

***Taricco 2 – Il ritorno (sui propri passi?). I controlimiti come questione che “spetta ai giudici nazionali”: cambiano i protagonisti, ma la saga continua.***

di *Antonella Massaro*

**Sommario:** 1. *Taricco 2* – Il ritorno sui propri passi della Corte di Giustizia? – 2. La formulazione dei quesiti nell’ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale. – 3. Il dispositivo della sentenza *Taricco 2*. – 4. “Spetta ai giudici nazionali”: l’estromissione della Corte costituzionale dal meccanismo dei controlimiti. – 5. Irretroattività e determinatezza.

**1. *Taricco 2* – Il ritorno sui propri passi della Corte di Giustizia?**

*L’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev’essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell’ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all’inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell’insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell’applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato<sup>1</sup>.*

Questo è il dispositivo con cui la Corte di Giustizia, tornando sul caso *Taricco* a seguito dell’ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale, chiude la partita sul versante del “dialogo” con il Giudice delle Leggi italiano, lasciando però aperta la contesa sul terreno di gioco nel quale saranno chiamati a scendere in campo i giudici nazionali comuni.

---

<sup>1</sup> CGUE, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, C-105/14, in *questa rivista*.

## 2. La formulazione dei quesiti nell'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale

La Corte di Giustizia accoglie pressoché integralmente la lettura che, in effetti, sembrava quella “caldegiata” dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 24 del 2017<sup>2</sup>.

La formulazione testuale dei quesiti pareva sul punto sufficientemente eloquente<sup>3</sup>. Nella prima parte gli stessi suonavano come quesiti retorici, riproducendo quegli interrogativi cui la Corte di Giustizia aveva già dato risposta con la prima sentenza *Taricco*<sup>4</sup>; la seconda parte dei quesiti era invece strutturata attraverso delle condizionali concessive introdotte da “anche se/ anche quando” che, a ben vedere, sintetizzavano il potenziale contenuto dei controlimiti “minacciati ma non attivati”. L'impressione, altrimenti detto, era quella per cui la Consulta auspicasse che i giudici di Lussemburgo giungessero a «riconoscere le ragioni della Corte costituzionale e le esigenze costituzionali italiane, esentando il giudice nazionale dalla disapplicazione qualora questa comport[asse] la violazione di un nostro principio fondamentale»<sup>5</sup>.

<sup>2</sup>Così come avevo avuto modo di rilevare in A. MASSARO, *Dalle criticità del diritto penale nazionale a quelle del “diritto penale europeo”*: chi è causa del suo mal pianga se stesso? *Riflessioni su Taricco e dintorni*, in *Arch. pen.*, 2017, 3, 21 ss.

<sup>3</sup> Sembra opportuna una loro citazione testuale: «se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata; se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione europea, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro».

<sup>4</sup> Come evidenziato anche da Roberta Calvano nella relazione al Convegno *Gli scenari aperti dal “caso Taricco” nel sistema penale*, tenutosi il 17 ottobre 2017, presso la Sapienza Università di Roma.

<sup>5</sup> Si tratta di uno degli esiti ipotizzati da M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza n.*

### 3. Il dispositivo della sentenza *Taricco 2*

Le proposizioni condizionali concessive che comparivano nei quesiti dell'ordinanza di rinvio si traducono nella proposizione eccettuativa che introduce la seconda parte del dispositivo *Taricco 2*. La "regola" *Taricco 1* risulta confermata, senza che tuttavia la stessa possa e debba condurre a una disapplicazione automatica: il giudice nazionale dovrà fermarsi qualora dalla disapplicazione derivi una violazione di principi di determinatezza o irretroattività.

Sembrirebbe dunque che, per una norma dei Trattati, stia gradualmente affermandosi lo stesso principio ormai consolidatosi in riferimento alle direttive non attuate: l'effetto (in questo caso) del principio di prevalenza non può essere quello di aggravare la responsabilità penale dei singoli. Si tratta di verificare se e fino a che punto un'affermazione di questo tipo abbia una propria ragion d'essere nel momento in cui si trovi riferita a una fonte di diritto primario.

### 4. "Spetta ai giudici nazionali": l'estromissione della Corte costituzionale dal meccanismo dei controlimiti

Tanto si è detto e tanto si è scritto sui controlimiti<sup>6</sup>, quella frase d'amore cominciata e mai finita<sup>7</sup> che restituisce un'impressione di sostanziale incompiutezza e di inevitabile polimorfismo. Ciò che davvero importa, ad ogni modo, è che i controlimiti sembrano interessati da una radicale metamorfosi: originariamente concepiti come usbergo della statualità<sup>8</sup> stanno infatti divenendo un meccanismo progressivamente "esternalizzato" all'Unione europea.

