

## La risposta della Corte costituzionale alla (prima) sentenza *Taricco* tra sillogismi incompiuti e quesiti retorici

di *Antonella Massaro*

**Sommario:** **1.** Un capolavoro di diplomazia eurounitaria che lascia aperto il finale della “saga *Taricco*”. **2. Episodio I – Le origini del male.** La legge *ex Cirielli* e la questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Cuneo. **3. Episodio II – Trappola di cristallo.** La sentenza *Taricco* della Corte di Giustizia. **4. Episodio III – La minaccia fantasma.** La giurisprudenza italiana al cospetto della sentenza *Taricco*. **5. Episodio IV – Vivere o morire.** Le questioni di legittimità costituzionale. **6. Episodio V - Il risveglio (solo parziale) della Forza.** L’ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale: nuovi orizzonti per il principio di determinatezza? **7. Episodio VII - Il ritorno (sui propri passi) o la vendetta? Aspettando *Taricco* 2.**

### 1. Un capolavoro di diplomazia eurounitaria che lascia aperto il finale della “saga *Taricco*”

Dopo più di un anno di trepidante attesa, trascorso tra ipotesi, pronostici, speranze e timori, la Corte costituzionale, con l’ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017, si è pronunciata sulle questioni di legittimità sollevate a seguito dell’ormai famigerata sentenza *Taricco*.

Sembrava che i presupposti affinché il Giudice delle Leggi estraesse dalla roccia la spada dei controlimiti non rappresentassero un’isolata opinione dei giudici *a quibus*<sup>1</sup>: l’impressione era quella per cui il caso *Taricco* avesse oliato gli ingranaggi di quel

---

<sup>1</sup> Per tutti D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 1, p. 236: «difendere l’assetto delle fonti del nostro ordinamento e la soggezione del giudice alla legge – segnatamente in ambito penalistico – non riguarda un piccolo rimasuglio di sovranità statale, ma l’idea stessa di legalità e il rapporto fra legge e giurisdizione. È in gioco la struttura stessa del nostro sistema costituzionale». La reale portata della posta in gioco è stata invece valutata in maniera differente da F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9 maggio 2016, il quale, da una parte, enfatizza il ruolo di “ventata di ossigeno” per il sistema penale italiano svolto dal diritto europeo che non sarebbe né utile né opportuno soffocare attraverso l’attivazione dei controlimiti, e, dall’altra parte, sdrammatizza gli effetti derivanti dalla disapplicazione indicata da Lussemburgo, consistenti nel mero allungamento della lista di reati cui non si applicano i termini massimi di prescrizione. “In difesa della sentenza *Taricco*” doveroso anche il riferimento a L. PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco. Dalla “virtuosa indignazione” al rilancio del diritto penale europeo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 24 ottobre 2016. Per più ampie considerazioni al riguardo e per le necessarie indicazioni bibliografiche C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2016, 3.

congegno, sia pur mai definitivamente messo a punto, progettato a difesa dei principi fondamentali e ormai da decenni collocato nel delicato baricentro dei “rapporti di forza” tra il diritto nazionale e quello eurounitario<sup>2</sup>.

La Corte costituzionale, deludendo quanti ritenevano di poter assistere al capitolo conclusivo della saga *Taricco*, ha invece rimesso la questione in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia, sollecitando un nuovo chiarimento sul significato da attribuire all’art. 325 TFUE, sulla base della sentenza resa in data 8 settembre 2015<sup>3</sup>.

L’ordinanza n. 24 del 2017, se guardata in filigrana, pare rivelare una sorta di ambiguità strutturale, ammantata dal tentativo di risolvere la questione per via “diplomatica”<sup>4</sup>: la Corte mostra i muscoli e le armi, ma senza scendere sul campo di battaglia<sup>5</sup>. Alla convinta (e convincente) perentorietà delle premesse da cui muove la Consulta, in effetti, non pare corrispondere una perentorietà altrettanto decisa (e decisiva) delle conclusioni. L’impressione, altrimenti detto, è quella per cui l’ordinanza assume la veste di un sillogismo incompiuto.

Se la Corte avesse tratto le necessarie conseguenze dai pilastri argomentativi su cui ha fondato la propria pronuncia, l’esito necessario sarebbe stato quello di una sentenza di accoglimento, volta a impedire una disapplicazione evidentemente in contrasto con le affermazioni di principio contenute in premessa. La scelta è stata

---

<sup>2</sup> Di recente, per tutti, A. BERNARDI, *I controlimiti al diritto dell’Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, 2017, pp. VII, ss.

<sup>3</sup> Cfr. R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), p. 7, che, nella ricerca di rimedi alternativi rispetto all’*extrema ratio* della disapplicazione, ipotizzava una reinterpretazione della sentenza *Taricco*, che ne adeguasse il senso all’impostazione fissata dalla Corte costituzionale: l’ordinanza n. 24 del 2017 segue la via dell’interpretazione “conforme”, ma auspicando che sia la Corte europea a fornirla. La soluzione del nuovo rinvio pregiudiziale era stata indicata come quella preferibile da C. AMALFITANO, *Il ruolo dell’art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di Giustizia?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 5 ottobre 2016, § 6.

<sup>4</sup> Il carattere diplomatico della pronuncia è ampiamente evidenziato da M. L. FERRANTE, *L’ordinanza della Corte costituzionale sull’affaire Taricco: una decisione “diplomatica” ma ferma*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 2017, 1, spec. pp. 25 ss.

<sup>5</sup> A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2017, 1, p. 1, lungi dall’individuare nell’ordinanza in questione i segnali di una leale collaborazione nel segno del dialogo, vi ravvisa «un vero e proprio *ultimatum* col quale si chiede al giudice eurounitario di ripensare *ab ovo* il verdetto emesso su *Taricco*, adeguandosi alle indicazioni contenute nella ordinanza di rinvio pregiudiziale». Di «*ultimatum* azzardato» parla anche M. CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 24 febbraio 2017, p. 19. Considerazioni scettiche sulla strada intrapresa dalla Corte costituzionale, specie per i possibili scenari futuri, sono poi espresse da G. CIVELLO, *La Consulta, adita sul caso “Taricco”, adisce la Corte di Giustizia: orientamenti e disorientamenti nel c.d. “dialogo fra le corti”*, in *Arch. pen. web*, 2017, 1, p. 12.

invece quella di proseguire nel “dialogo” con i giudici di Lussemburgo, cercando forse di suggerire le battute per la scrittura di un copione dall’epilogo a lieto fine. Sebbene gli episodi della saga *Taricco* siano ormai ampiamente noti, l’ennesimo riassunto delle puntate precedenti può forse rivelarsi un’operazione non ultronea, almeno se svolta nell’ottica di un più chiaro posizionamento della nuova tessera di un mosaico ancora in corso di composizione.

## **2. Episodio I – Le origini del male. La legge ex Cirielli e la questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Cuneo**

Le causa remota dell’*affaire Taricco* deve essere individuata nella riforma della prescrizione del reato ad opera della legge *ex Cirielli* (n. 251 del 2005) e, in particolare, nell’introduzione del tetto massimo fissato dall’art. 161, secondo comma c.p., secondo il quale dall’interruzione della prescrizione non può in ogni caso derivare l’aumento di più di un quarto del tempo necessario a prescrivere, salvo che si proceda per i reati di cui all’art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p.

La causa prossima è invece rappresentata dall’ordinanza del giudice dell’udienza preliminare di Cuneo<sup>6</sup>, di fronte al quale pendeva un procedimento relativo alla costituzione e all’organizzazione di un’associazione per delinquere finalizzata alla commissione di vari delitti in materia di IVA, che, attraverso un meccanismo di “frodi carosello”, avrebbero consentito l’acquisto di bottiglie di *champagne* in esenzione da IVA e, quindi, a un prezzo inferiore rispetto a quello di mercato. Le fattispecie contestate erano quelle previste dall’art. 416 c.p. (associazione per delinquere) e degli artt. 2 (dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti) e 8 (emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti) del d.lgs. n. 72 del 2000.

Il giudice prendeva atto che, visto il regime dell’interruzione della prescrizione disciplinato dagli artt. 160, ultimo comma e 161 c.p., tutti i reati, ove non ancora prescritti, lo sarebbero stati entro l’8 febbraio 2018, ben prima che si potesse giungere a una sentenza definitiva nei confronti degli imputati: la normativa nazionale avrebbe quindi assicurato una sorta di impunità di fatto per le fattispecie contestate.

