3, 25 TFUE*).

Anzi, avverte sin da subito la Consulta, quasi a voler porre ordine nell'apparente disordine (*recte*: incertezza) generata negli interpreti dalla sentenza Taricco: "Se l'applicazione dell'art. 325 del TFUE comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale, come ipotizzano i rimettenti, questa Corte avrebbe il dovere di impedirlo"⁶.

La Corte ritiene, dopo aver illustrato gli specifici profili di incompatibilità tra la regola che la sentenza Taricco ha tratto dall'art. 325 TFUE e i principi e i diritti sanciti dalla Costituzione (che verranno ripercorsi nei successivi paragrafi), che, in realtà, i Giudici europolitani non abbiano ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla regola (*ex art. 325 TFUE*), anche

⁵ Corte cost., n. 24 del 2017, cit., 3.

⁶ Corte cost., n. 24 del 2017, cit., 3.

quando essa entri in rotta di collisione con un fondamentale principio dell'ordinamento italiano, rispetto al quale cede anche il primato del diritto comunitario (ex artt. 11 e 117, c. 2, Cost.). Il ragionamento svolto dalla Corte (e condiviso dalla prevalente dottrina)⁷, muove dalla natura sostanziale e non processuale della prescrizione, la quale - come rilevato - è coperta dal principio di legalità⁸, e costituisce tradizione costituzionale irrinunciabile che fa parte del diritto dell'UE (ex art. 6, par. 2, TUE), oltre ad essere ispirata ad un maggior *favor libertatis* (salvaguardato ex art. 53 TFUE), rispetto agli artt. 49 CDFUE e 7 CEDU. Né - osserva la Corte - potrebbe esserci un principio di leale collaborazione tra gli Stati (ex art. 4, par. 3, TUE), se l'unità dell'ordinamento comunitario non fosse fondata sul rispetto delle diversità tra gli Stati membri (ex art. 4, par. 2, TFUE).

Il percorso argomentativo prosegue con la dimostrazione della natura programmatica, e non precettiva dell'art. 325 TFUE, come si ricaverebbe dall'indeterminatezza della base legale della citata disposizione. Al riguardo vengono al pettine una serie di nodi problematici: quali sarebbero le "gravi" frodi fiscali in danno dell'Unione "in un numero considerevole di casi", al cui verificarsi, il giudice dovrebbe disapplicare gli artt. 160, ult. co. e 161, co. 2, c.p.? E come avrebbe potuto una persona ragionevolmente prevedere prima della sentenza Taricco (*a fortiori*, ex art. 7 CEDU), in mancanza di una base puntuale certa, che l'art. 325 TFUE recasse una simile regola? Non è forse la *law in the books* a dover prescrivere i "casi" e le "condizioni" (oltre agli obiettivi), oppure questi possono essere rimessi discrezionalmente alla *law in action*⁹, in evidente violazione del principio di separazione dei poteri (ex art. 25 Cost.)?

La Corte illustrati i profili problematici, resta convinta che i Giudici di Lussemburgo non abbiano inteso affermare nella sentenza Taricco che il giudice nazionale deve applicare la regola (ex art. 325 TFUE) anche quando essa confligge con un principio cardine dell'ordinamento italiano quale è, appunto, il principio di legalità.

In quest'ottica, potrebbe apparire "scontato" quale debba essere il *decisum* della CGUE, investita dalla Consulta del rinvio pregiudiziale, e cioè escludere

⁷ *Ex multis*, v. PAONESSA, ZILLETTI, *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione Europea*, cit.

⁸ Sul principio di stretta legalità ed i suoi rapporti con la giurisprudenza comunitaria, v. da ultimo, MANNA, *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, Pisa, 2016.

⁹ Sulla distinzione tra "legalità *in the book*" (come insegnata nei manuali) e "legalità *in action*" (che si vive nel diritto), v. PALAZZO, *Legalità tra law in the books e law in action*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2016, 4 ss. Con particolare riferimento alla legalità europea, v. ID., *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, 2695 ss.

l'applicazione della regola (*ex art. 325 TFUE*) a tutela degli interessi finanziari dell'UE, quando siffatta disposizione, in mancanza di una base legale determinata, confligga con la disciplina (dell'interruzione della) prescrizione che, nell'ordinamento italiano è soggetta al principio di legalità; e, quindi, chiarire che la sentenza Taricco non abbia inteso imporre al giudice nazionale di disapplicare la normativa nazionale quando ciò confligga con i diritti fondamentali della persona.

Ma l'esito del *decisum* della CGUE, chiamata ad interpretare il diritto comunitario, non solo nell'ottica del diritto penale nazionale, ma a maggior ragione alla luce anche di un diritto penale europeo¹⁰, può dirsi davvero "scontato"?