L'"esternalizzazione" in questione va intesa non solo e non tanto come una pretesa "europeizzazione" dei controlimiti, nel senso che gli stessi sarebbero ormai inglobati nel diritto eurounitario e quindi, più che rappresentare dei controlimiti esterni alla prevalenza del diritto eurounitario, individuare dei limiti interni allo stesso<sup>9</sup>. Si tratta, piuttosto, di un'esternalizzazione per effetto della quale la competenza sui controlimiti, che restano parte del diritto nazionale, si trova affidata alla Corte di Giustizia.

Il risultato, a ben vedere, è non tanto uno svuotamento dei controlimiti (che in effetti continuerebbero a operare), quanto piuttosto un'estromissione della Corte

---

24/2017 della Corte costituzionale, a cura di A. Bernardi, C. Cupelli, Jovene, Napoli, 2017, 198.

<sup>6</sup> La ricca e illuminante presentazione di A. BERNARDI, *I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di Bernardi, Napoli, 2017, lascia davvero poco spazio a considerazioni ulteriori.

<sup>7</sup> V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema"*, in *I controlimiti*, cit., 226.

<sup>8</sup> M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Quest. giust.*, 1/2015, 89.

<sup>9</sup> *Amplius* A. BERNARDI, *I controlimiti al diritto dell'Unione europea*, cit., XXI ss. e R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L'actio finium regundorum della Consulta nell'ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, in *Il caso Taricco*, cit., 405 ss.

costituzionale dal meccanismo in questione, con conseguente metamorfosi e trasfigurazione dello stesso.

Il fatto che un eventuale innalzamento dei controlimiti rappresenti una scelta per nulla scontata e carica di implicazioni *lato sensu* politiche non è certamente in discussione: in caso contrario, sarebbero difficilmente comprensibili (e giustificabili) i fiumi di inchiostro versati in riferimento al caso *Taricco*. Resta però il fatto che la possibilità di rilevare un contrasto tra il diritto eurounitario e un principio di diritto interno sottratto a quella cessione di quote di sovranità su cui si fonda la partecipazione all'Unione europea, lungi dal configurarsi quale atto eversivo, rappresenta lo stesso presupposto logico della teoria dei controlimiti: se non si ammettesse che una norma possa risultare conforme al diritto dell'Unione e, al tempo stesso, non conforme ai principi e ai diritti di un singolo ordinamento nazionale, i controlimiti risulterebbero privati del necessario substrato logico<sup>10</sup>.

Al fine di disinnescare la potenziale carica esplosiva di controlimiti che parevano profilarsi in maniera sufficientemente nitida, si è chiesto (e si è ottenuto) dalla Corte di Giustizia l'esplicita apposizione di un limite alla disapplicazione che, a ben vedere, è del tutto ridondante nella sola ottica del giudice europeo. Il passaggio con cui la Corte di Giustizia, nella prima sentenza *Taricco*, precisava che sarebbe spettato comunque al giudice nazionale il compito di assicurarsi che i diritti fondamentali degli imputati siano rispettati (§§ 53 e 55), non rappresentava un semplice *obiter dictum*, ma, al contrario, una considerazione tanto necessaria quanto fisiologica nella configurazione del meccanismo dei controlimiti. La Corte europea, difficile negarlo, "liquidava" la questione in maniera troppo sbrigativa, nascondendosi in maniera quasi apodittica dietro la pretesa natura processuale della prescrizione, ma si trattava pur sempre di argomentazioni che per il giudice nazionale non erano in alcun modo vincolanti.

Il risultato cui sembra essersi pervenuti con *Taricco 2* è quello di un generico limite alla disapplicazione indicato direttamente dalla Corte europea, alla cui concreta attuazione sarebbero chiamati i giudici comuni, senza, a questo punto, alcuna necessità di passare nuovamente attraverso la Corte costituzionale.

Non si è mancato, ormai da tempo, di rilevare come proprio i giudici comuni si siano già più volte arrogati il diritto di bypassare la Consulta, procedendo direttamente e autonomamente all'attivazione dei controlimiti<sup>11</sup>: il caso *Taricco* potrebbe rappresentare la base per "mettere a regime" un simile *modus operandi*, malgrado l'orgogliosa riaffermazione contenuta nell'ordinanza n. 24 del 2017 (punto 6) del ruolo di chiusura del sistema attribuito al Giudice delle Leggi.

---

<sup>10</sup> A. BERNARDI, *I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di Bernardi, Napoli, 2017, XVIII.

<sup>11</sup> V. in particolare M. BIGNAMI, *I controlimiti nelle mani dei giudici comuni*, in *Forum costituzionale*, 2012.

Non può non colpire, a fronte dell'unico passaggio motivazionale che compariva in *Taricco 1*, l'insistenza con la quale *Taricco 2* richiama l'attenzione sul ruolo dei giudizi nazionali (§§ 46, 47, 48, 59, 61). "Spetta ai giudizi nazionali" potrebbe essere il titolo sintetico con cui si descrive il contenuto della seconda pronuncia della Corte di Giustizia relativa al caso in questione.