Lungi dal costituire una contingenza legata alle peculiarità della vicenda concreta, la criticità in questione, ad avviso del Tribunale di Cuneo, individuerrebbe una disfunzione sistemica dell’ordinamento italiano, posto che «i reati fiscali commessi dagli imputati, così come gli altri reati economici, comportano normalmente indagini molto complesse» e che, prendendo in considerazione tutte le fasi successive del processo, sarebbe pressoché inevitabile l’abbattimento della scure della prescrizione prima che si possa addivenire a una sentenza definitiva: «la durata del procedimento rende quindi l’impunità in Italia non un caso raro ma la norma.

---

<sup>6</sup> Trib. Cuneo, ord. 17 gennaio 2014, GUP Boetti, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 febbraio 2014, con nota di F. ROSSI DAL POZZO, *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di Giustizia?*

Trattasi di un obiettivo facilmente raggiungibile per il quale i difensori degli imputati prodigano grande impegno, cosa avvenuta puntualmente anche nel presente procedimento»<sup>7</sup>.

Ravvisando profili di contrasto con gli artt. 101 TFUE, 107 TFUE, 119 TFUE e 158 direttiva 2006/112/CE, il Tribunale di Cuneo sottopone la questione alla Corte di Giustizia, mettendo chiaramente a fuoco la portata dei possibili esiti della vicenda: «la Corte di Giustizia gode di una grandissima opportunità: quella di attuare una svolta epocale in vista di un'applicazione sempre più efficace del diritto dell'Unione. D'altro canto, trascurare gli effetti di quel breve comma del codice penale equivarrebbe a trascurare la famigerata piccola crepa che fece crollare la diga gigantesca»<sup>8</sup>.

### **3. Episodio II – Trappola di cristallo. La sentenza Taricco della Corte di Giustizia**

La decisione della Corte di Giustizia è tanto cristallina quanto perentoria, lasciando apparentemente ben poche possibilità di manovra al giudice nazionale che si fosse trovato a fare i conti con il suo dispositivo.

<sup>7</sup> Trib. Cuneo, ord. 17 gennaio 2014, GUP Boetti, punto 5.

<sup>8</sup> Trib. Cuneo, ord. 17 gennaio 2014, GUP Boetti, punto 20. Prima dell'affermazione riportata nel testo, il giudice osserva: «al sottoscritto pare che la norma italiana, nel punto in cui consente il decorso della prescrizione durante il processo, dovrebbe essere disapplicata per contrasto col diritto comunitario. Qualcuno potrebbe sostenere che la *ratio* della norma costituisce per l'ordinamento italiano un principio irrinunciabile di garanzia dell'imputato. Non va però dimenticato che le garanzie dell'imputato si basano sulla presunzione d'innocenza ed hanno lo scopo d'impedire che il cittadino sia vessato al di là dei limiti di quanto necessario per l'accertamento dei reati. Nel caso di specie, in un contesto in cui alla giustizia ordinaria vengono assegnate pochissime risorse umane e materiali, con una procedura inutilmente complicata (è stata giustamente paragonata ad una corsa ad ostacoli), la decorrenza della prescrizione durante il procedimento penale diventa soltanto un mezzo di garanzia dell'impunità. Al di là della retorica che potrà essere spesa per difendere una norma iniqua, vi è soltanto l'obiettivo di consentire ai colpevoli di sottrarsi alle conseguenze della propria condotta. Il risultato è di estrema gravità perché ne consegue un allarmante vuoto di tutela, in violazione del diritto comunitario. In sostanza, lo Stato italiano fa prevalere l'interesse all'impunità dei colpevoli rispetto alla piena attuazione della normativa sovranazionale. Non ha alcun senso che la normativa europea tuteli certi diritti se poi in uno Stato dell'Unione è possibile violarli senza alcuna conseguenza. Si potrebbe obiettare che comunque la pena è solo una delle modalità di tutela dei diritti da parte di uno Stato. In realtà, si tratta dalla più efficace delle forme di tutela e, molto spesso, l'unica che rimane.

Infatti, è consueto che il reo (tramite intestazioni fittizie o altre modalità fraudolente) si spogli di tutto il suo patrimonio, privando la parte offesa di qualsiasi possibilità di ottenere anche solo in parte il risarcimento dei danni patiti. Non parliamo poi dell'impossibilità dell'amministrazione finanziaria italiana di recuperare le imposte evase. Disapplicando la norma qui impugnata si potrà garantire anche in Italia l'effettiva applicazione del diritto comunitario. Cesserà automaticamente la mitraglia delle eccezioni meramente dilatorie a cui i magistrati italiani sono ormai tristemente rassegnati. Tali astute manovre, infatti, non impediranno più di accertare le responsabilità degli imputati ed infliggere la meritata pena ai rei».

Attribuendo rilevanza decisiva, quale “norma parametro”, all’art. 325 TFUE la sentenza resa in data 8 settembre 2015 conclude infatti nel modo seguente:

«una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dal combinato disposto dell’articolo 160, ultimo comma, del codice penale, come modificato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, e dell’articolo 161 di tale codice – normativa che prevedeva, all’epoca dei fatti di cui al procedimento principale, che l’atto interruttivo verificatosi nell’ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di imposta sul valore aggiunto comportasse il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale – è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE nell’ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare. Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all’occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE».

A proposito del ruolo svolto nell’ordinamento interno dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, si è efficacemente evidenziato come quel che può vincolare in maniera ineludibile il giudice nazionale sia unicamente il dispositivo della sentenza, non già le argomentazioni svolte nella parte motiva: solo con molta cautela queste ultime potranno vedersi convertite in categoriche formule generali alla stregua delle quali misurare la legittimità delle norme nazionali, anche in considerazione del fatto che si rende necessaria “un’interpretazione dell’interpretazione” offerta dalla Corte EDU e che, quindi, il valore vincolante verrebbe attribuito a «una meta-interpretazione elaborata dagli esegeti della giurisprudenza europea»<sup>9</sup>. Trasferendo le considerazioni in questione sul versante della Corte di Giustizia, non può fare a meno di osservarsi come i dispositivi di Lussemburgo, a differenza di quelli di Strasburgo, si rivelino ben più puntuali e “assertivi”: in questo caso, infatti, non si tratta solo di dichiarare la violazione di una

---

<sup>9</sup> P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, Vol. I, *Struttura e procedimento*, Giappichelli, 2015, p. 327 e . ID., *L’interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Processo penale e giustizia*, 4, 2011, p. 118.

certa disposizione, con la contestuale condanna dello Stato convenuto, ma di chiarire i rapporti tra la norma eurounitaria e quella nazionale, esplicitando altresì le ragioni di un'eventuale antinomia che, se sussistente, non può essere superata per via ermeneutica ma solo attraverso la disapplicazione della norma interna.

Fin da subito la clausola elastica del «numero considerevole di casi di frodi gravi» è stata indicata quale autentico tallone d'Achille di un dispositivo per il resto piuttosto lapidario, in quanto i giudici di Lussemburgo non offrivano alcun parametro “oggettivo” da cui ricavare il superamento della “soglia di gravità”<sup>10</sup>.

Il riferimento al numero considerevole di casi, a dire il vero, non pare richiedere un accertamento da svolgere caso per caso, evocando forse, più semplicemente, il carattere strutturale della difficoltà/impossibilità di pervenire a una sentenza definitiva per certe fattispecie di reati: circostanza alla quale, in effetti, era stato attribuito ampio rilievo nell'ordinanza del Gup di Cuneo<sup>11</sup>.

Il requisito della gravità mostra profili problematici indubbiamente più evidenti: sebbene la Corte europea enfatizzi il nesso diretto sussistente tra la mancata riscossione dell'imposta in questione (senza precisazione alcuna in riferimento all'importo) e la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, il requisito della gravità si trova concettualmente accostato, nel caso di specie, alla commissione del reato di associazione per delinquere e alla circostanza che la frode interessasse «vari milioni di euro»<sup>12</sup>.

L'art. 325, paragrafo 2 TFUE, in ossequio al principio di assimilazione “in senso lato”, impone poi di verificare se le disposizioni nazionali che prevedono un tetto massimo per la prescrizione trovino applicazione anche ai casi di frodi, di natura e gravità comparabili a quelle in materia di IVA, lesive di soli interessi finanziari della Repubblica italiana: la Corte precisa al riguardo che l'ordinamento nazionale non prevede alcun termine assoluto di prescrizione in riferimento all'associazione per delinquere finalizzata alla commissione di delitti in materia di accise sui prodotti del tabacco (art. 291-*quater* d.P.R. n. 43 del 1973) (§ 48).

---

<sup>10</sup> Sulla “elasticità” dei parametri in questione già in sede di primo commento F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 settembre 2015, pp. 7-8.

<sup>11</sup> V. però Cass., Sez. III, 30 marzo 2016, n. 28346, in cui si osserva come se il requisito in questione fosse inteso in astratto, cioè con riferimento all'integralità dei procedimenti pendenti dinanzi alle autorità giudiziarie italiane, lo stesso implicherebbe una prognosi di natura statistica che esula dai limiti cognitivi e valutativi del singolo giudice. Per considerazioni critiche della lettura in questione da parte della Corte costituzionale, *infra*, § 6.