2. Brevi considerazioni sull'art. 325 TFUE

Come sopra accennato, la Corte costituzionale ritiene, al pari della prevalente dottrina¹¹, che l'art. 325, par. 1 e 2, TFUE sia disposizione programmatica e non precettiva, da cui non sarebbe possibile, per carenza di base legale, ricavare una regola direttamente applicabile a tutela degli interessi finanziari dell'UE; *a fortiori* se detta disposizione "comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale, come ipotizzano i rimettenti, questa Corte avrebbe il dovere di impedirlo"¹².

Ma l'art. 325 TFUE è "necessariamente" disposizione programmatica oppure sussiste qualche margine ermeneutico per cercare di qualificarla come "precettiva"? Il profilo, a ben considerare, non è solo dogmatico, ma presenta notevoli riflessi sul piano prasseologico, poiché siffatta disposizione potrebbe risultare strumentale per fondare una possibile competenza penale "diretta", sia pure accessoria, dell'UE nella materia degli interessi finanziari e, quindi, nella lotta alle frodi comunitarie.

Appare utile precisare, anche alla luce della cornice normativa di riferimento, quale sarebbe il significato di una simile competenza penale "diretta" dell'UE, ancorché in posizione accessoria a quella degli Stati, nella materia degli interessi finanziari (*arg. ex art. 325 TFUE*).

È noto che, allo stato attuale dell'evoluzione dell'ordinamento comunitario, l'UE dispone, in materia penale, di una competenza pur sempre "indiretta", che può distinguersi, dopo l'entrata in vigore del TFUE, in "*autonoma*" (*ex*

¹⁰ Per un esame *funditus* dei rapporti tra Europa e diritto penale, v. PALIERO, VIGANÒ, *Europa e diritto penale*, Milano, 2013.

¹¹ Sul punto, v. *ex multis*, MANNA, *Il difficile dialogo fra Corti Europee e Corti Nazionali nel diritto penale: analisi di due casi problematici (Taricco e Contrada)*, cit.

¹² Corte cost., n. 24 del 2017, cit., 3.

art. 83, par. 1, TFUE) ed “*accessoria*” (ex art. 83, par. 2, TFUE)¹³. Entrambe le citate disposizioni sono, non a caso, collocate sotto il capo IV del TFUE rubricato “Cooperazione giudiziaria in materia penale”, del titolo V “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia”. La competenza penale “indiretta” si traduce, in generale, nella formulazione di direttive contenenti “norme minime” per contrastare la criminalità transnazionale o per armonizzare le legislazioni penali degli Stati membri, destinatari dell’obiettivo di risultato (tracciato, appunto, dalla direttiva).

In questa cornice normativa di riferimento in materia penale non rientra, tuttavia, l’art. 325 TFUE, collocato sotto il capo VI “Lotta contro la frode” del titolo II “Disposizioni finanziarie”. Al di là della diversa collocazione topografica nel TFUE, la disposizione *de quo* pone sullo stesso piano L’UE e gli Stati nell’adozione di “misure” dissuasive ed efficaci contro le frodi lesive degli interessi finanziari di rilevanza comunitaria. Il che costituisce, a ben considerare, “un passo in avanti” rispetto alla previgente formulazione (ex art. 280 TCE) che conteneva una clausola di “salvezza” (oggi abrogata) secondo cui: “Tali misure non riguardano l’applicazione del diritto penale nazionale o l’amministrazione della giustizia degli Stati membri”¹⁴.

L’attuale formulazione dell’art. 325 TFUE, tanto più a seguito dell’eliminazione della predetta clausola di “riserva” potrebbe costituire un argomento, per quanto debole possa apparire alla stessa Corte costituzionale remittente, nonché alla dottrina maggioritaria¹⁵, per ammettere – come sembrerebbe ritenere la sentenza Taricco – la configurabilità di una competenza penale “diretta” dell’UE, con effetti generali (ad es. attraverso regolamenti o direttive *self executing*) o particolari (ad es. tramite decisioni della CGUE), ancorché in posizione accessoria a quella degli Stati, nel settore della lotta alle frodi lesive degli interessi finanziari di rilevanza comunitaria¹⁶.

Certo, la Corte costituzionale nell’ordinanza in commento evidenzia come non le spetta attribuire all’art. 325 TFUE un significato differente (e quindi in termini programmatici) rispetto a quello che potrebbe attribuirvi la CGUE (in

¹³ Sulla distinzione della competenza penale indiretta dell’UE “autonoma” ed “accessoria”, dopo il TFUE, v. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell’Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Europa e diritto penale*, a cura di Paliero, Viganò, Milano, 2013, 69 ss.

¹⁴ Sul punto, v. SALCUNI, *L’europizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano 2011, 116-117.

¹⁵ MANNA, *Il difficile dialogo fra Corti Europee e Corti Nazionali nel diritto penale: analisi di due casi problematici (Taricco e Contrada)*, cit., 7.

