

LA “SVOLTA” TARICCO E LA POTENZIALE “SOVVERSIONE DI SISTEMA”: LE RAGIONI DEI CONTROLIMITI (*)

di Vittorio Manes

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. *Judicial adventurism* – 3. “Vecchio” e “nuovo” nella sentenza *Taricco* – 4. Il cuore della sentenza *Taricco*: il “giudice di scopo”, custode degli obblighi punitivi europei e, a monte, artefice di una legalità essenzialmente giurisdizionale – 5. *Curia locuta, res principata* – 6. I controlimiti, ovvero, “la frase d’amore cominciata e mai finita” – 7. *The Shadow Line*

1. Premessa

È difficile non avvertire un certo disagio nell’affrontare il tema dei “controlimiti” nell’attuale scenario europeo: le vicende di Parigi e Bruxelles, l’acutizzarsi dell’emergenza connessa al terrorismo islamico hanno posto sul banco degli imputati – *inter alia* – i ritardi della cooperazione giudiziaria, e le lacune dell’armonizzazione penale, a conferma che il “populismo penale” tende a valicare – già da tempo – i confini domestici. Tra gli imputati – lo sappiamo bene – anche le garanzie convenzionali e i principi costituzionali, ed in controluce – dunque – i “controlimiti”, tanto che tentarne una difesa appare sostanzialmente controcorrente, o forse persino “antistorico”; tollerati sempre meno perché visti come fardello rispetto alle pressanti esigenze di tutela di beni/interessi/valori sempre più nucleari, e indefettibili per il destino comune, e rispetto all’urgenza di una repressione *faster better and cheaper*; un fardello altrettanto ingombrante e pesante – tornando all’“immane concretezza” del quotidiano – al cospetto di quella “creatura teratologica”¹ che è la prescrizione.

2. *Judicial adventurism*

Anche a prescindere da questa prospettiva, la sentenza *Taricco*² è subito apparsa a molti l’ennesimo presagio di una progressione inarrestabile: nel processo di costante

* È il testo della relazione svolta al convegno organizzato presso l’Università di Ferrara, dai proff. A. Bernardi e R. Bin, sul tema “I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali” – Ferrara, 7/8 aprile 2016.

¹ P. GAETA, *Rapporti tra fonti europee e cassazione in tema di legalità: alcune icone*, relazione svolta al convegno di Parma, 9/10 ottobre 2015, dattiloscritto, 4.

² Corte di giustizia, Grande Sezione, 8 settembre 2015, causa C-105/14.

ed “impressionante” erosione del “dominio riservato” (*domain réservé*, *domestic jurisdiction*) degli Stati da parte del diritto internazionale,³ anche le politiche criminali domestiche sono già da tempo, per gran parte, epifenomeno di quelle sovranazionali, specie di matrice eurounitaria; e in quest’ambito, dove non arriva il legislatore UE provvede il *judicial activism* – o, meglio, il *judicial adventurism* – della Corte di Giustizia, attore ormai protagonista del dis-ordine giuridico europeo.⁴

Siamo abituati, del resto: ad ogni intermittenza o *impasse* del processo di avanzamento del progetto europeo ha posto rimedio la Corte di Lussemburgo, sempre

Già ampia la schiera dei commenti: tra le voci tendenzialmente favorevoli, F. VIGANÒ, [Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia \(sent. 8 settembre 2015 \(Grande Sezione\), Taricco, causa C-105/14](#), in questa Rivista, 14 settembre 2015; A. VENEGONI, [La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell’Unione in diritto penale nell’area della lotta alle frodi](#), in questa Rivista, 29 ottobre 2015; F. ROSSI, *La sentenza Taricco e l’obbligo di disapplicazione in malam partem di norme penali: tra integrazione europea e controlimiti*, in corso di pubblicazione in RIDPP, 2016; con variegati accenti critici, si veda invece S. MANACORDA, *Per la Corte di giustizia le frodi gravi in materia di IVA si prescrivono troppo in fretta: note minime a prima lettura della sentenza “Taricco”*, in *Archivio pen.*, n. 3/2015; C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in *SIDIBlog* (www.sidiblog.org/sidiblog/), 15 settembre 2015; A. CIAMPI, *Il cso Taricco impone la disapplicazione delle garanzie della prescrizione: un problema di rapporti fra diritto dell’UE e diritto nazionale e di tutela dei diritti fondamentali, non solo di diritto processuale internazionale*, in *Int’l Lis*, 2015, 113 ss.; G. CIVELLO, *La sentenza “Taricco” della Corte di Giustizia: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 3; P. GAETA, *Rapporti tra fonti europee e cassazione in tema di legalità: alcune icone*, cit.; G. SALCUNI, *Legalità europea e prescrizione del reato*, in www.archiviopenale.it; O. MAZZA, *Il sasso nello stagno: la sentenza Taricco e il crepuscolo della legalità penale*, in *Rassegna tributaria*, 2015, 1554 ss.; M. PROIETTI, *Norme sulla prescrizione dei reati fiscali al vaglio della Corte di Giustizia europea: gli effetti dirompenti di una pronuncia di incompatibilità con il diritto sovranazionale*, in *Boll. trib.*, 2015, 1677 ss.; L. EUSEBI, [Nemmeno la Corte di giustizia dell’Unione europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco](#), in questa Rivista, 10 dicembre 2015; E.M. AMBROSETTI, *La sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 1, 49 s.; M. CAIANIELLO, *Dum Romae (et Brucsellae) Consulitur...Some considerations on the Taricco Judgement and Its Consequences at National and European Level*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 24 (2016), 1 ss.; R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i “Controlimiti” 2.0*, in www.federalismi.it, 20 febbraio 2016; A. CAMON, *La torsione d’un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, 2 ss.; V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. pen.*, 2016, 1250 ss.; B. ROMANO, [Prescrizione e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?](#), in questa Rivista, 15 febbraio 2016; C. SOTIS, *I limiti del giudice come controlimiti*, intervento al convegno di Milano, 15 aprile 2016, in corso di pubblicazione; A. VALLINI, *La portata della sentenza della Corte di Giustizia “Taricco”*, in corso di pubblicazione; M. BASSINI, *Prescrizione e principio di legalità nell’ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in corso di pubblicazione; inoltre, A. GAMBERINI, [La crisi della tipicità. Appunti per una riflessione sulla trasformazione della giustizia penale](#), in questa Rivista, 4 aprile 2016, 8 ss.; I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, Milano, 2016, 78 ss.; L. DANIELE, [La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell’Unione europea, CEDU e sistemi nazionali](#), in questa Rivista, 11 aprile 2016, 17 ss.

³ Di “impressionante erosione” parla B. CONFORTI, *Riflessioni sul diritto internazionale contemporaneo*, in www.lincci.it, 2.

⁴ Sull’attivismo della Corte di giustizia UE nell’imposizione di obblighi di criminalizzazione, da ultimo, R. FRANCE, *The Division of Criminal Power in the European Union*, in H.J. ALBRECHT-A. KLIP (a cura di), *Crime, Criminal Law and Criminal Justice in Europe. A Collection in Honour of Prof. em. Dr. Dr. H.c. Cyrille Fijnaut*, Leiden-Boston, 2013, 149 ss.

anticipando scenari futuri e quasi seguendo il monito di Jean Cocteau – *trouver d’abord, cherchez après*.

È accaduto, anzitutto, negli anni ’60, con le sentenze che hanno determinato la c.d. “costituzionalizzazione dei Trattati” (i *grands arrêts* sulla dottrina degli *effetti diretti* e sulla *primauté*, rispettivamente *Van Gend en Loos* e *Costa/ENEL*); ancora, dopo il fallimento del progetto costituente europeo, è stata la sentenza *Pupino*⁵ a potenziare gli strumenti-fulcro della cooperazione giudiziaria in materia penale, le “decisioni quadro”, estendendo ad esse l’obbligo di interpretazione conforme, e riducendo così bruscamente quella divisione tra i vari pilastri che sarebbe stata poi abbandonata con il Trattato di Lisbona; di lì a poco, le sentenze in materia ambientale del 2005 e del 2007,⁶ anticipazione dell’attribuzione di competenze (indirette) successivamente “ratificate” dall’art. 83 TFUE.⁷

Pronunce, tutte, dove si apprezza una notevole “*force imaginante du droit*”;⁸ ma caratterizzate anche da una elevata energia distruttiva, dove l’effetto utile è spesso perseguito *côte que côte*.

La sentenza *Taricco*, con la sua spiccata “distruttività creativa”, aggiunge un tassello al mosaico, o forse completa il quadro, sferzando una armonizzazione sostanziale ritenuta da molti troppo timida (forse anche in ragione di un Parlamento europeo che comincia a far sentire la sua voce⁹), e dimostrando nel modo più perentorio che la mancata recezione formale del principio del primato nel Trattato di Lisbona non ha tolto nulla alla sua coerenza.¹⁰ Anzi.

In ogni caso, si tratta senz’altro di una “svolta” per il diritto penale europeo, ma al contempo di una “crisi”, profonda, non solo per il diritto penale domestico, ma per l’assetto di un ordine giuridico (nazionale e sovranazionale) che al cospetto della proliferazione di norme e attori-fonte appare ormai inattingibile,¹¹ e di una parallela crisi – per quanto qui maggiormente interessa – per l’“approccio costituzionale” in materia penale, comportando la decisione curiale una “accelerazione talmente brusca – si è detto – che, se non verrà in qualche modo frenata, ci porterà ad un punto di non ritorno”,¹²

⁵ CGCE, 16 giugno 2005, C-105/03.

⁶ Rispettivamente, CGCE, 13 settembre 2005, C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, e CGCE, 23 ottobre 2007, C-440/05, *Commissione c. Consiglio*.

⁷ Al riguardo, ampiamente, A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell’Unione europea: problemi e prospettive*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 1, 2012, 43; R. SICURELLA, “*Prove tecniche*” per una metodologia dell’esercizio delle nuove competenze concorrenti dell’Unione europea in materia penale, in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA, *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, 3 ss.

⁸ M. DELMAS MARTY, *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Paris, 2006.

⁹ Come in relazione alla c.d. *Non Conviction Based Confiscation*: al riguardo, C. GRANDI, *Il ruolo del Parlamento europeo nell’approvazione delle direttive di armonizzazione penale*, in RIDPP, 2015, 678 ss., 709 ss.