<sup>12</sup> Corte Giust., 8 settembre 2015, C-105/14, § 38: «La Corte ha in proposito sottolineato che, poiché le risorse proprie dell'Unione comprendono in particolare, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della decisione 2007/436, le entrate provenienti dall'applicazione di un'aliquota uniforme agli imponibili IVA armonizzati determinati secondo regole dell'Unione, sussiste quindi 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 nella riscossione del primo determina potenzialmente una riduzione delle seconde (v. sentenza Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 26)».

Quello che risuona chiaramente all'esito delle eterogenee ma puntuali considerazioni della Corte europea è il *diktat* della disapplicazione, la cui eco si perde nella voragine che la stessa avrebbe aperto nell'ordinamento nazionale.

La Corte di Giustizia può permettersi di superare con piana disinvoltura argomentativa la questione relativa al possibile contrasto con le articolazioni della legalità penale, attraverso una (sia pur non esplicita) collocazione delle norme in materia di prescrizione tra quelle di natura processuale e, dunque, al di fuori dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (§§ 55 e ss.). Le garanzie della legalità penale sarebbero al sicuro, in quanto dalla disapplicazione non deriverebbe una condanna per una condotta che, al momento della sua commissione, non era penalmente rilevante né si tratterebbe di applicare pene diverse da quelle previste: i giudici europei muovono quindi da una "nozione minima" di legalità, ma soprattutto considerano come effetti *in malam partem* solo quelli che comportino direttamente una modifica peggiorativa del precetto o della sanzione di una fattispecie incriminatrice, lasciando in balia del *tempus regit actum* le altre vicende relative alla punibilità del soggetto. A conforto di queste premesse si porta anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, secondo la quale l'art. 7 CEDU non sarebbe di ostacolo a un allungamento dei termini di prescrizione, quando i fatti addebitati non siano ancora prescritti.

Il caso *Taricco*, se proiettato su uno scenario sistematico più ampio di quello che ha dato origine alla pronuncia della Corte europea, rappresenta l'ennesima conferma di come l'incerta *actio finium regundorum* tra norme sostanziali e norme processuali individui uno dei più significativi tavoli su cui si gioca la tenuta delle garanzie riassunte dal principio di legalità, tanto sul versante sovranazionale quanto su quello "meramente" nazionale<sup>13</sup>.

Con specifico riferimento alle questioni relative alla natura giuridica delle cause estintive del reato, i tormenti sistematici registratisi al riguardo sono sufficientemente noti. L'opinione tradizionale è quella secondo cui le cause estintive

---

<sup>13</sup> Sul piano dei rapporti con le Corti europee resta emblematica Corte Giust. (grande sezione), 16 giugno 2005, C-105/03 – Pupino, su cui v. le considerazioni critiche di R. CALVANO, *Il Caso Pupino: ovvero dell'alterazione per via giudiziaria dei rapporti tra diritto interno (processuale penale), diritto Ue e diritto comunitario Pupino e Scoppola*, in *www.rivistaaic.it*, 13 febbraio 2006. La questione si era posta, conducendo però a esiti differenti, anche in Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola contro Italia*, 10249/03, per la quale si rinvia a M. GAMBARDILLA, *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 2010, 5, pp. 2020 ss. Quanto alle questioni "meramente" domestiche, le dispute più recenti sono quelle sorte, specie per la risoluzione delle questioni di diritto intertemporale, sulla natura giuridica della sospensione del procedimento con messa alla prova (Corte cost., 7 ottobre 2015, n. 240 ha concluso per la sua dimensione prevalentemente processuale: v. J. DELLA TORRE, *La Consulta nega la retroattività della messa alla prova: una lettura premiale di un rito (prevalentemente) specialpreventivo*, in *Cass. pen.*, 2016, 4, pp. 1488 e ss.) e della particolare tenuità del fatto *ex art. 131-bis c.p.* (sulla cui natura sostanziale, per tutti, *Cass.*, Sez. IV pen., 12 novembre 2015, n. 46992; *Cass.*, Sez. un. pen., 25 febbraio 2016, n. 13681, Tushaj; *Cass.*, Sez. un. pen., 25 febbraio 2016, n. 13682, Coccimiglio; C. F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 5, 517).

non inciderebbero propriamente né sul reato né sulla pena, ma, intervenendo sul rapporto intercorrente tra l'uno e l'altra, interromperebbero il regolare sviluppo della sequenza che della commissione del reato conduce all'applicazione della sanzione: si tratterebbe cioè di cause che estinguono la punibilità, intesa come dover essere della pena quale conseguenza della violazione del precetto penale<sup>14</sup>.

Non si è mancato tuttavia di ritenere che l'effettiva incidenza delle cause estintive andrebbe collocata più propriamente sul piano processuale: le stesse determinerebbero infatti una paralisi del processo penale o, *rectius*, di quegli effetti del reato che possono prodursi solo attraverso il processo. Posto che la non punibilità, come effetto di diritto sostanziale, sarebbe solo il riflesso mediato della "interruzione" del processo, la categoria che meglio riuscirebbe a dar conto del fenomeno estintivo sarebbe quella della improcedibilità. Le cause di estinzione del reato andrebbero quindi qualificate come cause di improcedibilità sopravvenuta, collocandosi su un polo esattamente speculare rispetto a quello delle condizioni di procedibilità: le cause estintive precludono il processo penale con la propria presenza, quelle di procedibilità con la loro assenza<sup>15</sup>.

Pare opportuno precisare che l'alternativa tra natura sostanziale e natura processuale si rivela decisiva nel momento in cui la stessa si traduca anche in un'alternativa sull'applicazione o meno dell'art. 25, secondo comma Cost. Sebbene questa sia l'opinione dominante, non rappresenta la sola strada percorribile. Muovendo infatti dall'idea di una "norma penale reale", composta da regole sostanziali e da regole processuali che si compongono in un tutto unitario<sup>16</sup>, ben si potrebbe ritenere che la natura processuale di una norma non costituisca di per sé ostacolo all'applicazione delle garanzie della legalità penale.

#### **4. Episodio III – La minaccia fantasma. La giurisprudenza italiana al cospetto della sentenza *Taricco***

Le reazioni a fronte della sentenza *Taricco* da parte dei giudici nazionali sono state estremamente eterogenee.

L'esordio della giurisprudenza di legittimità pare quanto mai "minaccioso". Con la sentenza *Pennacchini*<sup>17</sup> la terza sezione della Corte di cassazione procede alla

<sup>14</sup> Cfr. A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, 1998 e G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Giappichelli, 2016.

<sup>15</sup> A. PAGLIARO, *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 472 ss. Sulla natura processuale delle cause estintive anche M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Vol. II, Giappichelli, 2015, pp. 196 ss. Per un'esauritiva rassegna delle principali proposte ricostruttive in materia di cause estintive del reato si rinvia a F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2013, pp. 579 ss.

<sup>16</sup> M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Vol. I, Giappichelli, 2015, p. 15. Di recente anche M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Arch. pen. web*, 2017, 1, p. 15 precisa che «la c.d. norma penale "sostanziale" esiste e rileva solo all'interno del processo penale», richiamando esplicitamente (nota 36) la costruzione dogmatica della norma penale reale.

<sup>17</sup> Cass., Sez. III pen., 17 settembre 2015, n. 2210, *Pennacchini*, in *Arch. pen. web*, 2016, 1, con note di L. BIN, *La prima sentenza "post Taricco" della Cassazione* e di G. CIVELLO, *La*

disapplicazione dei termini di durata massima della prescrizione, peraltro in un caso in cui gli stessi erano già decorsi. Ad avviso della suprema Corte non sussistono sufficienti ragioni per sollevare questione di legittimità costituzionale, dal momento che, indipendentemente dalla disputa («peraltro di natura dogmatica»!) sulla natura sostanziale o processuale della prescrizione, la specifica norma da disapplicare non sarebbe coperta dalla tutela offerta dagli artt. 25 Cost. e 7 CEDU. Sul versante nazionale, i giudici della terza sezione attribuiscono ampio rilievo alla sentenza n. 236 del 2011 della Corte costituzionale, che, pur riguardando la specifica questione relativa al “grado di copertura costituzionale” del principio di retroattività della *lex mitior*, chiosava con l’affermazione per cui «del resto dalla stessa giurisprudenza della Corte europea emerge che l’istituto della prescrizione, indipendentemente dalla natura sostanziale o processuale che gli attribuiscono i diversi ordinamenti nazionali, non forma oggetto della tutela apprestata dall’art. 7 della Convenzione»<sup>18</sup>. Quanto al versante sovranazionale, la circostanza per cui nell’ordinamento europeo la legalità processuale gode di una tutela meno intensa rispetto a quella sostanziale sarebbe ampiamente dimostrata dalla materia del mandato d’arresto europeo (che, non a caso, evoca anche lo spettro della sentenza *Melloni*<sup>19</sup>).