¹⁶ In questo senso, v. SALCUNI, *L’europizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano 2011, 116; VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell’Unione in diritto penale nell’area delle frodi*, in www.penalecontemporaneo.it.

termini precettivi); ciò che deve fare la Corte è di verificare se questo significato fosse percepibile (*recte*: prevedibile) dal destinatario delle conseguenze giuridico-penali, nonché in linea con la riserva di legge e con la determinatezza - “nodi” sui quali si tornerà *funditus* in seguito -¹⁷.

A ben considerare, la tesi prevalente in dottrina sulla natura dell'art. 325 TFUE, cui aderisce la stessa Corte costituzionale, sembrerebbe incontrare almeno una difficoltà ermeneutica, vale a dire se la disposizione *de quo* avesse “necessariamente” natura programmatica, alla luce della formulazione di principio volta a sancire solo un obiettivo di politica criminale, come si spiegherebbe, ad esempio, l'eliminazione della citata clausola di “salvezza”?

Si potrebbe ritenere che si tratti di un mero “indizio” che non fa una “prova”, in assenza di altri indici normativi in questa direzione, risiedendo il “nucleo” della competenza penale dell'UE nel predetto art. 83 TFUE. In senso contrario, si potrebbe rilevare che gli interessi finanziari costituiscono un tipico bene di fondamentale rilievo (nel mercato) europeo¹⁸; il che spiegherebbe l'esistenza di altri obblighi di penalizzazione preesistenti, come l'art. 2, par. 1, Convenzione PIF del 1995 che punisce le “gravi” frodi in materia di Iva comunitaria (*ex dir.* 2006/112/CE), ipotesi, quest'ultima, in cui si sono imbattuti i giudici comunitari nella sentenza Taricco.

Al di là di queste brevi considerazioni sulla natura dell'art. 325 TFUE, su cui ovviamente l'ultima parola spetta alla CGUE chiamata a pronunciarsi sull'ordinanza di rinvio pregiudiziale, è d'uopo ora soffermarsi sui nodi problematici che gravitano intorno al principio di legalità, come delineati dalla Corte costituzionale nell'ordinanza *de quo*.

3. La regola tratta ex art. 325 TFUE dalla sentenza ed i noti problematici col principio di legalità: a) sul piano della prevedibilità

Ora, pur a voler ritenere come precettiva (anziché programmatica) la disposizione (*ex art.* 325 TFUE), resta il fatto - rileva la Consulta - che la regola tratta dalla sentenza Taricco, vale a dire la disapplicazione della disciplina interna dell'interruzione della prescrizione, se in contrasto con la tutela degli interessi finanziari dell'UE, non era “prevedibile” dalla persona destinataria delle conseguenze giuridico-penali (*arg. ex art.* 25, c. 2, Cost.)¹⁹.

¹⁷ Corte cost., n. 24 del 2017, cit., 4.

¹⁸ Sul punto, v. SALCUNI, *L'uropeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, cit., p. 33.

¹⁹ Con particolare riferimento al problematico rapporto tra tutela degli interessi finanziari nell'ambito dell'UE *ex art.* 325 TFUE, entro il quale si muove il raggio di azione della CGUE e la tutela dei diritti fondamentali della persona (*ex art.* 25, co. 2, Cost.) di cui è custode la Corte costituzionale, vedi. MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017 (in corso di pubblicazione).

Come “affrontare” questo primo nodo problematico? Ovviamente la Corte solleva il problema, in sede di rinvio pregiudiziale alla CGUE, avendo cura di precisare che la *compatibilità* della predetta regola andrebbe vagliata alla luce del fatto che nell’ordinamento italiano (come in quello spagnolo) la prescrizione possiede natura sostanziale; a maggior ragione sarebbe necessario chiedersi se questa regola fosse prevedibile, ammesso e non concesso che possedeva una “base legale” precettiva e non programmatica²⁰, dalla persona destinataria delle conseguenze giuridico-penali (*arg. ex art. 7 CEDU*)²¹.

La Corte costituzionale muove, senz’altro, dalla prevalente tesi sostanziale della prescrizione (più volte ribadita, da ultimo nella richiamata sentenza n. 143/2014)²², per cui anche il tempo entro il quale lo Stato esercita la sua pretesa punitiva (oltre al fatto di reato ed alla pena) ricade sotto le garanzie del principio di legalità. La natura sostanziale della prescrizione – soggiunge la Corte – andrebbe vagliata, in sede di rinvio pregiudiziale, alla luce della *prevedibilità*, come elaborata dalla Corte Edu nell’alveo della legalità convenzionale (*ex art. 7 CEDU*); sempre che la regola tratta *ex art. 325 TFUE* dalla sentenza Taricco possedeva base legale.

Ora, la prevedibilità delle conseguenze giuridico-penali nella legalità europea (*ex art. 7 CEDU*), significa che il diritto giurisprudenziale contribuisce all’opera di chiarificazione di una disposizione ambigua, dovendo astenersi dal chiarire un testo di legge privo di ambiguità, pena il rischio di pregiudicarne la chiarezza²³.