¹⁰ Come noto, il primato, è solo “richiamato” nella dichiarazione finale n. 17, allegata al TUE e al TFUE.

¹¹ Sulle patologie del fenomeno, cfr., ad es., P. WEIL, *Vers une normativité relative en droit international*, in *Ecrits de droit international*, PUF, 2000, 8, denunciando un diritto internazionale “malato delle sue stesse norme”, a tal punto che “è sempre più difficile stabilire non solo ciò di cui una norma giuridica è costituita, ma anche chi essa obblighi, e nei confronti di chi”.

¹² A. CAMON, *La torsione d’un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, 2.

giacché “mette sul campo questioni di primaria importanza non solo per la nostra Costituzione, ma per la nostra civiltà giuridica”.¹³

Il tempo dirà se essa segni davvero l’apogeo o, in realtà, l’inizio del declino del “diritto penale comunitario”: definizione che ha ormai perso il significato ossimorico originario, giacché il diritto penale, originariamente assunto ad antitesi del “diritto comunitario”,¹⁴ ne è ormai divenuto parte integrante.¹⁵

Sin da ora, tuttavia, può dirsi che la pronuncia *Taricco* – più che mettere pesantemente in discussione i “controlimiti” all’integrazione europea fissati dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza *Granital* (n. 170 del 1984) – supera l’idea stessa della Costituzione (nazionale) come limite al diritto penale, che pur si è tentato di riproporre al cospetto delle diverse Carte sovranazionali dei diritti (*in primis*, CEDU e CDFUE), travolgendone tutti gli assiomi: la primazia della riserva di legge come *lex parlamentaria* e il rifiuto della giurisprudenza come fonte; la rinuncia ad obblighi positivi di tutela penale e la scelta di campo per la sussidiarietà; l’idea di colpevolezza e la funzione rieducativa della pena come limiti agli impulsi della prevenzione generale; sullo sfondo, la sottoposizione del giudice alla legge e la stessa separazione dei poteri.

Non è un caso che diverse voci – tra le più autorevoli in questo campo, ALESSANDRO BERNARDI – si sforzino di cercare altrove i punti di riferimento del “diritto penale costituzionalmente orientato”,¹⁶ mentre altre già da tempo invitano a spostare il dibattito sui “controlimiti europei” (i *fundamental rights* tutelati tra Carte e “tradizioni costituzionali comuni”),¹⁷ e non (più) su quelli domestici, in qualche modo cedendo

¹³ M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale* (relazione al Relazione al Convegno “Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali”, Ferrara, 7-8 aprile 2011), in www.rivistaaic.it, cit., 16.

¹⁴ Alle origini del fenomeno, F. SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario*, in *Digesto/pen.*, vol. IV, Torino, 1990, 89 ss.; ha indagato a fondo il processo di progressiva emersione del “diritto penale comunitario” A. BERNARDI, *L’uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004.; ed ancora R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell’Unione europea*, Milano, 2005, in ptc. 94 ss. e C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, *passim*; G. SALCUNI, *L’uropeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, *passim*.

¹⁵ Con buona pace delle voci che lamentano perduranti *deficit* di legittimazione e irrisolte tensioni – a monte o a valle – con il principio di riserva di legge: al riguardo, con diversità di accenti, v. tra gli altri C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, 71 ss., ed anche, in prospettiva maggiormente critica, C. CUPELLI, *La legalità delegata*, Napoli, 2012, 279 ss., e ID., *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale. Tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia*, 2012, spec. 537 ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, Pisa, 2009, p. 248 ss.; ID., *L’avanzamento del “diritto penale europeo” dopo il Trattato di Lisbona*, in *Giust. pen.*, 2010, c. 315 s.; torna sul tema, di recente, A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali*, relazione svolta nell’ambito del Convegno *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali* (Napoli, 7-8 novembre 2015), in corso di pubblicazione nei relativi *Atti* (Napoli, ESI, 2016), 12 (e bibliografia citata a n. 9), ritenendo “non più così insoddisfacente” il livello di democraticità del processo legislativo europeo dopo Lisbona.

¹⁶ A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell’Unione europea*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3, 2013, 230 ss.

¹⁷ Al riguardo, tra gli altri, D. TEGA, *La tutela dei diritti fondamentali nell’Unione europea tra Carta di Nizza e costituzioni nazionali: una poltrona per due?*, in L.S. ROSSI-G. DI FEDERICO (a cura di), *L’incidenza del diritto dell’unione europea sullo studio delle discipline giuridiche*, Napoli, 2008, p. 182 ss.; *amplius*, F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell’uropeizzazione dei controlimiti*,

all'interpretazione più autarchica dell'art. 4.2 TUE:¹⁸ con una curiosa eterogenesi dei fini, che – al cospetto dell'atteggiamento del giudice di Lussemburgo – accetta il rischio di “raccomandare le pecore al lupo”,¹⁹ come ha insegnato, esemplarmente, la sentenza *Melloni*.²⁰

3. “Vecchio” e “nuovo” nella sentenza *Taricco*

La “rivoluzione copernicana” innescata dalla sentenza *Taricco* – una sentenza apparsa a molti “eversiva” (ROBERTO BIN) – si misura nella distanza con i tracciati consolidati della stessa Corte di giustizia, da un lato, e con le posizioni accolte nella nostra giurisprudenza costituzionale, dall'altro.

Come ben sappiamo, la Corte di giustizia aveva sempre escluso la possibilità di far discendere “effetti diretti” *in criminalibus* dalla normativa eurounitaria, e la nostra Corte costituzionale ha sempre sostanzialmente seguito – direi, ribadito – questo *impasse*.²¹

Torino, 2012; sui problemi aperti dalla c.d. “europeizzazione dei controlimiti”, cfr. ancora A. BERNARDI, *Ombre e luci nel processo di armonizzazione dei sistemi penali europei*, in G. GRASSO-G. ILLUMINATI-R. SICURELLA-S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2014, 252 ss.

¹⁸ Sul punto, v. ancora M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 11 s. secondo il quale “l'art. 4.2. si risolve in un maldestro tentativo di neutralizzazione dei controlimiti, che, una volta fossero davvero assorbiti all'interno dell'ordinamento eurounitario, potrebbero essere tranquillamente amministrati dalle sue istituzioni, Corte di giustizia in testa. L'europeizzazione dei controlimiti, però, non comporterebbe una loro semplice neutralizzazione, ma un autentico snaturamento: l'ordinamento nei cui confronti il controlimite è eretto, infatti, pretenderebbe d'esserne il gestore, con plateale *contradictio in adiecto*. Delle due, allora, l'una. O l'art. 4.2, così inteso, deve intendersi a sua volta illegittimo per contrasto con i principi supremi (se si vuole, con il metaprinzipio supremo che vuole intangibili i principi supremi), oppure si cerca di darne un'interpretazione costituzionalmente orientata. In questa seconda prospettiva, la sola lettura armonizzante sarebbe questa: che l'identità nazionale (*recte*: costituzionale) che l'Unione deve rispettare è solo quella che viene dichiarata dallo Stato interessato, nelle forme e nei modi che la *sua* Costituzione stabilisce”.

¹⁹ Di fine del “costituzionalismo nazionale”, al cospetto delle tesi che patrocinano l’“europeizzazione dei controlimiti”, parla, ancora, A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali*, cit., 75.

²⁰ CGUE, 26 febbraio 2013, C- 399/11, *Melloni*, dove, di fatto, il principio in tema di «livello di protezione» sancito dall'art. 53 CDFUE, così come il principio del rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri di cui all'art. 4.2 TUE hanno finito col soccombere, in sede di bilanciamento, rispetto ai principi del primato, unità ed effettività del diritto sovranazionale, nonché ai principi di fiducia e riconoscimento reciproci che la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo mira a rafforzare, dimostrando chiaramente la “possibile «sterilizzazione» della protezione assicurata all'identità nazionale dalle corti domestiche attraverso i controlimiti” (così A. BERNARDI, *Il difficile rapporto*, cit., 79, con ulteriori rilievi critici; sulla sentenza *Melloni* v. anche *infra*, nota 95).

²¹ Anche nella tormentata sentenza n. 28 del 2010 sulle cc.dd. ceneri di pirite – il punto di approdo più avanzato nella tematizzazione del problema da parte della nostra Corte – si è giunti al più a censurare un preciso “inadempimento statale sopravvenuto” (veicolato peraltro da un elemento extrapenale di fattispecie), non certo un inadempimento *tout court*, ravvisato al cospetto di un generico obbligo di adeguatezza sanzionatoria.

Senonché gli “effetti diretti” – al di là dei presupposti che la dottrina si è affaticata ad approfondire²² – non sono una qualità ontologica di una norma, ma – come è stato efficacemente evidenziato – sono ciò che la Corte di giustizia dice;²³ non un crisma originario, ma una virtù attribuita.

E, in questo caso, la Corte di giustizia “ha detto”, inanellando nel suo percorso argomentativo argomenti vecchi e nuovi.

Molti e “gravi” quelli nuovi, giacché – nonostante l’avvocato generale abbia ritenuto, in sostanza, trattarsi di semplice applicazione di principi precedenti – i tratti di originalità in realtà sono davvero notevoli, e la differenza di risultato – hegelianamente – *qualitativa*.

Cominciamo dagli argomenti già affiorati – o consolidati – nelle decisioni di Lussemburgo.

3.1. Sul piano del metodo – lo diciamo solo *per incidens* – ormai consueto è l’uso del rinvio pregiudiziale come sostitutivo della procedura di infrazione, camuffando come problema di interpretazione giuridica un “*cahier de doléances*” sostanzialmente politico;²⁴ qui il quesito concerneva, di fatto, la verifica della sostanziale idoneità (dunque dell’adempimento statale dell’obbligo comunitario) della controversa normativa nazionale ad assicurare una lotta efficace contro le frodi in materi di IVA.