Si precisa altresì che in caso di termine prescrizione già decorso non possa ravvisarsi alcun affidamento meritevole di tutela in capo all’imputato. In riferimento, per contro, ai reati non ancora estinti per prescrizione, *nulla quaestio* nel caso in cui la futura dichiarazione di prescrizione dipenda da una diretta applicazione dell’art. 157 c.p.; qualora, invece, la stessa sia la conseguenza del combinato disposto dell’art. 160, terzo comma e 161, secondo comma c.p., queste norme dovrebbero disapplicarsi, visto che, anche in questo caso, il soggetto non può ritenersi titolare di alcun diritto soggettivo che prevalga sulla pretesa punitiva dello Stato.

In posizione esattamente speculare si colloca la sentenza *Tormenti*, con cui la Corte di legittimità, pur non ritenendo sussistente nel caso di specie il requisito della gravità della frode, ritiene di poter risolvere a monte la questione: a fronte di un reato già estintosi prima della sentenza *Taricco*, sarebbe inaccettabile vanificare la prescrizione per effetto di un’interpretazione sopravvenuta dell’art. 325 TFUE: «non può non ravvisarsi [...] una sorta di “diritto quesito” dell’imputato all’estinzione del reato per il quale fosse già intervenuto il termine di prescrizione, diritto che non

---

prima attuazione della sentenza “*Taricco*” della C.G.U.E.: il principio di legalità nell’epoca del “minimalismo penale” e in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 22 gennaio 2016, con nota di F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della terza sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*.

<sup>18</sup> Corte Cost., 19 luglio 2011, n. 236, punto 15 del *Considerato in diritto*, per il cui inquadramento generale M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, 2013, pp. 78 ss. Critica sulla pertinenza del riferimento in questione C. PAONESSA, “*Lo strano caso Taricco*”, ovvero le garanzie del tempore cedere alla mercé di una eccentrica decisione europea?, in *Criminalia*, 2015, p. 271.

<sup>19</sup> Corte Giust., 26 febbraio 2013, C- 399/11, *Melloni*, su cui, in particolare, S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale “à la carte”?*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 3, pp. 242 ss.

appare pregiudicabile per effetto di una forma atipica di *ius superveniens* come quella introdotta dalla Corte lussemburghese», con la conseguenza per cui l'operatività della sentenza *Taricco* potrà essere valutata solo in riferimento a reati non ancora prescritti alla data della sua pubblicazione<sup>20</sup>.

La sentenza *Puteo*<sup>21</sup> assume un atteggiamento per certi aspetti intermedio rispetto ai due estremi rapidamente riassunti. Senza assumere posizioni “di sistema” sulla natura giuridica della prescrizione e/o sull'ampiezza del ventaglio di garanzie ricavabile anzitutto dall'art. 25 Cost., la Corte di cassazione si sofferma sull'interpretazione dei due requisiti indicati dalla Corte europea come presupposti della «illegittimità comunitaria», sottolineando la sostanziale indeterminazione degli stessi e, dunque, la necessità di intervenire per via interpretativa. Quanto alla gravità, nel caso in cui non ricorra un'ipotesi di frode per milioni di euro (come avvenuto nel caso *Taricco*), si renderebbe necessario prendere in considerazione anche altri parametri, quali «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, la sistematicità delle operazioni fraudolente, la loro reiterazione nel tempo, la connessione con altri gravi reati, l'esistenza di un contesto associativo criminale». Più complessa la definizione del numero considerevole di casi, che non può risolversi in una prognosi meramente empirica fondata su soggettivismi e che pertanto dovrà considerare tutte le peculiarità del caso singolo.

Quel che importa, ad ogni modo, è che la Corte esclude nel caso concreto il superamento della soglia minima indicata dai giudici di Lussemburgo, evitando per questa ragione il più impegnativo confronto con le questioni di carattere generale.

L'impressione complessiva era quella per cui alcune delle incertezze relative alle possibili ripercussioni della sentenza *Taricco* derivassero anche da una non nitida messa a fuoco della categoria degli effetti *in malam partem*, che pure si vedono affidato l'impegnativo compito di segnare il limite del principio di prevalenza.

La più chiara delimitazione del concetto di effetti *in malam partem* sembrerebbe invece l'autentico nodo da sciogliere e, se adeguatamente risolto, sdrammatizzerebbe anche molte delle questioni relative alla tormentata distinzione tra norme sostanziali e norme processuali. Si tratta di precisare se l'allungamento dei termini di prescrizione, costituisca, in quanto tale, un effetto sfavorevole, specie considerando che l'esito del processo non necessariamente coincide con una sentenza di condanna, potendo condurre anzi a un esito più favorevole per l'imputato di quello derivante dalla dichiarazione di estinzione del reato per intervenuta prescrizione. Delle due l'una. La prima via, seguita dalla Corte di Giustizia, è quella di includere negli “effetti *in malam partem*” solo quelli che incidono direttamente sul precetto o sulla sanzione. La seconda via, imboccata dalle ordinanze di

<sup>20</sup> La logica dei diritti quesiti in riferimento ai reati già estinti per prescrizione era stata suggerita da F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 28

<sup>21</sup> Cass., Sez. III pen., 7 giugno 2016, n. 44584, in *Guida dir.*, 2017, 5, pp. 94 ss., con nota di C. MINNELLA, *Frodi in materia di Iva: la Cassazione chiarisce quando la prescrizione non contrasta con il diritto Ue*.

rimessione alla Corte costituzionale e dallo stesso Giudice delle Leggi, è quella di ritenere che l'effetto sfavorevole ben possa riguardare anche le (non meglio precisate) vicende relative alla punibilità, ampliando dunque il raggio del "cerchio magico" descritto anzitutto dall'art. 25, secondo comma Cost.

#### **5. Episodio IV – Vivere o morire. Le questioni di legittimità costituzionale.**

Accanto alla giurisprudenza che ritiene di poter decidere, si collocano i giudici che preferiscono investire della questione la Corte costituzionale: la Corte d'Appello di Milano prima e la terza sezione della Corte di cassazione poi chiedono al Giudice delle leggi di verificare la legittimità dell'art. 2, l. n. 130/2008 (ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona), nella parte in cui imporrebbe di applicare la disposizione dell'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE, come interpretato dalla sentenza *Taricco*.

Sebbene si tratti di ordinanze differenti sotto molteplici aspetti, ciò che pare accomunarle è la convinta affermazione per cui l'effetto *in malam partem* della cui legittimità si dubita è quello consistente nell'allungamento dei termini di prescrizione "in quanto tale", che "di per sé" determinerebbe la violazione di uno o più principi costituzionali.

La Corte d'Appello di Milano<sup>22</sup> attribuisce rilievo centrale e pressoché esclusivo al contrasto che la disapplicazione determinerebbe rispetto all'art. 25, secondo comma Cost.: il riferimento è al principio di legalità complessivamente inteso, con valorizzazione dei due profili, a volte sovrapposti, della irretroattività e della riserva di legge.

I giudici milanesi sottolineano anzitutto come il riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo (richiamata dalla Corte di Giustizia), secondo la quale un allungamento dei termini di prescrizione non sarebbe incompatibile con l'art. 7 CEDU, non possa considerarsi decisivo: si tratta infatti di casi in cui il termine prescrizione non era ancora decorso, mentre in quello oggetto di giudizio i reati erano già estinti prima della sentenza *Taricco*.

In secondo luogo i giudici d'Appello richiamano la giurisprudenza della Corte costituzionale che, proprio dopo le modifiche intervenute con la legge *ex Cirielli*, ha affermato in maniera lapidaria la riconducibilità delle norme in materia di prescrizione all'art. 25 Cost.<sup>23</sup>, sia pur *sub specie* di retroattività della legge favorevole e non di riserva di legge<sup>24</sup>. Più in generale si ricorda come l'art. 25 Cost. impedisca di incidere *in peius* non solo sulla fattispecie incriminatrice e sulla pena,

<sup>22</sup> Corte App. di Milano, Sez. II pen., 18 settembre 2015, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 settembre 2015, con nota di F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i "controlimiti"*.

<sup>23</sup> Corte Cost., 30 luglio 2008, n. 324, su cui v. D. MICHELETTI, *L'incensurabilità delle "riforme penali di favore": un limite tecnico o di moderazione politica?*, *Giur. cost.*, 2008, 4, pp. 3488 ss.