Ne discende che la persona destinataria delle conseguenze giuridico-penali, non potrebbe vedersi allungati i termini di interruzione della prescrizione del reato, a seguito della regola tratta (*ex art. 325 TFUE*) dalla CGUE “Taricco”, e cioè di non applicare gli artt. 160, ult. co e 161, c. 2, c.p., perché questa regola non sarebbe stata comunque *prevedibile ex art. 325 TFUE*, come vigente al momento del fatto di reato.

Potrebbe quindi sottolinearsi che – come implicitamente traspare dal ragionamento della Corte costituzionale²⁴ – la CGUE “Taricco” avrebbe, suo mal-

²⁰ Su quest’ultimo punto si rinvia alle considerazioni svolte *supra*, par. 2.

²¹ Corte cost., n. 24 del 2017, cit., 4. Sul rilievo della prevedibilità, come elaborata dalla giurisprudenza della Corte EDU nell’alveo della legalità convenzionale (*ex art. 7 CEDU*), e sulle “ricadute” interne v. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, 2695 ss.; cfr. MANNA, *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, cit.

²² Corte cost., n. 24 del 2017, cit., 3. In dottrina, cfr. per tutti GIUNTA, MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003.

²³ PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, cit., 2698.

²⁴ Corte cost., n. 24 del 2017, cit., 4.

grado, finito col rendere ambigua una disposizione che tale non era al momento della commissione del reato, qual è l'art. 325 TFUE, arricchendola di due condizioni, vale a dire la non applicazione degli artt. 160, ult. co. e 161, c. 2, c.p., a fronte di frodi "gravi" (prima condizione) ed "in un numero considerevole di casi" (seconda condizione).

In tal modo, la CGUE "Taricco" avrebbe, tuttavia, trascurato - proseguendo nell'argomentazione della Corte costituzionale - che l'art. 325 TFUE si limiterebbe a formulare, in via di principio, un obiettivo di politica criminale, per l'UE e gli Stati membri, qual è la lotta alle frodi comunitarie.

A fronte dell'argomentazione della Corte costituzionale il nodo problematico della "prevedibilità" della regola tratta *ex art.* 325 TFUE dalla sentenza "Taricco" si rivela - a sommosso avviso dello scrivente - di non scontata risoluzione da parte della CGUE investita del rinvio pregiudiziale.

Ciò in quanto, pur a voler tacere, sul piano del diritto nazionale, le proposte di riforma, in chiave *de iure condendo*, volte a "ripensare" l'istituto della prescrizione²⁵, non va, tuttavia, dimenticata, sul piano del diritto comunitario la diversa prospettiva (processuale) che la prescrizione assume sul piano della tutela degli interessi finanziari dell'UE²⁶.

Questa considerazione apre un nuovo scenario, che sembra condurre ad una "struttura giuridica", le cui pareti scoscese rischiano di precipitare a strapiombo nel "vuoto": un "paesaggio" che, più di ogni altro, inquieta, per così dire, la Corte costituzionale e che attiene al rapporto tra la tutela degli interessi finanziari e le garanzie di riserva di legge e determinatezza.

Ammesso pure - sembra domandarsi la Corte - che l'art. 325 TFUE costituisca una base legale e che nell'ottica del diritto comunitario fosse prevedibile una disapplicazione della disciplina interna dell'interruzione della prescrizione, idonea a garantire gli interessi finanziari di rilevanza comunitaria, fino a che punto possono essere compressi i diritti fondamentali della persona consacrati nel principio di legalità, e dei suoi corollari di riserva di legge e tassatività?

La Corte costituzionale, nel sollevare il rinvio pregiudiziale alla CGUE, ritiene che, in realtà, alla base del "caos" generato nel diritto penale dalla sentenza Taricco, sussisterebbe un fraintendimento, e cioè che i giudici di Lussemburgo non volevano certo sostenere che il giudice nazionale deve applicare la regola tratta (*ex art.* 325 TFUE) anche quando ciò confligga con un principio

²⁵ Su cui v. *ex multis*, MACCHIA, *Le proposte della commissione Gratteri in tema di prescrizione: alcune riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2016, 3105 ss.

²⁶ Sul punto v. VENEGONI, *Ancora sul caso Taricco: la prescrizione tra il diritto a tutela delle finanze dell'Unione e il diritto penale nazionale*, in www.penalecontemporaneo.it.

cardine (un “controlimite”) dell’ordinamento italiano²⁷.

Nell’ipotesi “per assurdo” che così non fosse – sembra quasi voler alludere la Consulta – non rimarrebbe altra via che accogliere la q.l.c. dei giudici *a quo*, ed azionare, eccezionalmente, i controlimiti dell’ordinamento interno, che tuttavia ha indotto la Corte a non menzionare neppure questa remota, ed estrema, possibilità²⁸.