Si tratta di un uso ormai ampiamente avallato dalla Corte, incline a riconoscere maglie molto larghe al rinvio pregiudiziale, secondo un approccio che trova conferma anche nella “presunzione di rilevanza” che la Corte riconosce alle questioni che attengono all’interpretazione del diritto dell’Unione”, o ai generosi margini di riformulazione della questione pregiudiziale che la stessa si autoriconosce.²⁵

3.2. Non nuove neppure le affermazioni circa la pertinenza della materia all’ambito di competenza della Corte: nonostante autorevoli pareri contrari (tra cui il Consiglio UE, in un documento ufficiale, e la Germania intervenendo nel procedimento *Taricco*), la Corte conferma quanto aveva già affermato nella recente sentenza *Åkerberg*

²² Al riguardo, R. ADAM-A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014, 172 ss.; G. STROZZI - R. MASTROIANNI, *Diritto dell’Unione europea*, Parte istituzionale, 6a ed., Torino, 2013, 284 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell’Unione europea*, 7^a ed., Padova, 2012, 169 ss.; in giurisprudenza, CGCE, 4 dicembre 1974, causa 41/74, *van Duyn* e 19 gennaio 1982, causa 8/81, *Becker*.

²³ M. CARTABIA-M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino, 2011, 35: “Effetto diretto significa semplicemente che una norma può essere ‘invocata’ in e applicata da una corte. E ciò si verifica quando lo dice la Corte di giustizia [...]”.

²⁴ Così anche M. CAIANIELLO, *Dum Romae (et Brucsellae) Consulitur...*, cit., 2.

²⁵ Come è stato rilevato, anche nel caso concreto la CGCE ben avrebbe potuto ritenere irricevibili la gran parte delle questioni, evidenziando il difetto di rilevanza delle norme oggetto di richiesta interpretativa (almeno 3 su 4: gli artt. 101, 107, 119 TFUE); ed invece la Corte ha preferito riformulare la questione pregiudiziale, anche con riguardo al parametro di diritto dell’Unione di riferimento (in linea con una prassi frequente nell’applicazione dell’art. 267 TFUE): sul punto, C. AMALFITANO, *op. cit.*

Fransson (C-617/10),²⁶ ovvero che la disciplina sanzionatoria sull'imposta sul valore aggiunto ricade nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea, giacché l'IVA riscossa dagli Stati membri è poi riversata – secondo il sistema delle risorse proprie – a Bruxelles. Per inciso, tale posizione è in linea con una tendenza alla vorace autoattribuzione di competenze che – come si sa – non ha mancato di suscitare reazioni di rigetto da parte di autorevoli tribunali costituzionali.²⁷

3.3. Ricorrente è anche il riconoscimento che, in linea generale, è compito del giudice nazionale, piuttosto che della Corte, verificare il rispetto della norma “interna” rispetto alla disciplina comunitaria, tanto alla luce del principio di assimilazione quanto, soprattutto, alla luce del principio di adeguatezza (anche se del tutto originale l'applicazione *in concreto* di questa divisione di compiti, perché conferisce al giudice domestico un potere di sindacato sull'effettività delle sanzioni penali affatto inconsueto ed eccentrico rispetto ai suoi compiti istituzionali e costituzionali: al riguardo, *infra*, § 3.5).

3.4. Ma veniamo agli argomenti “nuovi”, indubbiamente più interessanti.

Nuova è la consacrazione dell'art. 325 TFUE come “base legale” per la tutela *penale* di interessi finanziari UE (proprio su questo punto si era arenata la Direttiva PIF), con espresso richiamo a “sanzioni privative della libertà” (esplicitato ai punti 37 ss. della decisione,²⁸ con rimando al *principio di effettività* ed al *principio di equivalenza*).²⁹

²⁶ Sulla quale, tra i molti commenti, v. S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale* à la carte, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3, 2013, 242 ss., e, ora, A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali*, cit., 60 ss., rilevando l'ambiguità (e la frequente contraddittorietà) delle argomentazioni dalla Corte di Giustizia.

²⁷ A seguito della sentenza *Fransson*, il *Bundesverfassungsgericht* ha prontamente risposto con una decisione sul caso del c.d. “data base antiterrorismo” (BVerfG, 1 BvR, 1215/07 del 24 aprile 2013), minacciando la censura di atti *ultra vires* qualora la Corte avesse insistito nell'orientamento affermato nella citata pronuncia (sul punto, M. PACINI, *Lussemburgo e Karlsruhe a duello sull'applicabilità della Carta UE*, in Osservatorio dell'Associazione dei costituzionalisti, settembre 2013).

²⁸ “Se è pur vero che gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili, che possono assumere la forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due, al fine di assicurare la riscossione di tutte le entrate provenienti dall'IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell'Unione conformemente alle disposizioni della direttiva 2006/112 e all'art. 325 TFUE, possono tuttavia essere indispensabili sanzioni penali per combattere in modo effettivo e dissuasivo determinate ipotesi di gravi frodi in materia di IVA (punto 39). Occorre del resto ricordare che, ai sensi dell'art. 2, paragrafo 1, della Convenzione PIF, gli Stati membri devono prendere le misure necessarie affinché le condotte che integrano una frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che comprendano, almeno nei casi di frode grave, pene privative della libertà (punto 40). [...] Orbene, dall'insieme delle considerazioni svolte ai punti 37 e da 39 a 41 della presente sentenza emerge che gli Stati membri devono assicurarsi che casi siffatti di frode grave siano passibili di sanzioni penali dotate, in particolare, di carattere effettivo e dissuasivo. Peraltro, le misure prese a tale riguardo devono essere le stesse che gli Stati membri adottano per combattere i casi di frode di pari gravità che ledono i loro interessi finanziari”.

²⁹ “A tale riguardo, è necessario sottolineare che l'obbligo degli Stati membri di lottare contro le attività lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure dissuasive ed effettive nonché il loro obbligo di

Come è evidente, si tratta di una posizione interpretativa che incide pesantemente sul *diritto materiale* dell'UE: l'art. 83 TFUE limita espressamente gli atti adottabili per i campi di materia ivi indicati alle *direttive*, con conseguente radicamento – sempre e comunque – di una competenza penale solo *indiretta*; l'art. 325 TFUE non contemplerebbe invece limiti in ordine agli atti utilizzabili, legittimando – come è stato già prospettato³⁰ – iniziative legislative promosse con *regolamento*, con norme direttamente applicabili e dunque potenziali strumenti di competenza penale *diretta*.

Si tratta solo di un primo passo, perché l'art. 325 TFUE – nel quale da sempre viene identificato il *Kern* del diritto penale europeo³¹ – può trasformarsi in un formidabile *trojan horse*: nel suo ventre, c'è oggi già l'universo magmatico delle frodi comunitarie (di cui le frodi all'IVA sono mero sottoinsieme), e *par ricochet* il riciclaggio di denaro proveniente dalle stesse (reato generalmente ritenuto ben più grave, come si sa, dei reati presupposto); domani, vi sarà la corruzione del pubblico agente UE, e così via, in linea con la tendenza voracemente espansiva di cui si è accennato.

Ove la disciplina domestica volta a volta in rilievo sia da disapplicare – come indica la sentenza *Taricco* – perché inadeguata alla luce del principio di efficacia-proporzionalità – la conseguenza prevedibile sarà la corsa all'“assimilazione invertita”, ovvero la “trappola dell'assimilazione”: si creerà una dissimmetria – ed un *gap* di ragionevolezza – che dovrà necessariamente essere colmata a livello domestico, dal legislatore ovvero – si tornerà sul punto – dalla Corte costituzionale, con interventi che allo stato sembrano inibiti dai limiti di sindacato a questa concesso; ma che è prevedibile seguiranno una logica di livellamento punitivo verso l'alto, non certo verso il basso.

L'intonazione globale della sentenza *Taricco*, in effetti, appare piuttosto chiara, perché la portata interpretativa non sembra affatto – per usare il lessico della Corte EDU – “*constrained by the facts of the case*”; da un lato, infatti, la pronuncia pregiudiziale resa ai sensi dell'art. 267 TFUE – è noto – ha un valore generale e vincola tanto il giudice *a quo* quanto gli altri giudici nazionali,³² tanto più che nel caso concreto essa investe direttamente un istituto di “parte generale”, indicandolo come responsabile della ineffettività della tutela; dall'altro, soprattutto, lo schema è pronto per essere replicato e declinato su altre ipotesi.

adottare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro interessi finanziari sono obblighi imposti, in particolare, dal diritto primario dell'Unione, ossia dall'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE”.

³⁰ A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, cit.; ID., *Il difficile cammino della direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione attraverso la legge penale, c.d. direttiva PIF*, in *Cass. pen.*, 2015, 2422 ss.; analogamente, M. CAIANIELLO, *Dum Romae (et Brucsellae) Consulitur...*, cit., 6; perplessità, tuttavia, in I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, cit., 71.

³¹ Come già, d'altronde, il precedente art. 280 TCE (sul quale v. tra gli altri R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005, 245 ss.); sulla tradizionale tendenza dell'art. 325 TFUE a fondare una “iperlegittimazione” dell'intervento UE, v. ad es. C. SOTIS, *I limiti del giudice come controlimiti*, intervento al convegno di Milano, 15 aprile 2016, in corso di pubblicazione, 3 ss. del dattiloscritto.

³² Corte cost., sentenze n. 113 del 1985 e n. 284 del 2007.

“*Poca favilla gran fiamma seconda*”, come si sa: e non stupisce affatto che la traccia segnata dalla sentenza in esame sia stata subito ripercorsa, ed approfondita, da una recente rinvio pregiudiziale di altro giudice italiano.³³

3.5. Nuovo, e rivoluzionario, è il potere di sindacato riconosciuto *in concreto* al giudice domestico nella valutazione di adeguatezza e dunque nell’implementazione dell’obbligo di tutela eurounitario, ossia nella rilevazione del contrasto tra disciplina interna e normativa UE da risolvere mediante disapplicazione (*infra*, § 3.6): sindacato da condursi sulla base di un mero *canone di razionalità materiale*³⁴ quale il principio di efficacia/proporzionalità, rispetto al quale il richiamo al principio di assimilazione sembra una fragile stampella *ad adiuvandum*;³⁵ e declinato – questo il punto di maggiore originalità – attraverso un *criterio-guida* quanto mai fluido, giacché la disapplicazione – sostiene la Corte – sarebbe doverosa ove “detta normativa impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave” (punto 58 della sentenza *Taricco*, corsivo nostro).