Se così fosse, il rischio che andrebbe sempre più chiaramente definendosi all'orizzonte è quello sintetizzato dell'atavico e mai risolto dilemma: *quis custodiet ipsos custodes?* Al diritto penale giurisprudenziale l'ardua sentenza.

### **5. Irretroattività e determinatezza**

La sentenza *Taricco 2* non affronta in maniera problematica la questione relativa a quella natura (processuale o sostanziale) della prescrizione che aveva assunto la consistenza di autentica "pietra dello scandalo" all'indomani della prima pronuncia, limitandosi a "prendere atto" della natura sostanziale della causa di estinzione in questione affermata (invece) a chiare lettere dalla Corte costituzionale. Con l'ulteriore precisazione per cui: «La Repubblica italiana era quindi libera, a tale data, di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico, detto regime ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati e alla determinazione delle pene, nel diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto, come queste ultime norme, al principio di legalità dei reati e delle pene» (§ 45).

I due limiti alla disapplicazione individuati direttamente dai giudici di Lussemburgo sono quello della irretroattività e della determinatezza. Tralasciando il fatto che il principio di legalità dei reati e delle pene, ad avviso della Corte europea, risulterebbe articolato nei requisiti, distinti tra loro, della prevedibilità, della determinatezza e dell'irretroattività della legge penale applicabile (§ 51), si tratta di verificare in che modo possano concretamente operare i due "corollari della legalità" richiamati nel dispositivo.

L'irretroattività è riferita, in generale, al "regime di punibilità" di un certo reato e in questo modo, sebbene la natura sostanziale della prescrizione non sia fatta oggetto di riconoscimento esplicito, si ammette implicitamente che le garanzie della legalità penale possano e debbano estendersi alla causa di estinzione *de qua*. Il punto fermo ricavabile sul versante nazionale, in ogni caso, sembra il fatto che la disapplicazione dei termini massimi di prescrizione non avrà luogo per i fatti commessi prima di *Taricco 1*.

Quanto alla determinatezza, la stessa si concretizzerebbe nell'esigenza per cui «la legge definisca in modo chiaro i reati e le pene che li reprimono»; si precisa altresì che «tale condizione è soddisfatta quando il singolo può conoscere, in base al testo della disposizione rilevante e, se del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che sia fatta dai giudici, gli atti o le omissioni che chiamano in causa la sua responsabilità penale» (§ 56).

La Corte costituzionale aveva valorizzato i profili relativi alla determinatezza sotto un duplice profilo<sup>12</sup>. Si trattava di verificare, in primo luogo, se fosse ragionevolmente prevedibile la lettura dell'art. 325 TFUE proposta dalla prima sentenza *Taricco* e, in secondo luogo, se la regola enunciata dalla Corte di Giustizia fosse idonea a delimitare la discrezionalità giudiziaria (ripudio del c.d. giudice di scopo). Sebbene la nuova sentenza della Corte di Giustizia non sia del tutto chiara sul punto, sembra che la determinatezza venga in considerazione in riferimento al secondo dei profili evidenziati dal nostro Giudice delle Leggi, anche perché il primo potrebbe ritenersi "assorbito" nelle considerazioni relative all'irretroattività. A questo proposito, resta inalterato in *Taricco 2* quel riferimento al "numero considerevole di frodi gravi" che tanto aveva fatto discutere per la sostanziale "vaghezza" delle clausole in questione. Sebbene molte di queste preoccupazioni fossero certamente condivisibili, non era questo, forse l'autentico *punctum pruriens* della vicenda *Taricco*, se non altro perché il nostro ordinamento conosce norme penali chiamate a operare proprio sulla base di parametri "quantitativi indeterminati": la circostanza aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità (art. 61, n. 7 c.p.) e le compromissioni o i deterioramenti "significativi e misurabili" che compaiono tra gli elementi costitutivi della fattispecie di inquinamento ambientale (art. 452-*bis* c.p.) sono solo alcuni degli esempi che possono portarsi al riguardo.

"Spetta ai giudici comuni", ancora una volta, verificare se in che modo le clausole in questione possano divenire concretamente operative, con l'evidente rischio di un'applicazione non univoca o, comunque, non uniforme, dei parametri in questione. Insomma: la partita tra le Corti è conclusa, ma, cambiati i protagonisti sulla scena, la saga *Taricco*, forse, è destinata a continuare.

---

<sup>12</sup> *Amplius* A. MASSARO, *La risposta della Corte costituzionale alla (prima) sentenza Taricco tra sillogismi incompiuti e quesiti retorici*, in *questa rivista*, 2017, 3, 16 ss.