4. (segue): b) sul piano della riserva di legge e della determinatezza

In attesa della decisione della CGUE sul rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale, proviamo ad “affrontare” *funditus*, alla luce anche dell’ordinanza *de quo*, il nodo problematico di speciale complessità che attiene alla compatibilità della regola tratta dalla sentenza Taricco (*ex art.* 325 TFUE) col principio di legalità nazionale – che copre, appunto, la prescrizione – e dei suoi corollari di riserva di legge e di determinatezza.

Come evidenzia la Corte nell’ordinanza, occorre interrogarsi se “il tempo necessario per la prescrizione di un reato e le operazioni giuridiche da compiersi per calcolarlo devono essere il frutto dell’applicazione, da parte del giudice penale, di regole legali sufficientemente determinate. In caso contrario, il contenuto di queste regole sarebbe deciso da un tribunale, caso per caso, cosa che è senza dubbio vietata dal principio di separazione dei poteri di cui l’art. 25, secondo co., Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale [...]. 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”²⁹.

Ci si potrebbe chiedere, in via preliminare, se l’“incalzante” argomentare della Corte non sia, per così dire, un “riflesso” della preoccupazione degli Stati membri, a fronte della “politica penale giudiziaria europea”, costituente segno

²⁷ Corte cost., n. 24 del 2017, cit., 4.

²⁸ Teoria elaborata – come noto – dalla Corte cost., n. 183 del 1973, in *www.giurcost.org*, dove per “controlimiti” alle limitazioni di sovranità nazionali (*ex art.* 11 Cost.) si intendono “i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale ed i diritti inalienabili della persona umana”; cfr. Corte cost., n. 170 del 1984, in *www.giurcost.org*. Per uno sguardo anche all’elaborazione dei “controlimiti” della Corte Costituzionale tedesca, v. MANNA, *Il difficile dialogo fra Corti Europee e Corti Nazionali nel diritto penale*, cit., 7. Più di recente, v. *funditus*, BERNARDI, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017

²⁹ Corte cost., n. 24 del 2017, cit., 4.

di una “trasfigurazione della riserva di legge”³⁰, con conseguente perdita delle “leve della repressione penale all’interno del loro territorio nazionale”³¹.

Questa percezione si accresce laddove la Corte non esita a ricondurre il regime legale della prescrizione (oggetto del principio di legalità, *ex art. 25, c. 2, Cost.*) nell’ambito delle tradizioni costituzionali comuni incorporate nel diritto dell’UE (*ex art. 6, par. 3, TUE*) che risultano, per l’imputato, di maggior favore rispetto all’art. 49 CDFUE e all’art. 7 CEDU³².

In ultima analisi, ciò significa – precisa la Corte – che la soggezione della prescrizione al principio di legalità penale (*ex art. 25, co. 2, Cost.*) costituisce una “qualificazione esterna” rispetto all’art. 325 TFUE che è il frutto di una scelta discrezionale del legislatore italiano e che costituisce un livello di protezione dei diritti della persona più elevato di quello concesso agli imputati *ex artt. 49 CDFUE e 7 CEDU* e che deve ritenersi salvaguardato *ex art. 53 CDFUE*, senza che ciò comporti la messa in discussione del primato dell’UE (*ex artt. 11 e 117, c. 2, Cost.*)³³.

Ed è proprio questa presenza di un impedimento esterno di ordine costituzionale (*ex art. 25, co. 2, Cost.*) rispetto all’applicazione della regola tratta dalla sentenza Taricco, a distinguere il caso *de quo* dal caso Melloni³⁴, in cui la CGUE ha escluso che le previsioni costituzionali di uno Stato potessero aggiungere ulteriori condizioni (*ex art. 53 CDFUE*) all’esecuzione di un mandato d’arresto rispetto a quelle pattuite. In questo secondo caso – precisa la Corte – una soluzione opposta avrebbe “eroso” la portata applicativa della Decisione quadro del 26 febbraio, n. 2009/299/GAI, che rafforza l’applicazione del reciproco riconoscimento delle decisioni rese in assenza dell’imputato il

³⁰ SALCUNI, *Cultura penale e spirito europeo. Culture penalistiche a confronto: diritto penale nazionale vs diritto penale europeo*, in *questa Rivista*, 2011, 46, “Vi è inoltre una politica penale giudiziaria europea che, in forza del principio di leale collaborazione o di fedeltà all’Unione (art. 4 T.U.E.) e del primato del diritto europeo sul diritto interno, ha stabilito un legame, sempre più stretto, con la magistratura nazionale, chiedendo a quest’ultima di disapplicare, in bonam ed in malam partem, la norma penale contrastante col diritto dell’UE. L’interpretazione teleologica a sfondo europeo, e così pure la soluzione di una questione di legittimità costituzionale sulla scorta di parametri europei predefiniti (direttive e/o interpretazioni del diritto ad opera della CGUE) sono segni di una trasfigurazione della riserva di legge”

³¹ KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1204.

³² Corte cost., n. 24 del 2017, cit., 3.

³³ Corte cost., n. 24 del 2017, cit., 6.