<sup>24</sup> Insiste sulla distinzione tra le due articolazioni del principio di legalità M. GAMBARDELLA, *Il Caso Taricco: obblighi di disapplicazione in malam partem e compatibilità con i principi di riserva di legge e di irretroattività*, in *I controlimiti*, cit., pp. 384 ss.

ma anche sugli aspetti inerenti alla punibilità, tra cui quelli relativi alla prescrizione<sup>25</sup>.

L'impianto argomentativo dell'ordinanza con cui la terza sezione, ritornando almeno in parte sui propri passi rispetto alla sentenza *Pennacchini*, rimette la questione alla Corte costituzionale, risulta più complesso e articolato<sup>26</sup>: il giudice *a quo* ha in effetti cura di precisare come i profili di illegittimità costituzionale siano diversi e ulteriori rispetto a quello della irretroattività della legge penale evidenziato dalla Corte d'appello (che, per la verità, sembrava ipotizzare un più ampio contrasto con l'intero art. 25, secondo comma Cost.), con la conseguenza per cui si mostra non del tutto decisiva la dicotomia tra termini di prescrizione già e non ancora decorsi al momento della sentenza *Taricco*.

L'ordinanza si rivela in effetti particolarmente nutrita sotto il profilo delle norme parametro, forse addirittura pletorica in certi casi, specie nell'insistita valorizzazione di quella finalità rieducativa della pena che non sembrava in grado di caricarsi sulle spalle (anche) la responsabilità dell'*affaire Taricco*.

I profili di illegittimità costituzionale derivanti dalla disapplicazione indicati dalla terza sezione della suprema Corte possono sintetizzarsi nel modo seguente.

- *Irretrattività della legge penale (art. 25, secondo comma Cost.)*. L'effetto della disapplicazione sarebbe quello di rendere applicabile una disciplina peggiore della prescrizione anche a fatti commessi prima del *dictum Taricco*. La Corte di Strasburgo e quella di Lussemburgo ritengono che la legalità penale "copra" unicamente la previsione del fatto e della sanzione e non anche la disciplina della prescrizione, attratta per contro nel cono d'ombra della *tempus regit actum*: il criterio del *best standard* impone però l'applicazione del più elevato livello di garanzia assicurato dall'ordinamento italiano. L'ordinanza non rinuncia in proposito a un'ampia digressione volta a convalidare la tesi della natura sostanziale della prescrizione, che, da un punto di vista assiologico, troverebbe anche fondamento nella finalità rieducativa della pena. Si tratta, pare opportuno precisarlo, di considerazioni che ad avviso del giudice *a quo* valgono indipendentemente dal fatto che l'8 settembre 2015 il termine di prescrizione fosse o meno decorso.

---

<sup>25</sup> Corte Cost., 8 novembre 2006, n. 394. Tra i molti commenti, in particolare, G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le "zone franche"*, in *Giur. cost.*, 2006, 6, pp. 4160 ss.; V. MANES, *Illegittime le "norme penali di favore" in materia di falsità nelle competizioni elettorali*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); M. GAMBARELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cass. pen.*, 2007, 2, pp. 467 ss.

<sup>26</sup> Cass., Sez. III pen., 30 marzo 2016, n. 28346, su cui pressoché obbligato il riferimento a G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte eurolunitaria tra limiti di attribuzione 'internazionale' e controlimiti 'costituzionali'*, in *Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*, in [www.arivistaic.it](http://www.arivistaic.it), 2016, 4, pp. 10 e ss.

- *Irretroattività della legge penale, diritto di difesa (art. 24 Cost.) e principio di uguaglianza (art. 3 Cost.).* L'applicazione retroattiva della "nuova" prescrizione determinerebbe una violazione del diritto di difesa per i soggetti che hanno seguito una strategia processuale fondata su una differente disciplina, comportando altresì una disparità di trattamento rispetto a chi, in un'analogha situazione e nella consapevolezza del prolungamento dei termini di prescrizione, è ancora in tempo per esercitare le facoltà difensive connesse alla scelta dei riti alternativi, accedendo ai conseguenti trattamenti sanzionatori premiali.
- *Il principio di riserva di legge (art. 25, secondo comma Cost.).* Muovendo dal presupposto di una *ratio* di garanzia (più che di certezza), si osserva che una disapplicazione come quella indicata dalla sentenza *Taricco* produrrebbe «l'irreversibile mutazione genetica della riserva di legge nella differente riserva di diritto; con il conseguente dissolvimento delle garanzie legate, storicamente e istituzionalmente, al monopolio legislativo del diritto penale»: da ciò deriverebbe l'ulteriore effetto di attribuire all'Unione europea una vera e propria competenza diretta in materia penale.
- *Il principio di determinatezza e di tassatività (art. 25, secondo comma Cost.).* La Corte di Giustizia non fornisce alcun parametro oggettivo per la valutazione dei due requisiti (gravità della frode e numero considerevole di casi per i quali sarebbe precluso l'esito di una sentenza definitiva) da cui pure dipende la disapplicazione.
- *Il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.),* quale diretta conseguenza del difetto di determinatezza dei criteri che dovrebbero orientare la disapplicazione. Si incorrerebbe, infatti, nell'inevitabile esito di una decisione caso per caso, finendo per trattare in maniera differente soggetti imputati per reati analoghi.
- *Il principio di separazione dei poteri e di sottoposizione del giudice soltanto alla legge (art. 101, secondo comma Cost.).* Il giudice nazionale si vedrebbe investito di un compito tipicamente politico-criminale, relativo alla valutazione dell'efficacia general-preventiva della disciplina penale posta a tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, esercitando funzioni che sono tipiche del potere legislativo.
- *Il principio di rieducazione della pena (art. 27, terzo comma Cost.).* La sanzione penale si troverebbe sviata dalla direzione teleologica che le è propria, in quanto risulterebbe funzionale non tanto alla rieducazione del condannato quanto piuttosto a un'adeguata tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, con conseguente compromissione delle fondamenta del principio personalistico.
- *I principi di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e di finalità rieducativa della pena (art. 27, terzo comma Cost.).* La disapplicazione finirebbe per riguardare non tutte le classi di frodi, ma solo quelle lesive di interessi finanziari dell'Unione europea: assumerebbe rilevanza non il "tipo di reato" ma il "tipo di fatto" e situazioni omogenee sarebbero trattate in maniera irragionevolmente differente.
- *Il principio del rispetto dei controlimiti alle limitazioni di sovranità (art. 11*

*Cost.*). L'eventuale inadeguatezza della tutela penale predisposta dal singolo ordinamento nazionale a tutela di interessi dell'Unione potrebbe essere sanzionata con una procedura di inadempimento dello Stato membro (art. 258 e ss. TFUE), non anche con l'affermazione di un obbligo di disapplicazione con effetti penali *in malam partem* rivolto ai giudici nazionali. Senza contare che l'Unione si trova anche nella condizione di adottare direttive *ex art.* 83 TFUE, introducendo obblighi di tutela penale relativi a determinate materie.

**6. Episodio V - Il risveglio (solo parziale) della Forza. L'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale: nuovi orizzonti per il principio di determinatezza?**

All'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale va riconosciuto l'indubbio merito di aver sottoposto alla prova del rasoio di *Ockham* i (forse troppi) profili di legittimità costituzionale evidenziati dai giudici *a quibus*, focalizzando l'analisi sull'art. 25, secondo comma *Cost.* e filtrando le proprie argomentazioni attraverso la lente della determinatezza, nella quale, a ben vedere, finiscono per confluire tanto i profili della riserva di legge quanto quelli della irretroattività. Il tutto proiettato sullo sfondo della separazione dei poteri e della soggezione dei giudici «al governo della legge penale».

Nel tentativo di scomporre la struttura dell'ordinanza n. 24 del 2017 si potrebbero individuare:

- a) le fondamenta, consistenti nel ruolo della Corte costituzionale come valvola di chiusura del sistema in funzione di garanzia;
- b) un primo muro portante, edificato con il cemento armato della natura sostanziale della prescrizione e, quindi, delle garanzie ricavabili dall'art. 25, secondo comma *Cost.*;
- c) un secondo muro portante, rappresentato dal principio di determinatezza, che, a sua volta, si articola nella non ragionevole prevedibilità della regola enunciata dalla sentenza *Taricco* e nella inidoneità di quella regola a limitare la discrezionalità del giudice nazionale chiamato ad applicarla;
- d) il tetto, costituito dal ruolo attribuito alla Corte di Giustizia nei suoi rapporti con l'ordinamento nazionale e dalla formulazione dei quesiti.