Come è evidente, tale criterio-guida incarna una chiara indicazione politica-criminale (di schietta *Kriminalpolitik im kleinen*), tanto curiosa quanto sfuggente,³⁶ di notevole spessore nella prospettiva della compatibilità costituzionale, giacché consegna *l’an* della punibilità in concreto, e dunque il giudizio sulla *Strafbedürfnis*, al vaglio del giudice comune, mettendogli nelle mani “una sorta di opposto *in malam partem* del giudizio di offensività”, in una prospettiva di “pura (e presuntiva) *prevenzione generale*”.³⁷

³³ Si tratta dell’ordinanza G.i.p. Varese, 30 ottobre 2015, n. 588, giud. Sala, in *questa Rivista*, 15 aprile 2016), con le quali sono state rimesse alla CGCE una serie di questioni interpretative relative al d.lgs. n. 74 del 2000, sostanzialmente volte a denunciare l’incompatibilità di taluni profili – recentemente oggetto di riforma – con gli obblighi di tutela discendenti – appunto – dall’art. 325 TFUE, sempre alla luce dei principi di assimilazione e di efficacia-proporzionalità (sulla decisione, cfr. L. ZOLI, [La disciplina dei reati tributari al vaglio della Corte di Giustizia UE](#), *ibidem*).

³⁴ Cfr. ancora C. SOTIS, *I limiti del giudice*, cit., 7.

³⁵ Anche in ragione della fattispecie assunta a *tertium comparationis* (il reato di associazione allo scopo di commettere delitti in materia di accise sui prodotti del tabacco, in merito al quale “il diritto nazionale non prevede, in particolare, alcun termine assoluto di prescrizione”: punto n. 48 della sentenza *Taricco*), che – specie alla luce dei criteri utilizzati dalla Corte costituzionale in punto di sindacato di ragionevolezza – appare una fattispecie comparativa del tutto eterogenea.

³⁶ Lo rileva anche S. MANACORDA, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA*, cit., 3, secondo il quale “Se concepita in astratto, con riferimento all’integralità dei procedimenti pendenti dinanzi alle autorità giudiziarie italiane, tale indicazione sembra investire il singolo giudice di un potere-dovere di apprezzamento generalizzato circa gli effetti della normativa espliciti dall’interruzione, che esorbita dalla sua cognizione, tranne forse il caso in cui a pronunciarsi sia la Cassazione investita da un numero cospicuo di ricorsi in casi simili. Se concepito in concreto, come indicazione per il singolo giudice in relazione alla fattispecie oggetto del proprio giudizio, il riferimento ad un numero considerevole di casi gravi restringe la disapplicazione all’ipotesi di un numero elevato di frodi IVA, il più delle volte strutturate come reati-fine di un’associazione per delinquere, non dando invece adito alla prevalenza del diritto dell’Unione e al conseguente superamento della disciplina prescrizione nelle ipotesi residue”.

³⁷ Su questo aspetto si incentra, in particolare, la serrata critica di L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell’Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, cit., 3 ss.

In effetti, con questa ambigua *policy* si chiede al giudice non solo di farsi arbitro della sussidiarietà, affidandogli verifiche empiriche alquanto illusorie,³⁸ ma anche di rovesciare il tradizionale principio liberale che gli vieta di strumentalizzare il singolo per fini di politica criminale, fulcro attorno al quale gravitano i dispositivi tipici del diritto penale della colpevolezza e della rieducazione, e il valore stesso della proporzionalità:³⁹ di fatto, si soppianta l'idea della pena commisurata alla colpevolezza per il singolo fatto (*Schuldangemessenestrafe*) come massimo margine punitivo (*Höchstgrenze*) cui il giudice può attingere, con la licenza di decidere *se punire* in ragione del *need of deterrence* fomentato dalla diffusione di condotte analoghe su scala nazionale.

3.6. Nuova, e altrettanto dirompente, come anticipato, è l'immediata ricaduta consequenziale che se ne trae in punto di effetti diretti e di *primaute*, così come, conseguentemente, in punto di *potere/dovere di disapplicazione* della normativa contrastante – *rectius*, di “qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente” – ad opera del giudice domestico.

La Corte, al riguardo, non usa giri di parole: “Tali disposizioni del diritto primario dell’Unione pongono a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione quanto all’applicazione della regola in esse enunciata [...]. In forza del principio del primato del diritto dell’Unione, le disposizioni dell’art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE hanno l’effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, di rendere *ipso iure* inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente” [punti 51 e 52]. “[...] 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’art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE”.

Al di là della delicata questione concernente l’individuazione di quale debba essere il risultato di questa operazione di “ortopedia giuridica”,⁴⁰ capace di aprire una autentico “*legal black hole*” che dovrebbe già far dubitare – sul piano normoteoretico –

³⁸ È un problema – come noto – ricorrente al cospetto di obblighi di criminalizzazione di fonte giurisprudenziale, emerso anche sul versante convenzionale: si veda, ad es., l’opinione parzialmente concordante dei giudici Tulkens, Ziemele e Bianku nel caso *Gäfgen c. Germania* (Corte EDU, 1 giugno 2010): “*En affirmant comme un postulat l’effet dissuasif de sanctions pénales plus lourdes, nous nous demandons si la Cour ne risque pas de créer ou d’entretenir une illusion. L’effet de la prévention (générale ou individuelle) des peines a fait depuis longtemps l’objet de nombreux travaux et recherches, notamment empiriques. Ceux-ci arrivent à la conclusion que cet effet est relatif, sinon médiocre. Enfin, même – et sans doute surtout – lorsque la répression pénale se met au service des droits de libertés, avec les risques d’occulter que celle-ci est aussi une menace pour les droits et libertés, on ne peut perdre de vue le principe de subsidiarité qui est un axiome de base du droit pénal: le recours à l’arme pénale n’est admissible que s’il n’existe pas d’autres moyens de protéger les valeurs ou intérêts en cause*”.

³⁹ Cfr., in questa prospettiva, anche A. VALLINI, *La portata della sentenza della Corte di Giustizia “Taricco”*, cit., 6.

⁴⁰ Ponendo ovviamente, in altri termini, il problema di stabilire quale debba essere – a valle della disapplicazione – il diritto applicabile a fronte di fatti interruttivi della prescrizione, con opzioni che in astratto spaziano dall’imprescrittibilità *tout court*, alla reviviscenza del vecchio regime pre-Cirielli, alla mutuabilità *per relationem* del regime operante per “fattispecie” analoghe.

della possibilità logica di una disapplicazione,⁴¹ l'attribuzione ad una norma UE (pur di "rango" primario) di effetti diretti *in materia penale* è del tutto originale, e a quanto ci consta, un *unicum*.

Essa finisce anzitutto con lo snaturare, in sostanza, la stessa teoria degli *effetti diretti*, originariamente affermata per non far ricadere sugli individui l'inadempimento statale,⁴² e qui trasformata nel suo esatto contrario, facendo sorgere proprio dall'inadempimento statale un aggravamento della situazione giuridico-penale dei singoli,⁴³ con l'effetto di soggiogare all'armonizzazione gli stessi diritti fondamentali.⁴⁴

Ma anche il principio del *primato* – e lo strumento operativo teso a darvi "concreta efficacia", la disapplicazione in sede "diffusa" – viene invocato in una prospettiva affatto inedita: siamo infatti ben oltre i casi *Tombesi* e *Niselli*, dove le ipotesi di specie concernevano il contrasto tra una normativa comunitaria di dettaglio e la più favorevole definizione interna di un elemento normativo di fattispecie (il concetto di *rifiuto* nella disciplina penale-ambientale), dunque tra una *regola* comunitaria e una *norma penale nazionale di favore*;⁴⁵ siamo anche oltre le richieste oggetto di rinvio pregiudiziale nel caso – richiamato a più riprese dall'Avvocato generale, oltre che dalla sentenza – della nota sentenza *Berlusconi*, ove di fatto – al cospetto della "miniaturizzazione" del mendacio societario operata dal d.lgs. n. 61 del 2002 – si chiedeva alla Corte UE di censurare l'inadempimento statale sopravvenuto, assumendo che la precedente disciplina punitiva del falso in bilancio soddisfacesse l'obbligo comunitario di tutela adeguata⁴⁶ –

⁴¹ Sui limiti dello schema della disapplicazione si vedano, per tutti, le penetranti considerazioni di F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, n. 6/2011, 657 ss.; in relazione alla vicenda concreta, cfr. anche E. LUPO, *La primauté del diritto UE*, cit., 6; al riguardo v. tuttavia A. VALLINI, *La portata della sentenza della Corte di Giustizia "Taricco"*, cit., 2, secondo il quale il risultato non sarebbe indeterminato, posto che "la disapplicazione pretesa riguarda soltanto il termine massimo specificamente indicato in caso di interruzione dall'art. 161 [...]", cosicché "dopo l'atto interruttivo tornerà a consumarsi dall'inizio il termine "ordinario" ricavabile dall'art. 157 c.p., senza decurtazioni di sorta", con un "rilancio" che potrà "tendenzialmente ripetersi all'infinito, per l'intervento di nuove cause di interruzione", ma che pur sempre presenta un criterio cronologico di riferimento.

⁴² Come noto, consentendo agli individui di far comunque valere un diritto soggettivo di matrice comunitaria anche in caso di inadempimento statale dell'obbligo discendente da una direttiva non trasposta (a far data dalla celeberrima sentenza *Van Gend en Loos*, cit.).

⁴³ Su questo aspetto della decisione, v. L. BIN, *La prima sentenza "post Taricco" della Cassazione*, in *Archivio penale on line*, n. 1/2016, 1 ss.

⁴⁴ Al riguardo, L.F.M. BESSELINK, *The ECJ as the European "Supreme Court": Setting Aside Citizens' Rights for EU Law Supremacy*, in www.verfassungsblog.de, 18 agosto 2014.

⁴⁵ Casi nei quali la CGCE ha affermato la percorribilità dello schema della disapplicazione: al riguardo, per ripercorrere le diverse decisioni pregiudiziali intervenute in questioni rivolte *in malam partem* si rinvia alla preziosa guida di C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, 136 ss., 315 ss.