³⁴ Con particolare riferimento alla sentenza Corte Giust. UE, Grand. Sez., 26 febbraio 2013, Melloni, in causa C-399/11, v. RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell’Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare “sistema” (nota minima a Corte giust., Grande Sez., 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, Melloni c. Ministero Fiscal)*, in www.diritticomparati.it, la quale evidenzia come detta sentenza fornisca una lettura “integrativa, meglio correttiva dell’art. 53 CDFUE”.

ricorso, nonché inferto un colpo “mortale” all’unità del diritto dell’UE³⁵.

Questo punto è assai delicato perché la Consulta non ignora, ovviamente, che il diritto dell’UE attribuisce alla prescrizione natura processuale, con applicazione della regola del *tempus regit actum* (ex art. 11, disp. prel.); tanto è vero che la Corte sottolinea 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*”³⁶.

L’argomento della natura sostanziale della prescrizione da far transitare sotto il principio di legalità nazionale, e quindi, nell’alveo delle tradizioni costituzionali comuni (ex art. 6, par. 3, TUE), potrebbe – come sa bene la Corte – non essere ritenuto un argomento “solido” dalla CGUE investita del rinvio pregiudiziale, per l’elementare considerazione che nell’Europa continentale, ad eccezione dell’Italia e della Spagna, sono molti i Paesi – come ad es. la vicina Francia – in cui la prescrizione ha natura esclusivamente processuale³⁷.

Se la politica penale giudiziaria europea mira ad un’omogenea tutela degli interessi finanziari dell’UE, giusta il principio di leale cooperazione degli Stati (ex art. 4, par. 3, TUE), *a fortiori* la CGUE, destinataria del rinvio pregiudiziale, potrebbe non ritenere “insormontabile” il rilievo della natura sostanziale (e non processuale) della prescrizione nell’ordinamento italiano³⁸.

Ed allora, la Corte pone l’accento sulla “specificità” degli Stati membri di *civil law*, come l’Italia, in cui il giudice è soggetto alla legge che deve essere, a sua volta determinata (ex art. 25, c. 2, Cost.); da ciò discende il ripudio dell’idea che giudici penali, a fronte di un obiettivo legalmente predefinito (come, ad esempio, la regola-scopo ex art. 325 TFUE), possano creare un regime legale,

³⁵ Corte cost., n. 24 del 2017, cit., 6.

³⁶ Corte cost., n. 22 del 2017, cit., 7.

³⁷ Sul punto, v. CASSANO, *Complessità degli ordinamenti e intervento giudiziario*, cit., 148, la quale, in relazione all’esperienza francese, osserva che “In Francia la prescrizione ha natura esclusivamente processuale, tant’è vero che la *prescription de l’action publique* è disciplinata nel codice di rito [...]. Non è fissato un tetto massimo di prolungamento dei termini di prescrizione in presenza di una pluralità di atti interruttivi e, pertanto, esiste una sorta di regime di imprescrittibilità dell’azione per tutti i reati”.

³⁸ Per uno studio *funditus* delle ricadute nell’ordinamento interno della sentenza Taricco, con particolare riguardo alla prescrizione nel sistema dei reati tributari, v. AGOSTINI, *la prescrizione nel sistema dei reati tributari*, in *Diritto penale dell’economia*, I, a cura di Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, Milano-fiori Assago, 2017, 1183 ss.; cfr. FALCINELLI, *La prescrizione e il coraggio dell’interpretazione. Punire il colpevole del reato, tra discrezionalità giudiziale e necessità di sistema*, in *questa Rivista*, 3, 2016.

senza che la legge (nazionale) specifichi i mezzi ed i limiti³⁹.

Qui si apre, a ben considerare, un problema che anche se non riguarda i rapporti tra il diritto nazionale ed il diritto comunitario, ma squisitamente il diritto penale, non può essere sottovalutato per una migliore comprensione della cornice in cui si inserisce l'ordinanza *de quo*.

Il problema attiene al fatto che lo stesso principio di legalità in ambito penalistico - come si osserva in dottrina - appare "campo di tensioni" tra le "ragioni" della magistratura (ispirate a finalità di repressione dei crimini) e le "ragioni" portate dall'avvocatura (ispirate a finalità di garanzia del reo), e per quello che maggiormente rileva in questa sede, "la riserva di legge e il tendenziale monopolio legislativo nella produzione del diritto penale si sono attenuati [...] in ragione della generalizzata crisi della democrazia parlamentare-rappresentativa e del crescente ruolo assunto dall'esecutivo"⁴⁰.

Ciò starebbe a significare che il principio di legalità penale vive oggi, nel nostro ordinamento, una sorte di "transizione di fase" - per mutuare un linguaggio appartenente alla fisica - e cioè un passaggio da uno "stato", quello tradizionale, fondato su di una democrazia parlamentare-rappresentativa "solida", ad un altro stato, quello moderno, fondato su di una democrazia parlamentare-rappresentativa "liquida", specchio la politica al tempo dell'esecutivo⁴¹.