Sebbene anche il versante del canone della determinatezza mostri qualche segnale di debolezza, è la copertura dell'edificio motivazionale a rivelare più chiaramente la sua precarietà, lasciando l'impressione, come si diceva, di un'opera sostanzialmente incompiuta. Si tratta di considerazioni, pare opportuno precisarlo, che non attengono al piano dell'adeguatezza strategica della scelta compiuta dalla Consulta, in quanto il tentativo di risolvere la questione senza ricorrere all'*extrema ratio* dei controlimiti si rivela indubbiamente la scelta "politicalmente" più condivisibile.

a) Bene hanno fatto i giudici rimettenti a investire la Corte del problema, sollevando una questione di legittimità costituzionale, posto che proprio alla Corte spetta, in via

esclusiva, la verifica ultima relativa all'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento nazionale (punto 6). Con queste apparentemente insolite considerazioni il Giudice delle Leggi riafferma orgogliosamente il proprio ruolo di chiusura del sistema in funzione di garanzia, rivendicando l'ultima parola in termini di tenuta dei principi fondamentali<sup>27</sup>. L'impressione, tuttavia, per le ragioni che si cercherà di chiarire, è quella per cui la scelta di investire nuovamente della questione la Corte di Giustizia e, soprattutto, la formulazione dei quesiti alla stessa rivolti, rischiano di depotenziare una (ri)affermazione di ruolo pur particolarmente significativa in via di principio.

**b)** Nell'ordinamento giuridico italiano il regime legale della prescrizione è soggetto al principio di legalità (punti 4 e 5). La Corte costituzionale conferma “senza se e senza ma” la natura sostanziale della prescrizione, con conseguente attrazione della sua disciplina nel “cerchio magico” dell'art. 25, secondo comma Cost. Non c'è bisogno di scomodare le scivolose categorie dogmatiche gemmate dal tronco della punibilità, né di valorizzare il riferimento assiologico alla funzione rieducativa della pena. La Consulta ritiene necessaria e sufficiente la seguente constatazione: si tratta di un istituto che incide sulla punibilità della persona e la legge lo disciplina tenendo conto tanto del grado di allarme sociale indotto da un certo reato quanto dell'esigenza che, trascorso del tempo dalla commissione del fatto, si attenuino le esigenze di punizione e «maturi un diritto all'oblio in capo all'autore di esso».

Sebbene alcuni Stati membri muovano da una concezione processuale della prescrizione, ciò non impedisce al singolo ordinamento nazionale di optare per una differente qualificazione giuridica conforme alla propria tradizione costituzionale (punto 6), specie quando dalla stessa derivi un livello di protezione più elevato di quello ricavabile dagli artt. 49 CDFUE e 7 CEDU (punto 8).

L'ordinanza mette da parte ogni cautela, recuperando e generalizzando la lettura dell'art. 25, secondo comma Cost., che, se in precedenti pronunce si trovava riferito alla prescrizione enfatizzando i principi in materia di successione di leggi penali nel tempo, ora si vede chiamato in causa come più generale espressione del principio di legalità.

**c)** L'articolazione della legalità penale alla quale la Corte sembrerebbe attribuire un rilievo decisivo è il corollario della determinatezza. Si osserva infatti (punto 9) che la sentenza *Taricco*, nel valutare la compatibilità della regola dalla stessa affermata con l'art. 49 CDFUE, aveva preso in considerazione il solo aspetto della retroattività, omettendo di esaminare l'ulteriore profilo della determinatezza, il quale, precisa il

---

<sup>27</sup> V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 13 febbraio 2017, pp. 3-4, sottolinea come le affermazioni in questione segnino un significativo momento di cesura nel processo di irradiazione in sede diffusa del controllo di costituzionalità, che proprio nella diretta applicabilità del diritto UE trova il suo catalizzatore essenziale.

Giudice delle Leggi a ulteriore scampo di equivoci, varrebbe anche nel caso in cui si ritenesse di riconoscere alla prescrizione natura processuale.

Quelle relative al principio di necessaria determinatezza rappresentano forse le considerazioni più “originali” contenute nell’ordinanza, rischiarando di nuova luce un principio non sempre adeguatamente valorizzato da parte della giurisprudenza costituzionale.

Anzitutto la Consulta sembra individuare l’oggetto del giudizio di determinatezza nella regola ricavata dall’art. 325 TFUE dalla Corte di Giustizia: «questa Corte è chiamata dai giudici rimettenti a valutare, tra l’altro, se la regola tratta dalla sentenza resa in causa Taricco soddisfi il requisito della determinatezza, che per la Costituzione deve caratterizzare le norme di diritto penale sostanziale». La determinatezza, altrimenti detto, diviene l’attributo non di una disposizione di legge, ma di una norma, in questo caso elaborata dalla Corte europea.

Sono in particolare due i piani sui quali la Corte costituzionale ritiene di dover svolgere la verifica della determinatezza.

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

La seconda verifica attiene all’idoneità della regola enunciata dalla Corte di Giustizia a delimitare la discrezionalità giudiziaria. Tralasciando ogni considerazione relativa alla gravità della frode, il Giudice delle Leggi appunta la propria attenzione sul requisito del numero considerevole di casi: pur ritenendo che lo stesso si riferisca alla sistematica impunità che il regime legale dell’interruzione della prescrizione comporterebbe per le frodi fiscali, il concetto resta ambiguo e «comunque non riempibile di contenuto attraverso l’esercizio della funzione interpretativa». Riprendendo e sviluppando gli argomenti relativi al principio di separazione dei poteri e della soggezione dei giudici alla legge<sup>28</sup>, si precisa che il diritto eurounitario non potrebbe indicare al giudice nazionale un obiettivo da raggiungere a ogni costo, senza tuttavia predeterminare gli strumenti che valgano al suo conseguimento (punto 5), perché ciò comporterebbe un superamento dei limiti propri della funzione giurisdizionale in uno Stato di diritto: il giudice, generalizzando un simile *modus operandi*, potrebbe disfarsi di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla

---

<sup>28</sup> L’argomento in questione è stato valorizzato in particolare da L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell’Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, 40 ss.; E. LUPO, *La primauté del diritto dell’UE e l’ordinamento penale nazionale (riflessioni sulla sentenza Taricco)*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 1, p. 226; V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, pp. 15 ss.; C. SOTIS, *Il limite come controlimite*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 ottobre 2016, pp. 15 ss.

punibilità e al processo, quando lo stesso risulti di ostacolo alla repressione del reato (punto 9).

Sebbene il discorso meriterebbe ben altro grado di approfondimento, si potrebbe forse recuperare, in chiave parzialmente differente da quella tradizionale, la distinzione tra precisione e determinatezza<sup>29</sup>, al fine di inquadrare i due profili evidenziati dalla Corte costituzionale.

Il secondo piano della verifica condotta dalla Corte (quello relativo alla capacità della norma di delimitare la discrezionalità del giudice nazionale) sembrerebbe evocare il piano della precisione, intesa come l'impiego di una terminologia appropriata e di agevole comprensione: principio che, tra l'altro, sarebbe compromesso anche dall'impiego di clausole quantitative vaghe. La violazione del canone in questione, a ben vedere, non pare di così agevole dimostrazione in riferimento alla norma *Taricco*. Non è probabilmente un caso la circostanza per cui, a differenza di quanto avvenuto nella giurisprudenza di legittimità chiamata a confrontarsi con la sentenza della Corte di Lussemburgo, il Giudice delle Leggi non attribuisca ampio rilievo al requisito della gravità delle frodi e che, per ciò che attiene al numero considerevole di casi, si limiti a rilevarne, forse apoditticamente, l'insuperabile ambiguità.

Come già precisato, è un'operazione indubbiamente peculiare quella di riferire il requisito della determinatezza "direttamente" alla regola elaborata dalla sentenza *Taricco*, anziché alla normativa nazionale derivante dalla disapplicazione. Il risultato, beninteso, non sarebbe cambiato di molto, poiché la norma di diritto interno da sottoporre al vaglio di precisione-determinatezza suonerebbe più o meno in questo modo: "si applicano i termini di prescrizione ordinari nei casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o nei casi in cui siano previsti, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea". Si sarebbe tuttavia ricondotto il principio di precisione-determinatezza entro l'ambito applicativo che, sembra, gli è più congeniale, anche in considerazione del peculiare strumento (la disapplicazione) chiamato a veicolare la prevalenza del diritto europeo su quello nazionale.

Visto che non sono state sollevate perplessità sulla possibile disapplicazione della norma generale, con conseguente "espansione" della disciplina derogatoria prevista dall'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p.<sup>30</sup>, e visto anche che la giurisprudenza ha dato prova di disporre degli strumenti necessari al funzionamento del parametro della gravità (l'unico, come si è cercato di chiarire, davvero problematico), la violazione del canone della precisione, si diceva, potrebbe non emergere in maniera così cristallina.

---

<sup>29</sup> Su cui, per tutti, O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, 2006, p. 10.