⁴⁶ Sui "profili costituzionali" della questione, sollecitata da un'acuta dottrina (C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, 171 ss.), si rinvia all'incisivo studio di G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto nella attribuzione dei poteri?*, Milano, 2003, *passim*.

richieste, peraltro, tutte declinate dalla Corte⁴⁷ proprio riaffermando l'incapacità di produrre effetti diretti (da parte di direttive, nel caso di specie) in materia penale.⁴⁸

Nel caso *Taricco*, la disapplicazione è il rimedio che la Corte – accogliendo il suggerimento del Tribunale di Cuneo – indica per sanare un difetto di adeguatezza rispetto ad uno *standard* di tutela generico ed indefinito ricavabile dall'art. 325 TFUE, e si traduce nel conferimento al giudice del potere di compiere una vera e propria operazione di *découpage* manipolativo o creativo volto a potenziare in termini di effettività un presidio esistente, ma ritenuto blando, procrastinando il tempo di prescrizione.⁴⁹

Ammessa oggi questa possibilità di sindacato e la relativa soluzione chirurgica, una tale operazione domani – reperita volta a volta la base legale pertinente – potrebbe non avere limiti, potendo condurre ad eliminare una soglia di punibilità o un meccanismo estintivo,⁵⁰ una condizione obiettiva di punibilità o di procedibilità, una circostanza attenuante o persino una peculiare qualificazione del dolo, che aggravi troppo l'accertamento del reato in punto di elemento soggettivo (in ipotesi: l'avverbio “consapevolmente” nel reato di detenzione di materiale pedopornografico, *ex art. 600 quater c.p.*; lo stesso avverbio nel reato di false comunicazioni sociali *ex artt. 2621-2622 c.c.*, etc.).⁵¹

3.7. Anche per esorcizzare un simile, inconfessabile scenario, la Corte si premura di negare che il sindacato colpisca al cuore la sovranità punitiva (e/o la “dissuasività in sé” dell'impianto sanzionatorio in esame⁵²), e di affrontare la compatibilità della

⁴⁷ CGCE, 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02 (*Berlusconi*), C-391/02 (*Adelchi*), C-403/02 (*Dell'Utri*), ove la Corte affermò il consolidato principio per cui “una direttiva, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, non può [...] avere l'effetto di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati”; sulla decisione, volendo, vedi G. INSOLERA-V. MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul “falso in bilancio”: un epilogo deludente?*, in *Cass. pen.*, 2005, 2768 ss.

⁴⁸ Rileva la notevole originalità della pronuncia anche C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, cit., § 5, secondo la quale “Se consolidata può dirsi anche quella giurisprudenza che ammette l'invocabilità dell'effetto diretto di una norma del trattato anche nei confronti di privati (v., per tutte, *Defrenne*) e non solo dello Stato membro (come accade, invece, rispetto alle previsioni chiare, precise ed incondizionate contenute nelle direttive), non può non rilevarsi come trattandosi di materia penale, la conseguenza di tale invocabilità nel caso di specie è del tutto peculiare. Gli imputati, infatti, in virtù del siffatto effetto diretto e della conseguente (eventuale) disapplicazione della normativa nazionale contrastante, subirebbero le conseguenze della violazione imputabile allo Stato (cui solo, del resto, l'art. 325 TFUE pone obblighi specifici), risultando sostanzialmente “aggravata” la loro posizione nel procedimento penale”.

⁴⁹ In questa prospettiva, sottolinea la portata rivoluzionaria della sentenza *Taricco* anche C. SOTIS, *I limiti del giudice*, cit.

⁵⁰ Come ipotizzato dall'ordinanza del G.i.p. Varese, 30 ottobre 2015, n. 588, giud. Sala, cit.

⁵¹ Torna alla mente la questione di costituzionalità sulla fattispecie di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) a seguito della riforma del 1997 (rigettata dalla Corte cost. con sentenza n. 447 del 1998).

⁵² CGCE, 8 settembre 2015, C-105/14, cit., punto 46: “Si deve in proposito precisare che né il giudice del rinvio né gli interessati che hanno presentato osservazioni alla Corte hanno sollevato dubbi sul carattere dissuasivo, in sé, delle sanzioni penali indicate da detto giudice, ossia della pena della reclusione fino a sette

soluzione accolta con il *principio di legalità*, in relazione al quale si nega ogni possibile conflitto ritenendo, anzitutto, che la punizione non deriverebbe da una scelta incriminatrice di matrice comunitaria (o da una fattispecie “*judge-made*”), ma pur sempre dall’opzione punitiva nazionale. Per giungere a questa sorprendente conclusione, passaggio obbligato – anche questo nuovo, quanto meno per la CGCE – è la presa di posizione in merito alla disciplina (degli atti interruttivi) della prescrizione, che secondo la Corte – appunto – non prospetterebbe alcuna particolare preclusione in punto di disapplicazione con effetti *in malam partem* (pur con l’inciso sibillino “con riserva di verifica da parte del giudice nazionale”).

È stata subito evidenziata, al riguardo, una spiccata distanza culturale dal nostro ordinamento, dove la prescrizione “è sostanza della legalità penale, e non semplice morte del processo”,⁵³ mentre il giudice UE ritiene radicalmente insussistente un problema di legalità.⁵⁴

Al di là dei profili di intrinseca contraddittorietà,⁵⁵ ad un simile ricostruzione si possono obiettare, in realtà, diversi argomenti, specie dove l’argomentazione si appiglia alla gruccia della giurisprudenza di Strasburgo:

- a) anzitutto, su di un piano generale, è affermazione diffusa quella che – alla luce dell’art. 111, primo comma, Cost. (ove si richiede che il processo sia “regolato dalla legge”) – ritiene il principio di legalità esteso a coprire anche le norme processuali;⁵⁶
- b) ancora, e più in particolare, non appare convincente il richiamo alla giurisprudenza della Corte EDU, sia perché i precedenti non sembrano inequivoci,⁵⁷ sia perché l’esclusione della prescrizione – in sede convenzionale –

anni, e neppure sulla conformità al diritto dell’Unione della previsione, nel diritto penale italiano, di un termine di prescrizione per i fatti costitutivi di una frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione [...]”.

⁵³ P. GAETA, *Rapporti tra Fonti europee e Cassazione*, cit.

⁵⁴ Non si pone, dunque, un problema di livelli di tutela (come nella sentenza *Melloni*, ove invece si era affermato che il diritto del ricorrente ad una più elevata protezione dei diritti fondamentali accordata in sede nazionale, e prospettata dall’art. 53 Carta dei diritti UE, trova un limite nella supremazia del diritto eurounitario), giacché secondo la Corte la disciplina degli atti interruttivi sarebbe semplicemente al di fuori dello spettro di tutela del *nullum crimen*.

⁵⁵ Pare anzitutto contraddittoria l’impostazione seguita, che prima imputa alla disciplina italiana della prescrizione il *deficit* di effettività/adequatezza della tutela, e poi nega che essa sia parte della legalità sostanziale.

⁵⁶ Cfr., ad es., S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 2016, 371 s.; analogamente, L. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali*, cit., 18.

⁵⁷ Nel precedente di riferimento richiamato dalla stessa Corte UE, ossia Corte EDU, 22 giugno 2000, *Coëme e altri c. Belgio*, si muove dalla precipua considerazione (e dal rispetto) dell’inquadramento interno, rilevando come “la soluzione adottata dalla Corte di cassazione [belga] si fonda sulla giurisprudenza secondo la quale le leggi che modificano la disciplina della prescrizione sono ormai considerate, in Belgio, leggi di competenza procedurale”, e solo su questa base si ritiene ammissibile (e non sindacabile) la scelta del regime

dall'ombrello garantistico dell'art. 7 CEDU non può determinare mutamenti peggiorativi dello statuto garantistico seguito a livello domestico, e corroborato – come noto – da un consolidato orientamento della Corte costituzionale che riconosce la natura sostanziale della prescrizione. Infatti il concetto di “materia penale” opera, per così dire, in direzione *one way*,⁵⁸ potendo estendere le garanzie interne, e mai ridurle, in linea del resto con la clausola di salvaguardia prevista nell'art. 53 CEDU.⁵⁹

- c) Proprio il richiamo alla giurisprudenza europea, in realtà, potrebbe forse sollecitare conclusioni opposte rispetto a quelle cui giunge la sentenza *Taricco*: l'approccio sostanziale che caratterizza la giurisprudenza della Corte EDU, infatti, considera centrale – al di là di qualificazioni formalistico/dogmatiche – se una certa modifica di disciplina abbia avuto ripercussioni negative in capo al singolo, non prevedibili al momento della commissione del fatto: e, francamente, l'effetto peggiorativo – quale che ne sia la natura – sembra innegabile⁶⁰ quando la

consuetamente applicato a tali disposizioni, ossia il *tempus regit actum* (immediata applicabilità ai processi in corso).

⁵⁸ In altri termini, non sembra potersi condividere la considerazione secondo la quale alla Corte europea sarebbe *indifferente* la scelta di inquadramento (e persino l'“etichetta formale”) attribuita in sede domestica ad un certo istituto: vero ciò quando si tratta di estendere l'ambito garantistico (smascherando eventuali ipotesi di “truffa delle etichette”), non può tuttavia affermarsi il contrario, poiché per un consolidato orientamento della stessa Corte europea la nozione di “materia penale” (che segna il perimetro di applicazione degli artt. 6 e 7 CEDU) deve intendersi – per così dire – “a senso unico”, potendo operare quando lo Stato non qualifica come penale una sanzione che – alla stregua dei criteri accolti dalla Corte – andrebbe considerata tale, e non viceversa (assunto costante, sino a far data dalla nota sentenza della Grande camera, Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, §§ 81 ss.; al riguardo, v. di recente F. MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in RIDPP, 2013, 1899 ss.).

In questa prospettiva, dunque, neppure un sicuro riconoscimento – da parte della Corte di Strasburgo – all'istituto della prescrizione della natura processuale sembra capace di superare l'inquadramento (nel caso di specie, più “garantistico”) riconosciuto nel contesto interno [ove la nostra Corte costituzionale – come noto – a più riprese ha avuto modo di chiarire, con riferimento ai rapporti tra art. 2 c.p. e prescrizione, che “la norma del codice penale deve essere interpretata, ed è stata costantemente interpretata dalla giurisprudenza di questa Corte (e da quella di legittimità), nel senso che la locuzione “disposizioni più favorevoli al reo” si riferisce a tutte quelle norme che apportino modifiche *in melius* alla disciplina di una fattispecie criminosa, ivi comprese quelle che incidono sulla prescrizione del reato”: sentenza n. 392 del 2006, punto 4; ma anche n. 72 del 2008, sottolineando che tale conclusione è “coerente con la natura sostanziale della prescrizione”].

⁵⁹ Come noto, l'apporto offerto dal sistema di protezione dei diritti tracciato nella Convenzione EDU si aggiunge alle garanzie o ai diritti riconosciuti in sede domestica, elevandone lo *standard* o amplificandone la portata, non potendone tuttavia mai comprimere lo spettro di tutela (“limitandoli” o “pregiudicandoli”: art. 53 CEDU).