A fronte della "crisi" della legalità tradizionale, e quindi della riserva di legge, si assiste ad un "rafforzamento" della legalità-prevedibilità europea (*ex art. 7 CEDU*), i cui tratti distintivi sono: "l'estensione" della garanzia al "diritto giurisprudenziale", l'essere un "diritto fondamentale dell'uomo", la sua "giustiziabilità" che la "legalità-determinatezza (e la riserva di legge) non riuscirono a conquistarsi presso la nostra Corte costituzionale"⁴².

Giunti a questo punto, problema di notevole rilievo torna ad essere nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, la legalità-prevedibilità della regola tratta (*ex art. 325 TFUE*) dalla sentenza Taricco, di non applicare gli artt. 160, ult. co., e 161, c. 2, c.p. e delle sue condizioni, vale a dire il concetto di "gravi frodi" all'IVA, nonché il perseguimento di "un considerevole numero" di casi.

Ci sembra, tuttavia, che la "vera" partita si giochi sulla legalità prevedibilità della regola tratta (*ex art. 325 TFUE*), perché non è da escludere *a-priori* che la CGUE possa "azzardare" un'interpretazione "conforme" al diritto comuni-

³⁹ Corte cost., ord. n. 24 del 2017, cit., 7.

⁴⁰ PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, cit., 2697.

⁴¹ L'espressione è stata, di recente, impiegata da ZAGREBELSKY, *La politica al tempo dell'esecutivo*, in www.ricerca.repubblica.it.

⁴² PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, cit., 2698 ss.

tario - considerata l'estrema importanza della tutela degli interessi finanziari - delle due predette condizioni. Laddove, sul versante interno, si è registrato un tentativo di definire le condizioni *de quibus* da parte della Terza Sezione della Cassazione⁴³, all'indomani della sentenza Taricco, prima di cambiare idea, in assenza di un valido appiglio normativo, e sollevare (dopo la Corte d'Appello di Milano) q.l.c.

Un'altra opzione seguita, invece, dalla quarta Sezione di Cassazione è stata quella di escludere l'operatività, nel caso Taricco, degli artt. 160, ult. co. e 161, c. 2, c.p.⁴⁴.

Una eventuale pronuncia della CGUE "conforme" al diritto comunitario potrebbe, per così dire, costituire un esempio di giurisprudenza "creativa" e possedere un vasto eco sul nostro ordinamento - come, ad esempio, per stare ai casi più recenti, la sentenza Contrada⁴⁵, in cui la Corte EDU certifica la natura giurisprudenziale del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, salvo precisare che non fosse prevedibile prima della sentenza Demitry - senza dimenticare le recenti pronunce "creative" della nostra giurisprudenza di legittimità - come, ad esempio, la sentenza Passarelli⁴⁶, che ha di fatto riaffermato la rilevanza penale del falso valutativo, dopo che il legislatore del 2015 l'aveva formalmente abrogato - .

5. Conclusioni

Giunti in conclusione di queste brevi note si potrebbe ritenere che nel caso la CGUE non dovesse dialogare con la Corte costituzionale, potrebbe profilarsi uno "scontro" tra i due ordinamenti, i cui esiti sono, al momento, difficilmente prevedibili.

Appare improbabile che la Corte costituzionale, di fronte al "non dialogo" della CGUE, possa davvero fare applicazione (della teoria) dei controlimiti dell'ordinamento, teoria che, in ogni caso, come rileva attenta ed autorevole dottrina non implica la negazione ma l'armonizzazione di uno spazio unico

⁴³ Cass. Sez. III, 15 settembre 2015, X., in *Giur. It.*, 4, 2016, con nota di ROSSI, *La cassazione disapplica gli artt. 160 e 161 c.p. dopo la sentenza Taricco*; MANNA, *Il difficile dialogo fra Corti Europee e Corti Nazionali nel diritto penale: analisi di due casi problematici (Taricco e Contrada)*, 5.

⁴⁴ Cass. Sez. IV, 25 gennaio 2016, Tormenti ed altro, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di GALLUCCIO, *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale*.

⁴⁵ Sul punto v. MANNA, *Il difficile dialogo fra Corti Europee e Corti Nazionali nel diritto penale: analisi di due casi problematici (Taricco e Contrada)*, cit., 10 ss.

⁴⁶ Sul punto, v. MANNA, *Il nuovo delitto di false comunicazioni sociali (tra law in the books and law in action): cronaca di una discutibile riforma*, in questa *Rivista* online; sia consentito anche il rinvio a DI FLORIO, *Le Sezioni unite penali estendono le false comunicazioni sociali anche alle valutazioni: discesa tra law in the books e law in action*, *ivi*.

europeo con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri⁴⁷.