<sup>30</sup> Si tratterebbe in realtà, più semplicemente, di applicare l'ordinario termine di prescrizione ricavabile dall'art. 157 c.p.: così A. VALLINI, *La portata della sentenza CGCE "Taricco": un'interferenza grave in un sistema discriminatorio*, in *Criminalia*, 2015, p. 298.

Resta tuttavia impregiudicata la verifica relativa alla determinatezza “in senso stretto”, che in maniera sempre più evidente va assumendo il volto della prevedibilità dell’esito giudiziario<sup>31</sup>. La circostanza per cui sia ravvisabile, in conseguenza della disapplicazione, una norma valida (anche perché precisa) non significa infatti che quella stessa norma sia anche efficace, cioè in grado di produrre i suoi effetti: l’efficacia, in particolare, andrebbe esclusa nei casi in cui la norma non risulti conoscibile in concreto da parte del suo destinatario, per esempio a seguito di un profondo mutamento dell’interpretazione giurisprudenziale<sup>32</sup>. È proprio su questo piano che acquista rilievo il profilo della ragionevole prevedibilità, ampiamente valorizzato dalla Corte costituzionale.

Anche in considerazione dell’autentico “disorientamento” che la sentenza *Taricco* ha prodotto tra i giudici nazionali, può escludersi con una certa sicurezza la circostanza per cui, prima dell’8 settembre 2015, il soggetto potesse «ragionevolmente pensare»<sup>33</sup> che il diritto eurounitario imponesse la disapplicazione degli artt. 160, ultimo comma e 161, secondo comma c.p.

*Rebus sic stantibus*, la questione potrebbe risolversi non solo e non tanto (a monte) sul piano del principio di legalità, quanto piuttosto (a valle) sul terreno dell’errore inevitabile su legge penale *ex art. 5 c.p.*: l’*ignorantia legis* funziona in effetti da valvola di sicurezza del sistema proprio nei casi in cui la regola di condotta e le conseguenze della stessa non siano (ri)conoscibili da parte del suo destinatario, atteggiandosi in definitiva a “sanzione” per l’inadempimento, da parte dello Stato,

---

<sup>31</sup> Ormai da tempo si è chiarito come il principio di tassatività/determinatezza sia quello meno problematico nei rapporti tra la legalità “nostrana” e quella europea: la fisionomia *in action* della tassatività è in effetti molto simile, risolvendosi in entrambe le prospettive in una prevedibilità dell’esito giudiziario. Il riferimento è, evidentemente, a O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 1, pp. 174-175 e *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Jovene, 2011, pp. 2236 ss. La stessa O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 12 giugno 2015, pp. 6 ss. prende atto di quanto complessa si sia rivelata la concretizzazione del requisito della prevedibilità dell’esito giudiziario, specie a seguito delle c.d. sentenze gemelle del 2007, quando lo stesso, da mera direttiva di comportamento, è divenuto principio cogente nell’accezione dei giudici di Strasburgo.

<sup>32</sup> Così M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, cit., p. 56. L’Autore muove dalla premessa secondo cui il testo scritto, prima dell’interpretazione del giudice, contenga «solo mere “proposte di comportamento” o, meglio, solo una “potenzialità” di significati normativi, ossia mere “aspettative di norme” da parte dei consociati» (p. 29), pervenendo alla (prima) conclusione per cui «la “nuova frontiera” del principio di “certezza”, [è] da intendere, realisticamente, solo come “ragionevole possibilità di rappresentazione di una norma” da parte del suo – potenziale – destinatario. “Ragionevole prevedibilità” del risultato dell’interpretazione giudiziale che, non a caso, è stato individuato dalla Corte EDU e dalla Corte di Giustizia UE come uno dei requisiti di riconoscimento della norma penale». Sul ruolo creativo dell’interpretazione, per tutti, O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, cit., *passim*.

<sup>33</sup> Indubbiamente curioso l’impiego, a un certo punto della motivazione, del verbo “pensare” in luogo del più tecnico “prevedere”.

dei suoi doveri istituzionali di chiarezza<sup>34</sup>. In questo caso è pur vero che si tratta di una norma “imposta” da una Corte sovranazionale, ma sempre come diretta conseguenza del contrasto della norma interna (posta dunque dallo Stato italiano) rispetto a quella eurounitaria. Sia pur con qualche precisazione, dunque, simili considerazioni potrebbero essere adattate senza particolari difficoltà alla vicenda in questione. Si tratterebbe, evidentemente, di una “soluzione” praticabile unicamente per i fatti commessi prima della sentenza *Taricco*, perché solo per le condotte che si collocano in un momento antecedente alla “rivoluzionaria” interpretazione dell’art. 325 TFUE si pone l’esigenza di colmare, attraverso l’*ignorantia legis*, lo scarto tra la norma applicabile e la sua concreta conoscibilità.

Se, viceversa, si ritenesse di dover individuare un difetto di precisione, derivante cioè dalla “indefinibilità” oggettiva dei requisiti indicati dalla Corte di Giustizia come presupposto della disapplicazione, allora la via inevitabile, seguendo il ragionamento della Corte costituzionale, parrebbe quella dell’innalzamento dei controlimiti.

In una prospettiva che volga il suo sguardo oltre il caso *Taricco*, resta il fatto che il riferimento alla determinatezza come attributo non solo e non tanto della disposizione, quanto piuttosto della norma, potrebbe forse consentire al principio in questione di assolvere a un’autentica “funzione critica”, fino a questo momento piuttosto evanescente.

**d)** La Corte si chiede (punto 6) se la Corte lussemburghese abbia ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla regola anche quando questa confligge con un principio cardine dell’ordinamento italiano: «questa Corte», si precisa con ferma prudenza (o con prudente fermezza), «pensa il contrario, ma reputa in ogni caso conveniente porre il dubbio all’attenzione della Corte di giustizia».

È la stessa Corte costituzionale a ricordare che la Corte di Giustizia non possa essere ulteriormente gravata dall’onere di verificare nel dettaglio se il diritto dell’Unione risulti compatibile con l’identità costituzionale di ciascuno Stato membro, riportando altresì testualmente il passaggio motivazionale della sentenza *Taricco* che affidava il controllo in questione ai giudici nazionali: «se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati»: si è già precisato in proposito che la Corte europea ha avuto addirittura la premura di precisare che un’eventuale disapplicazione non avrebbe violato l’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE.

---

<sup>34</sup> V. ancora M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale*, cit., p. 57. Sull’art. 5 c.p. come possibile “via d’accesso” nell’ordinamento interno della sentenza *Contrada* della Corte EDU v. F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 9, p. 1064. Sul punto si rinvia anche alle ampie considerazioni di M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giurisprudenziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1, spec. pp. 361 ss.

Ciò nonostante la Consulta, senza mettere in discussione il significato attribuito all'art. 325 TFUE dai giudici di Lussemburgo, affida agli stessi il compito di delimitare a monte il potere/dovere di disapplicazione ad opera del giudice comune, chiedendo se davvero la sentenza *Taricco* debba essere interpretata nel senso di imporre la non applicazione della normativa nazionale in materia di prescrizione *anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata; anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità; anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti fondamentali della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro.*

Il terzo quesito, a ben vedere, assorbe logicamente e giuridicamente i primi due<sup>35</sup>, risolvendosi nell'autentico interrogativo rivolto alla Corte di Giustizia.

Tutte e tre i quesiti finiscono però per risolversi in vere e proprie domande retoriche, la cui risposta suona inevitabilmente negativa. Si tratta del resto di domande che la Corte costituzionale avrebbe potuto/dovuto rivolgere a se stessa, anziché affidarne la risposta ai giudici europei<sup>36</sup>.

Il ruolo della Corte di Giustizia è “solamente” quello di rilevare il contrasto tra la normativa nazionale portata alla sua attenzione e il diritto eurounitario, demandando poi ai giudici interni il cruciale compito di verificare la tenuta del proprio ordinamento a fronte del primato della norma sovranazionale.