Se si dovesse accettare in modo pedissequo l'orientamento “dogmatico-sistematico” (asseritamente) ravvisato nella giurisprudenza della Corte EDU, del resto, la conseguenza sarebbe un allineamento del sistema interno ad una posizione che depotenzia la garanzia interna, limitandone l'ambito applicativo “in senso orizzontale”, proprio mentre il suo contenuto – come in punto di *lex mitior* – viene elevato ad un maggior riconoscimento “in senso verticale”.

⁶⁰ Cfr. anche M. BASSINO, *Prescrizione e principio di legalità*, cit., 19 del dattiloscritto.

mutazione concerna il regime della prescrizione, mutazione che del resto la stessa Corte di Strasburgo ha considerato determinante, nelle sue ripercussioni negative, in un precedente “italiano” assai noto (*Drassich c. Italia*).⁶¹

4. Il cuore della sentenza Taricco: il “giudice di scopo”, custode degli obblighi punitivi europei e, a monte, artefice di una legalità essenzialmente giurisdizionale

Il risultato complessivo di questo *mix* esplosivo di argomenti è una sentenza *fuzzy* che – a nostro sommo avviso – inginocchia la certezza del diritto ai piedi dell’armonizzazione e dell’efficienza repressiva, con un enorme potere attribuito agli operatori del diritto che si muovono in questo perimetro *flou*.⁶² Attribuendo, di fatto, una patente di legittimità non solo all’“ermeneutica di lotta” giurisprudenziale – che il sistema già da tempo si è abituato a tollerare – ma ad una vera e propria “normazione parallela” (*alternativ Normierung*) per via giudiziale.

Siamo dunque ben oltre un traguardo che comunque e sempre la Corte aveva negato, ossia l’affermazione degli effetti diretti in materia penale.

La questione è ordinamentale, ed ha una forte cifra politica, perché in gioco – per usare il lessico della nostra Corte costituzionale – c’è una vera e propria “sovversione di sistema”, che si iscrive peraltro in un orizzonte di fondo dove – nel contesto di una profonda turbolenza attraversata dalla legalità⁶³ – si registra già da tempo l’incalzante

⁶¹ Cfr. quanto rilevato da M. CAIANIELLO, op. cit., 9, richiamando la sentenza *Drassich*, dove la modifica dell’imputazione aveva avuto come effetto un termine di prescrizione più lungo, consentendo un processo che altrimenti non avrebbe avuto luce, e dove la Corte EDU rileva: “*Dès lors, la Cour ne saurait souscrire à la thèse du Gouvernement selon laquelle la modification de l’accusation a été sans incidence sur la détermination de la peine prononcée à l’encontre du requérant*” (Corte EDU, 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*).

Come noto, argomentazioni sostanzialistiche che guardano all’incidenza sul *quantum* della pena – e che a *fortiori* dovrebbero valere in merito all’*an* della punibilità – emergono dalla nota sentenza *Scoppola* (Grande Camera, Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*), posto che – nella vicenda sottoposta al giudizio della Corte – le modifiche legislative controverse (relative all’art. 442, comma 2, c.p.p.), ancorché contenute in una *legge processuale*, sono state ritenute norme di diritto sostanziale perché “[influivano] sulla severità della pena da infliggere”, così ritenendo irrilevante la qualifica del diritto interno [l’imputato, in concreto, non aveva potuto beneficiare della disposizione meno severa e che era entrata in vigore dopo la commissione del reato, ma prima della pronuncia definitiva]; su questa traccia v. ora l’interessante Corte EDU, 7 luglio 2015, *Gaetano Davide Greco c. Italia*, in punto di divieto di *reformatio in pejus* in caso di appello del solo imputato: “La Corte è pronta ad accettare che, benché faccia parte del CPP, le cui disposizioni regolano di norma la procedura da seguire per perseguire e giudicare i reati, l’articolo 597 comma 3 sopra citato possa essere considerato una disposizione di diritto penale materiale, in quanto verte sulla severità della pena da infliggere quando l’appello viene interposto unicamente dall’imputato”.

⁶² Il principale problema di ogni processo di armonizzazione: cfr. da ultimo M. DELMAS MARTY, *L’emersione di un ordine giuridico mondiale: patologia o metamorfosi?*, in RIDPP, 2015, 1697 ss., 1703.

⁶³ Per tutti, v. l’ampio affresco di M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. VI, Milano, 2015, 371 ss., 410 ss., ove si indagano le origini e i tracciati della transizione verso una legalità “ibrida” di matrice essenzialmente giurisdizionale, o “giustiziale”, “teleologica” contestuale e paratattica, segnalando anzitutto una “davvero epocale [...] metamorfosi della legalità, quale appare chiaramente dalla prospettiva europea: alla luce della nuova legalità ibrida (sbilanciata verso il lato della *ratio*, della legittimazione e dei modi tipici

avanzare di una *legalità* essenzialmente *giurisdizionale*, e la riconversione del diritto (anche penale) secondo (e forse oltre i) moduli propri dell'universo di *common law* (in assenza, tuttavia, delle garanzie previste nei sistemi di *judicial law-making*):⁶⁴ protagonista della scena, il giudice-fonte, origine e terminale del diritto e delle sue ambizioni di effettività, e di giustizia, ed ora alfiere anche della politica criminale e dei suoi scopi e *rationes*, perseguiti *secundum*, ma anche *praeter* e persino *contra legem*.

Tale transizione – sul versante dei rapporti inter-ordinamentali – ha preso avvio con l'attecchire del *rights-based discourse*, e della progressiva “*domestication*” dei diritti umani internazionali,⁶⁵ ormai entrati a far parte dello strumentario operativo quotidiano del giudice comune.⁶⁶ Di qui, ha attecchito anche in campo penale,⁶⁷ protagonizzando il giudice tanto a garanzia del reo quanto a tutela delle vittime, con periodiche “rivoluzioni” accompagnate da continue scosse di assestamento: del resto, ce lo aveva anticipato, ragionando *in bonam partem*, la Corte EDU, con effetti dirompenti manifestatisi di recente nella sentenza *Contrada c. Italia*;⁶⁸ ce lo ha ribadito, ancora il giudice di Strasburgo, introducendo in via giurisprudenziale *positive obligations* a carico

della giurisdizione), il potere non è più valutato secondo il parametro unitario, formale, indiscutibile e inflessibile, della conformità al tipo legislativo (*dura lex sed lex*), ma secondo una rete di regole e, soprattutto, di principi, che valgono per la loro sostanza valoriale e sono flessibili, sempre oggetto di discussione e necessariamente soggetti a ponderazione e bilanciamenti [...]”.

⁶⁴ Sul punto, volendo, V. MANES, *Common law-isation del diritto penale: trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in corso di pubblicazione.

⁶⁵ A. STONE SWEET, *A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe*, in *Global Constitutionalism*, 2012, 53 ss..

⁶⁶ Con parallela marginalizzazione dei tribunali costituzionali, sempre più, comprimari, o semplici corifei delle Alte Corti e dei loro *ukase*: su questo “*desplacement effect*” che va marginalizzando il ruolo dei tribunali costituzionali, v. ad es. J. KOMÁREK, *The Place of Constitutional Courts in the EU*, in *European Constitutional Law Review*, n. 9/2013, 420 ss.; nella prospettiva penale, volendo, V. MANES, *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in RIDPP, 2015.

⁶⁷ V., tra gli altri, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, passim.

⁶⁸ Corte EDU, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, ove la Corte – ponendo un limite al retroagire delle fattispecie di “formazione giurisprudenziale” – di fatto ne legittima la creazione, conformemente al proprio orientamento consolidato. Sul punto, v. le acute riflessioni di O. DI GIOVINE, [Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale](#), in questa Rivista, 12 giugno 2015; sulla sentenza *Contrada*, v. altresì D. PULITANÒ, [Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge](#), in questa Rivista, 13 luglio 2015; A. ESPOSITO, [Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario](#), in questa Rivista, 2 ottobre 2015, 1 ss.; F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 1061 ss.; ID., [Legalità fra law in the books e law in action](#), in questa Rivista, 13 gennaio 2016, 1 ss.; V. MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Diritto penale e processo*, 2015, 1019 ss.; G. MARINO, [La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 Cedu: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?](#), in questa Rivista, 3 luglio 2015; G. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 2016, 12 ss.; S. E. GIORDANO, *Il “concorso esterno” al vaglio della Corte Edu: prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia*, in *Archivio penale (Rivista web)*, fasc. 2, 2015; E. SELVAGGI, *Osservazioni (alla sentenza Contrada) in Cass. pen.*, 2014, 2865 ss.; M.T. LEACCHE, *La sentenza della Corte Edu nel caso Contrada e l'attuazione nell'ordinamento interno del principio di legalità convenzionale*, in *Cass. pen.*, 2015, 4611 ss.; ed ancora, M. DONINI, *La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale a formazione giudiziaria progressiva. Gli insegnamenti e i limiti della sentenza Contrada*, in corso di pubblicazione in RIDPP, 2016.

degli Stati con una ricca messe di decisioni (da ultimo con la sentenza *Cestaro c. Italia*) che hanno forgiato la curvatura “vittimocentrica” del diritto penale.⁶⁹

Qui lo conferma la Corte di giustizia UE, sostituendo callidamente – non è certo un dettaglio – alla vittima di *gross violations* (art. 2 e 3 CEDU) le offese *victimless* agli “interessi finanziari” dell’Unione, e – soprattutto – eleggendo il giudice nazionale a terminale di attivazione immediata dell’(imperativo di effettività sotteso all’) obbligo di tutela penale europeo.

Dietro la facciata “irenica” dei diritti umani, si è dunque scoperchiato definitivamente – se è consentito – *the dark side of the moon*.

5. *Curia locuta, res principiata*

Le ricadute della sentenza *Taricco* si stanno dipanando nell’intreccio, ormai usuale, del “dialogo tra Corti”.

Ma qui le voci si sono subito diversificate, cosicché anche in questo caso sembra potersi dire (come capita spesso al cospetto della voce oracolare delle Alte Corti europee): “una parola disse l’altissimo, l’uomo ne capì due”.⁷⁰

Più di due, per vero, giacché gli orientamenti della giurisprudenza italiana si sono subito scarmigliati in diversi rivoli.