Può essere utile osservare tuttavia, che un'eventuale applicazione della teoria dei controlimiti rischierebbe, per certi versi, di "isolare" l'esperienza giuridica italiana da tutti gli altri ordinamenti anche di area *civil-law* dell'UE (come la Francia, ad esempio) in cui – come rilevato – la prescrizione possiede natura esclusivamente processuale, e non sembrano porsi le stesse pressanti esigenze di garanzia per il reo sulla certezza della disciplina dell'interruzione della prescrizione. Ed anzi, una "mossa" simile potrebbe essere avvertita come la volontà dello Stato di non cooperare (*ex art. 4, par. 3, TUE*) alla lotta contro le frodi di rilevanza comunitaria, quasi che si trattasse di un tentativo di "chiusura" di fronte all'ingerenza del diritto dell'UE.

Dall'altra parte, la Corte lascia comunque intendere che la q.l.c. non sarà accolta (solo) nel caso che la CGUE, destinataria del rinvio, "dialoghi", per così dire, nel senso auspicato dalla Consulta. Il che potrebbe, addirittura, far pensare che la Corte, di fronte al mancato *revirement* della CGUE, non esiterebbe ad azionare i "controlimiti": ciò aprirebbe, tuttavia, uno scenario singolare, i cui effetti sui rapporti tra i due ordinamenti sarebbero imprevedibili. Anzi, in quel caso non sarebbe più possibile, neppure per metafora, descrivere i rapporti tra i due ordinamenti, *more geometrico*, come un nastro di *Möbius*⁴⁸. Potrebbe, tuttavia, prevalere, una più ragionevole soluzione di "compromesso" da parte della CGUE, in modo da chiarire, nel senso suggerito dalla Consulta, che l'interpretazione degli artt. 49 CDFUE, che possiede lo stesso valore giuridico dei Trattati (*ex art. 6, par. 1, TUE*) e 325 TFUE, non confligge con l'art. 25, c. 2, Cost. Proprio questa disposizione costituzionale, che cristallizza il principio di legalità penale, costituisce un livello di protezione più elevato per i diritti dell'imputato (*ex art. 53 CDFUE*) rispetto allo stesso art. 49 CDFUE, nonché all'art. 7 CEDU, e, nel contempo, riconosce espressamente la riserva di legge in materia penale (escluso, quindi, il *judge made-law*), la determinatezza (il "fatto commesso" deve essere determinato dalla legge e non dal giudice), nonché l'irretroattività della norma incriminatrice (la "legge" deve precedere il "fatto")⁴⁹.

Come osserva, al riguardo, la Corte costituzionale nella parte conclusiva dell'ordinanza, la sentenza Taricco si è limitata ad escludere l'incompatibilità

⁴⁷ Per un corretto ed esaustivo inquadramento della teoria dei controlimiti, v. MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, cit. (in corso di pubblicazione)

⁴⁸ Sul punto sia consentito un rinvio a DI FLORIO, *La sentenza "Taricco" ed il nastro di Möbius. Un "tassello" verso un diritto penale europeo? Spunti di riflessione in vista dell'attesa pronuncia della Corte Costituzionale*, in www.lalegislazionepenale.it.

⁴⁹ Cfr. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia*, cit.

della regola tratta *ex art.* 325 TFUE rispetto all'*art.* 49 CDFUE con riguardo al solo divieto di retroattività, laddove non ha vagliato il profilo della legalità-determinatezza⁵⁰.

Da quanto osservato potrebbe conseguire che la CGUE si sforzi di fornire un'interpretazione "estensiva" dell'*art.* 49 CDFUE, in modo da coordinarlo con l'*art.* 325 TFUE ed evitare la compressione del profilo della legalità-determinatezza dell'*art.* 25, c. 2, Cost., il quale rientra, pur sempre, nell'ambito delle tradizioni costituzionali comuni che fanno parte del diritto dell'UE (*ex art.* 6, par. 3, TUE).

In questo senso, si tratterebbe di una soluzione volta a "valorizzare" le osservazioni conclusive della Consulta sulla "incompletezza" della regola tratta dalla sentenza Taricco, alla luce del principio di legalità-determinatezza (*ex art.* 25, co. 2, Cost.), quale principio generale del diritto dell'UE.

L'"incompletezza" della regola della CGUE "Taricco" si evincerebbe dal fatto di "contemplare" solo l'ipotesi della non incompatibilità col divieto di retroattività - sia pure alla luce della tesi "processuale" della prescrizione - ma non anche (l'ipotesi della non incompatibilità) col profilo della legalità-determinatezza, in mancanza di una disposizione "scritta" che scolpisca il significato delle due supposte condizioni di applicazione della regola, e cioè le frodi "gravi" ed in un "numero considerevole di casi".

Una siffatta soluzione, a ben considerare, sarebbe ispirata proprio a quel principio di leale collaborazione (*ex art.* 4, par. 3, TUE) più volte richiamato dalla Corte costituzionale nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, e che giustifica l'Unità dell'UE, nel rispetto delle differenze e delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.

⁵⁰ Corte cost., n. 24 del 2017, cit., 7.