Non è un caso che lo spettro degli effetti *in malam partem* si agiti proprio sul versante della giurisprudenza di Lussemburgo, ponendo le sentenze della Corte di Giustizia

---

<sup>35</sup> Cfr. A. LAURITO, *Brevi considerazioni a “prima lettura” dei tre quesiti oggetto del rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale (ord. n. 24/2017) nel caso Taricco*, in questa rivista, 27 gennaio 2017, p. 4, che ravvisa una gradualità nella formulazione dei tre quesiti: «il primo, concernente la necessaria determinatezza dell'interpretazione dell'art. 325 TFUE, si potrebbe ricavare dagli articoli 7 CEDU e 49 CDFUE (oltre che dall'art. 25, co. 2, Cost.). La CGUE potrebbe quindi modificare la propria interpretazione, pur mantenendo ferma la natura processuale della prescrizione. Il secondo quesito subordina l'interpretazione dell'art. 325 TFUE al presupposto della natura sostanziale della prescrizione nell'ordinamento italiano, che imporrebbe, viceversa, un mutamento di prospettiva da parte del giudice di Lussemburgo. Il terzo quesito, infine, costituirebbe una “valvola di sfogo”, nella denegata ipotesi in cui la CGUE si attestasse sui risultati interpretativi della sentenza *Taricco*: si chiederebbe, in questo caso, alla Corte di Giustizia di escludere “soltanto” la diretta applicabilità *in malam partem* degli effetti della sentenza stessa». Lo stesso Autore (nota 6) evidenzia come l'ordinanza della Corte costituzionale non contenga riferimento alcuno alla disciplina della prescrizione per l'associazione per delinquere finalizzata alla commissione di delitti in materia di accise sui prodotti del tabacco, malgrado si trattasse di uno degli aspetti indubbiamente più problematici nell'ambito del caso *Taricco*. Sugli altri profili “trascurati” dalla Corte costituzionale v. M. L. FERRANTE, *L'ordinanza della Corte costituzionale sull'affaire Taricco*, cit., pp. 22 ss.

<sup>36</sup> Cfr. M. CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea*, cit., p. 19: «meglio sarebbe stato, proprio volendo mantenere viva la teoria dei controlimiti, darla per scontata, affermando come ovvio che il diritto UE non possa spingersi a valicare quei confini (che solo il giudice nazionale può individuare, senza doverli negoziare o rimettere ad altri)».

in una prospettiva indubbiamente differente rispetto a quella che interessa le sentenze della Corte dei diritti dell'uomo. Le pronunce della Corte di Strasburgo si muovono nell'ottica di una legalità penale intesa in senso coincidente o addirittura più ampio rispetto alle categorie domestiche, con il risultato per cui le più eclatanti condanne del nostro Paese registrate negli ultimi anni (da *Sud Fondi* a *Contrada*, passando per *Grande Stevens*) avevano pur sempre come sfondo quello di un innalzamento delle garanzie rispetto al livello assicurato dall'ordinamento nazionale. Le sentenze della Corte di Lussemburgo, per contro, risultano spesso prive della funzionalità teleologica assicurata dalla legalità penale: il contrasto tra la norma interna e quella eurounitaria è valutato "in quanto tale", con il risultato per cui, specie nei casi di incompatibilità parziale, ben potrebbe accadere che l'esito della disapplicazione produca un ampliamento dell'area del penalmente rilevante rispetto a quella delimitata dal solo ordinamento nazionale.

È proprio questo, del resto, il fondamento giustificativo della teoria dei controlimiti: qualora l'esito del ritenuto contrasto "decontestualizzato e teleologicamente neutrale" si risolva in una lesione dei principi generali dell'ordinamento o dei diritti inalienabili della persona umana, al custode degli stessi (la Corte costituzionale) spetta il compito di inibire, in via del tutto eccezionale, il funzionamento del principio di prevalenza.

Svolgendo il ragionamento che pare potersi ricavare dall'ordinanza n. 24 del 2017, sono almeno due i "cortocircuiti sistematici" ai quali potrebbe andarsi incontro.

Anzitutto verrebbe meno lo stesso presupposto logico-giuridico della teoria dei controlimiti.

Se infatti spettasse alla Corte di Giustizia chiarire di volta in volta che la disapplicazione non possa aver luogo quando da ciò deriverebbe un'attuale compromissione dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato membro, non sarebbero astrattamente ipotizzabili situazioni in cui il rinvenuto contrasto tra la norma interna e quella sovranazionale possa comportare l'innalzamento della barriera garantistica dei controlimiti: il giudice europeo, secondo questa lettura, non potrebbe/dovrebbe imporre la disapplicazione della norma interna se dall'operazione in questione derivi la compromissione della "base intangibile" su cui la teoria dei controlimiti è stata edificata.

In secondo luogo, potrebbe giungersi all'autentica eterogenesi dei fini di privare la Corte costituzionale di quel ruolo di chiusura del sistema che pure i giudici della Consulta hanno orgogliosamente (e ineccepibilmente) rivendicato. Qualora il compito di rispondere ai tre quesiti proposti spettasse davvero alla Corte di Giustizia, il giudice europeo si vedrebbe investito del compito di meglio delimitare i contorni della disapplicazione, la quale non potrebbe/dovrebbe aver luogo in caso di contrasto con i principi supremi.

Poiché, tuttavia, la Corte di Giustizia non può per definizione tenere in considerazione tutte le peculiarità del caso singolo, ma solo limitarsi a generiche affermazioni di principio, l'impostazione in questione, se generalizzata, consegnerebbe lo strumento per "chiudere la partita" direttamente nelle mani dei

giudici comuni. Se la Corte europea “ordina” la disapplicazione, ma solo a condizione che dalla stessa non derivi una compromissione con i principi supremi, il giudice comune dovrebbe anzitutto procedere a questa verifica di compatibilità, dando seguito al principio di prevalenza nel caso in cui la stessa restituisca esito positivo e applicando la normativa nazionale in caso contrario: la Corte costituzionale, paradossalmente, rischierebbe di rimanere fuori gioco o, comunque, ai margini del campo. Senza contare le conseguenti disomogeneità applicative che potrebbero registrarsi: emblematica, da questo punto di vista, la sentenza *Pennacchini*, con cui la terza sezione della Corte di cassazione riteneva che la sentenza *Taricco* non ponesse nell’ordinamento interno alcun problema di controlimiti. Ancor più emblematico, a ben vedere, il fatto che la stessa terza sezione abbia successivamente scelto la via della questione di legittimità costituzionale.

### **7. Episodio VI - Il ritorno (sui propri passi) o la vendetta? Aspettando Taricco 2**

Gli scenari “prossimi e futuri” sono stati già limpidamente tratteggiati<sup>37</sup>.

La Corte europea potrebbe anzitutto “accontentarsi” dell’aumento di un terzo dei termini di prescrizione per i reati previsti dagli artt. 2 a 10 del d.lgs. n. 74 del 2000, apportato con d.l. n. 138 del 2011, convertito dalla l. n. 148 del 2011.

La scelta dei giudici di Lussemburgo potrebbe anche risolversi nella più puntuale “definizione” dei presupposti della disapplicazione, lasciando aperta la questione relativa al suo impatto sull’ordinamento interno. In questo caso, per le ragioni che si è cercato di chiarire, il difetto della determinatezza (precisione) si troverebbe definitivamente risolto “a monte” e, dunque, la disapplicazione non incontrerebbe alcun ostacolo per i fatti commessi dopo l’eventuale intervento della precisazione in questione. La minaccia della seconda articolazione della determinatezza individuata dalla Corte costituzionale, consistente nella idoneità della norma a delimitare la discrezionalità giudiziaria, infatti, si troverebbe in questo modo disinnescata. Quanto alla ragionevole prevedibilità dell’esito giudiziario, forse, per le ragioni che si è cercato di chiarire, il rimedio potrebbe non essere quello dei controlimiti, ma l’inefficacia della norma per fatti commessi prima della sua elaborazione, per esempio attraverso lo strumento offerto dall’art. 5 c.p.

Residuano, infine, le due ipotesi “estreme”<sup>38</sup>. Da una parte quella che vede la Corte di Giustizia ritornare sui propri passi, modificando il suo orientamento e accogliendo in definitiva la versione del principio di legalità proposta dalla Corte italiana, più ampia di quella fino a questo momento ricavata dall’art. 49 CDFUE. Dall’altra parte quella in cui *Taricco 2* suoni come “la vendetta” dei giudici europei, che,

---

<sup>37</sup> Il riferimento è, in particolare, alle considerazioni svolte da V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, cit., pp. 12 ss.

<sup>38</sup> Evidenziate anche da C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 30 gennaio 2017 e da M. CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea*, cit., p. 20.

confermando il contrasto delle norme interne con il diritto eurounitario, riporterebbe la partita alla situazione antecedente all'ordinanza n. 24 del 2017<sup>39</sup>.

Quello che sarà della saga *Taricco*, come direbbe il Poeta, lo scopriremo solo vivendo. L'avventura è certamente diventata una storia seria, ma il finale de *Il giorno del giudizio* resta ancora (ampiamente) aperto.

---

<sup>39</sup> «Il caso qui esaminato», sente l'esigenza di precisare l'ordinanza n. 24 del 2017 (punto 8), «si distingue nettamente da quello deciso dalla Grande Sezione della Corte di giustizia con la sentenza 26 febbraio 2013 in causa C-399/11, Melloni», posto che in quell'occasione una soluzione opposta avrebbe comportato la rottura dell'unità del diritto UE in una materia basata sulla reciproca fiducia in un assetto normativo uniforme: per analoghe considerazioni v. già E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale*, cit., 226.