5.1. Come noto, a ridosso della pronuncia europea, si è registrata una prima, netta biforcazione: la sez. III della Corte di Cassazione, nella decisione resa il 17 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016, n. 2210, rel. Scarcella, ric. Pennacchini), ha risposto affermativamente al quesito circa l’obbligo del giudice nazionale di disapplicare il combinato disposto degli artt. 160, ultimo comma, e 161 c.p. in un procedimento penale riguardante il reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni inesistenti al fine di evadere l’IVA;⁷¹ viceversa, con una avveduta ordinanza la Corte

⁶⁹ Tra gli altri, v. ad es., V. VALENTINI, *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistemico dell’attuale giustizia penale europea*, in *ius17@unibo.it*, 2011, 1, 97 ss.; ed *amplius*, ID., *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2011, 33 ss., 47 ss., 52, denunciando che “(...) i giudici europei partono dal concetto di *Bürger als potentielle Opfer* per costruire un diritto fondamentale alla sicurezza capace di stravolgere scopi e paradigmi del diritto penale classico, il quale, da strumento minaccioso per le libertà dei cittadini, diventa un insostituibile alleato (...) nella lotta contro il “rischio criminale”, inteso come fattore che attenta a quelle medesime libertà”; volendo, V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, 116 ss., con ulteriori richiami; da ultimo, con interessanti e condivisibili sviluppi, R. LUGARÀ, *Dall’umanizzazione del diritto penale alla penalizzazione dei diritti umani. Vittima e obblighi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Diritto e Società*, n. 2/2015, 565 ss.; muovendo dalla sentenza *Taricco*, v. anche l’autorevole condivisione di M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 14 ss.

⁷⁰ Prendiamo a prestito il detto del Talmud da G.M. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall’affaire Grande Stevens: dal bis in idem all’e pluribus unum?*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015.

⁷¹ Cass., 17 settembre 2015-20 gennaio 2016, n. 2210, in *questa Rivista*, 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 IVA](#); sui “funambolismi interpretativi” con i quali la Corte ha travolto anche l’irretroattività dell’applicazione dell’istituto, v. le riflessioni critiche di A. GAMBERINI, *La crisi della*

d'Appello di Milano ha sollevato questione di costituzionalità della legge di ratifica del Trattato di Lisbona,⁷² rimettendo al giudice delle leggi “la valutazione dell’opponibilità di un controlimito alle limitazioni di sovranità derivanti dalla adesione dell’Italia all’ordinamento dell’unione europea ai sensi dell’art. 11 Cost., in funzione del rispetto del principio fondamentale dell’assetto costituzionale interno, poizore rispetto agli stessi obblighi di matrice europea”.⁷³

In sostanza, mentre la Corte d’Appello milanese – mossa tanto da penetranti ragioni di garanzia quanto da preoccupazioni di sistema – ha optato per il controllo accentrato di costituzionalità, la Corte di Cassazione, come spesso accade di recente – e nell’intento forse di garantire *motu proprio* una immediata armonizzazione giurisprudenziale – ha raccolto e persino superato il mandato della Corte di Lussemburgo nella “prima sentenza post-Taricco”,⁷⁴ non solo tenendo in non cale i controinteressi costituzionali ma propendendo per una disapplicazione generalizzata estesa anche ove la prescrizione – come nel caso concreto – fosse già maturata.⁷⁵

Si è giustamente evidenziata, al riguardo, una curiosa inversione di ruoli:⁷⁶ il giudice del merito attento alle geometrie del sistema, la Corte della nomofilachia alla...giustizia del caso concreto (verrebbe da dire: alla giustizia sostanziale), preoccupata – lo si comprende, non lo si giustifica – di non mandare al macero anni di processi di merito.

Dopo una posizione decisamente più cauta espressa dalla sez. IV, nella quale la Corte ha ritenuto inapplicabili alla vicenda in esame i principi della sentenza *Taricco* (sia per la *mancaza di gravità della frode* concretamente realizzata sia, soprattutto, perché la prescrizione era già maturata prima della data della pronuncia *Taricco*),⁷⁷ e dunque irrilevante l’eventuale incidente di costituzionalità, la stessa sez. III della Cassazione (udienza del 30 marzo 2016) ha avuto un evidente ripensamento sollevando a sua volta

tipicità. *Appunti per una riflessione sulla trasformazione della giustizia penale*, cit., 9; sulla decisione, v. anche F. ROSSI, *La Cassazione cammina a braccetto della Corte di giustizia: la disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p. dopo la sentenza Taricco*, cit.; ed ancora L. BIN, *La prima sentenza “post Taricco” della Cassazione*, cit., 1 ss.

⁷² Ossia, l’art. 2 l. n. 130 del 2008, con cui viene ordinata l’esecuzione del Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea, come modificato dall’art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007.

⁷³ Ord. della Corte d’Appello di Milano, 18 settembre 2015, in *questa Rivista*, sulla quale v. 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”](#), ivi, 21 settembre 2015; inoltre, auspicando l’intervento della Corte costituzionale in chiave affermativa dei controlimiti, G. INSOLERA, *Il sindacato di costituzionalità sull’obbligo di disapplicazione: verso un conflitto tra le Corti?*, in *Crit. dir.*, 2016, in corso di pubblicazione; v. altresì R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i “Controlimiti” 2.0*, in www.federalismi.it, 20 febbraio 2016.

⁷⁴ Cass., sez. III, 17 settembre 2015-20 gennaio 2016, cit.

⁷⁵ E ciò, nonostante il principio accolto in via pregiudiziale nella sentenza *Taricco*, pur con tutte le sue ambiguità, fosse stato reso in relazione ad un caso “pendente”, ove la prescrizione non era ancora maturata, con una specificità del resto evidenziata dalla stessa Corte UE al punto 55: “[...] con riserva di verifica da parte del giudice nazionale, la disapplicazione delle disposizioni nazionali di cui trattasi avrebbe soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale *nell’ambito di un procedimento penale pendente* [...]”.

⁷⁶ P. GAETA, *Rapporti tra Fonti europee e Cassazione*, cit., 25 s.

⁷⁷ Sez. IV, 25 gennaio 2016, n. 7914, est. Pavich, in *questa Rivista*, 3 marzo 2016, con nota di A. GALLUCCIO, [La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale](#).

– come noto – “questione di legittimità costituzionale dell’art. 2 della legge 2 agosto 2008, n 130, che ordina l’esecuzione del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, come modificato dall’art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (TFUE), nella parte che impone di applicare l’art. 325, § 1 e 2, TFUE, dalla quale – nell’interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, 08/09/2015, causa C-105/14, Taricco – discende l’obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160, comma 3, e 161, comma 2, cod. pen., in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, allorquando ne derivi la sistematica impunità delle gravi frodi in materia di IVA, anche se dalla disapplicazione, e dal conseguente prolungamento dei termini di prescrizione, discendano effetti sfavorevoli per l’imputato, per contrasto con gli artt. 3, 11, 25, comma 2, 27, comma 3, 101, comma 2, Cost.”

Scelta forse tardiva, ma – a nostro sommo avviso – decisamente provvida: ad evitare una ennesima “guerra tra Corti”, anzitutto in merito alla natura (sostanziale o meno) della prescrizione.

5.2. Dunque sia la Corte d’Appello di Milano, sia la più recente posizione assunta dalla Corte di Cassazione, hanno optato per il ricorso incidentale di legittimità, chiamando in causa la Corte costituzionale e ponendo severamente al centro della scena il tema dei controlimiti, con atti di promovimento simili ma non coincidenti.

Simili quanto al *petitum* (l’illegittimità *in parte qua* della legge di ratifica degli impegni europei), differenti in ordine all’individuazione del parametro di costituzionalità invocato: solo l’art. 25/2 Cost., nella ordinanza della Corte d’Appello di Milano; una ghiria di principi – gli artt. 3, 11, 25, comma 2, 27, comma 3, 101, comma 2, Cost. – nell’impostazione della Cassazione, che ha il merito di estendere il raggio di sindacato di legittimità.

Merito non banale, posto che la nostra Corte delle leggi, non senza eccezioni, si dimostra ben meno duttile delle “colleghe” europee nel manipolare i parametri di costituzionalità invocati.⁷⁸

Come noto, secondo l’interpretazione costantemente accolta del combinato disposto degli artt. 23, 27 e 34 della l. n. 87 del 1953, il giudizio di legittimità costituzionale risulta vincolato al *thema decidendum* posto dall’atto introduttivo, in ordine all’oggetto, al parametro e ai motivi di censura: cosicché la Corte – in linea di principio – non potrebbe dichiarare che la norma censurata è illegittima per la violazione di parametri costituzionali diversi da quelli indicati nell’atto introduttivo, potendo, piuttosto, prendere in considerazione norme costituzionali non evocate a parametro solo ove in esse rinvenga il fondamento giustificativo della norma censurata.⁷⁹

⁷⁸ Ne è prova, emblematica, proprio la sentenza Taricco, dove i parametri di giudizio prospettati dal Tribunale di Cuneo sono stati decisamente manipolati – e sostanzialmente rimodulati – dall’Avvocato generale, e quindi dalla Corte: sul punto, ad es., C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto*, cit.

⁷⁹ Così, ad esempio, la sentenza n. 102 del 2008, secondo la quale “Tale limitazione del principio *iura novit curia* (il quale è applicabile in misura ben più ampia nei giudizi comuni) opera anche per le disposizioni integrative del parametro costituzionale evocate a sostegno dell’illegittimità della norma denunciata e,

Dunque, le questioni sollevate possono essere valutate solo entro i limiti del perimetro fissato dal giudice *a quo*, che – come si è accennato – oltre ad essere “introduttore necessario” è il *dominus* formale della stipulazione definitiva dell’atto introduttivo del giudizio di costituzionalità: tanto che la consolidata giurisprudenza della Corte – a differenza di quanto accade in altri, diversi contesti giurisdizionali⁸⁰ – esclude che possano essere prese in considerazione ulteriori censure svolte dalle parti del giudizio principale con riferimento a parametri costituzionali ed a profili non evocati dal rimettente.⁸¹

6. I controllimiti, ovvero, “la frase d’amore cominciata e mai finita”

Proviamo a dare corpo alle censure sollevate (dal giudice milanese ed ora) dalla Corte di Cassazione, per cercare di individuare i nodi che la Corte costituzionale – se deciderà di entrare nel merito – dovrà sciogliere.

I parametri costituzionali invocati dalla Cassazione nelle recentissime ordinanze sembrano tutti pertinenti: anche se il nodo centrale – lo diciamo sin d’ora – ci appare l’espropriazione “di fatto” della potestà punitiva con effetti retroattivi e soprattutto, a monte, la rivoluzione ordinamentale che la sentenza promuove, affidando la signoria della politica criminale al giudice e non al legislatore.⁸²

6.1. Analizziamo, pur sinteticamente, i parametri di costituzionalità invocati, e le ragioni che potrebbero essere poste a sostegno della incostituzionalità della legge di

quindi, anche nel caso di specie, in cui viene dedotta la violazione dei suddetti articoli del Trattato CE, in relazione al primo comma dell’art. 117 Cost.”.

⁸⁰ Basti pensare alla diversa posizione della Corte europea dei diritti dell’uomo, la quale – proprio per le peculiarità di quella giurisdizione – si afferma esplicitamente quale “padrona della qualificazione giuridica dei fatti della causa”, non considerandosi – in virtù del principio *iura novit curia* – vincolata alla qualificazione che viene loro attribuita dai ricorrenti e dai governi; e da ciò deriva, in particolare, la possibilità – apertamente ammessa dalla Corte stessa – di esaminare d’ufficio più di un motivo di ricorso secondo il punto di vista di un articolo o di un paragrafo non invocato dalle parti (ed anche di una clausola che la Commissione aveva dichiarato irricevibile pur ritenendola sul terreno di un’altra), posto che “un motivo di ricorso si caratterizza con i fatti che denuncia e non con i semplici mezzi o argomenti di diritto invocati” (cfr. ad esempio, *ex plurimis*, Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, § 54 ss.).

⁸¹ *Ex plurimis*, sentenze n. 310 e n. 234 del 2006; n. 349 del 2007; n. 311 del 2009: “Sono pertanto inammissibili questioni sollevate dalla parte privata in relazione a parametri non invocati dai giudici rimettenti”; e deve ritenersi che ciò valga anche quando il rimettente sollevi la questione – maldestramente – in relazione ad una fattispecie disciplinata non dalla legge bensì da una norma regolamentare di rimando: cfr., ad esempio, Corte cost. n. 446 del 1996, concludendo per l’inammissibilità della quesitone in forza dello – scontato – principio per il quale “il riscontro della legittimità di (...) norme regolamentari non spetta a questa Corte ma è riservato, alla stregua di quanto è stabilito per ogni atto amministrativo, al giudice chiamato ad applicarle”.

⁸² Condivisibili, al riguardo, i preoccupati rilievi di A. CAMON, *La torsione d’un sistema*, cit., 5.

ratifica nella parte in cui dà spazio al “diritto europeo dichiarato”, con *autorité de la chose interprétée*, dalla Corte di giustizia nella sentenza *Taricco*:

- a) la violazione dell’art. 3 Cost., rimanda alla disparità di trattamento direttamente discendente dalla pronuncia europea, con effetti pregiudizievoli per quei particolari reati e rei che preoccupano particolarmente la Corte di Giustizia, e – internamente al perimetro descritto dalla sentenza – tra le varie frodi “particolarmente gravi” *concretamente* suscettibili di essere ricondotte al regime prescrizione più severo, ove la violazione del principio di eguaglianza è dunque riconnessa anche al difetto di determinatezza del criterio prospettato per guidare la disapplicazione (in connessione, quindi, con l’art. 25/2 Cost.);⁸³
- b) la violazione dell’art. 25/2 Cost., che può essere apprezzata almeno sotto tre diversi aspetti:

b1) al cospetto, anzitutto, del *principio di irretroattività*, in relazione all’immediata applicabilità della modifica alla disciplina degli atti interruttivi a fatti commessi prima dell’intervento di questa modifica, dunque con effetti retroattivi a fronte di un mutamento di diritto indiscutibilmente imprevedibile concernente un istituto per giurisprudenza costituzionale costante riconosciuto di natura sostanziale; in questa prospettiva, sarebbe quindi compromesso il *nullum crimen* nella sua essenziale componente di garanzia individuale, quale argine “inviolabile” rispetto ad arbitri “legislativi” a detrimento del cittadino – garanzia che la Corte costituzionale, come noto, ha sempre riconosciuto *assolutamente inderogabile*, negando che possa essere esposta a bilanciamenti con eventuali interessi contrapposti, ancorché di rilievo costituzionale (sentenze n. 393 e 394 del 2006, ma anche n. 236 del 2011);

b2) parallelamente, al cospetto del *principio di riserva di legge* in materia penale, principio “di centrale rilevanza [...] nell’assetto interno” che – lo diciamo con le parole di una recente, notissima pronuncia – “secondo quanto reiteratamente puntualizzato da questa Corte, demanda il potere di normazione in materia penale in quanto incidente sui diritti fondamentali dell’individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all’istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire il Parlamento, eletto a suffragio universale dall’intera collettività nazionale (sentenze n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989), il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all’esito di un procedimento – quello legislativo che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, include quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione” (sentenza n. 230 del 2012).

⁸³ Cfr., al riguardo, anche I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, cit. 86 ss.

La violazione dell'art. 25/2 Cost. si evidenzia, dunque, sia nella prospettiva – già convincentemente coltivata dalla Corte d'Appello di Milano⁸⁴ – dell'attribuzione di effetti diretti al diritto UE in materia penale, con conseguente potere/dovere di disapplicazione *in malam partem*, relativamente alla modifica peggiorativa di una normativa, come quella concernente gli atti interruttivi della prescrizione, di riconosciuta natura sostanziale;⁸⁵ sia nella prospettiva della divisione dei poteri tra giudice e legislatore (tra competenza legislativa e competenza giudiziaria), in relazione al principio di cui all'art. 101/2 Cost., che dalla corrispondenza biunivoca con le garanzie della riserva di legge e della tassatività trae un particolare vigore.

Al riguardo, peraltro, sarebbe davvero curioso che la Corte costituzionale potesse riconoscere al (diritto europeo dichiarato da) la Corte di giustizia poteri manipolativo-additivi *in malam partem* che ha sempre negato a se stessa, e che al cospetto del diritto UE ha ammesso solo in casi del tutto eccezionali.⁸⁶ Se lo facesse, del resto, rischierebbe di cadere – come accennato – nella c.d. “trappola dell'assimilazione inversa”: si darebbe ingresso ad un regime prescrizionale (e dunque punitivo, in sede domestica) più severo per frodi che ricadano in ambito europeo (e, domani, per condotte lesive degli interessi finanziari dell'UE), al cospetto di un regime diverso e meno severo per condotte lesive di interessi omologhi sul piano interno: dissimmetria evidentemente irragionevole per porre rimedio alla quale, tuttavia, la Corte nulla potrebbe, dovendo dichiarare inammissibile – come tante volte ha deciso – l'eventuale questione di costituzionalità perché volta *in malam partem*;

b3) ancora, al cospetto del *principio di tassatività*, nelle sue dimensioni sostanziale e processuale, ove la censura è sostanziata dai vaghi concetti contenuti nell'art. 325 TFUE (“la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'UE”) e fatti propri da un “diritto europeo dichiarato” (“numero considerevole di casi di frode grave”), concetti tutti indeterminati e,

⁸⁴ Corte d'Appello di Milano, ordinanza 18 settembre 2015, cit., §§ 6 ss.: “Profilandosi, in tal senso un contrasto tra l'obbligo di disapplicazione derivato dall'art. 325 TFUE, considerato dalla Corte di Giustizia conforme al principio di legalità in sede europea sulla base dell'art. 49 CDFUE, e il principio di legalità in materia penale, nella estensione attribuitagli dal diritto costituzionale italiano sulla base dell'art. 25 co. 2 Cost., si ritiene rimettere alla Corte costituzionale la valutazione dell'opponibilità di un 'controlimite alle limitazioni della sovranità derivanti dall'adesione dell'Italia all'ordinamento dell'Unione europea ai sensi dell'art. 11 Cost., in funzione del rispetto del principio dell'assetto costituzionale interno, poziore rispetto agli stessi obblighi di matrice europea”.

⁸⁵ Giurisprudenza rocciosa: tra le altre, sentenza n. 393 del 2006, n. 72 e 324 del 2008; nonostante talune ambiguità, tale inquadramento è confermato, di fatto, anche dalla sentenza n. 236 del 2012; più di recente, v. la sentenza n. 143 del 2014, in *Giur. cost.*, 2014, 2363 ss., con nota di C. PIERGALLINI, *Il fondamento della prescrizione nel diritto penale (ancora una volta) all'esame della Consulta*, 2371 ss.

⁸⁶ Nella sentenza n. 28 del 2010, sulle cc.dd. ceneri di pirite.

per altro verso, insuscettibili di accertamento giudiziale;⁸⁷ ed anche in questo caso – come accennato – il *vulnus* di costituzionalità sembra toccare anche l’art. 101/2 Cost., giacché la (richiesta) disapplicazione passa attraverso un vaglio di adeguatezza sostanzialmente rimesso al giudice (*retro*, § 3.5), e non alla legge;

- c) la violazione dell’art. 27/3 Cost.: anche questa censura può essere apprezzata sotto diversi profili, già messi in luce da chi ha sottolineato – *inter alia* – le connessioni tra prescrizione e funzione rieducativa della pena;⁸⁸ a nostro avviso, la censura può prendere corpo in modo ancor più netto, in una prospettiva che la salda all’art. 3 Cost., giacché è lo stesso criterio indicato al giudice per operare la disapplicazione della disciplina della prescrizione che stravolge l’idea rieducativa e l’idea della colpevolezza e della proporzione (i.e., di una pena commisurata alla colpevolezza per il singolo fatto), ammettendo implicitamente – come già evidenziato – che il singolo sia concretamente punito ove esigenze di prevenzione generale lo richiedano, e dunque che il singolo sia strumentalizzato per fini di politica criminale;
- d) la violazione dell’art. 101/2 Cost., apprezzabile giacché il diritto dichiarato dalla Corte UE comporterebbe – appunto – “una vera e propria sovversione di sistema” incompatibile con l’assetto costituzionale e con il principio democratico,⁸⁹ assegnando al giudice una vera e propria funzione normativa in materia penale, in contrasto non solo con le già evocate garanzie della riserva di legge e della tassatività, di cui all’art. 25/2 Cost., ma con “il principio di separazione dei poteri, specificamente riflesso nel precetto (art. 101, secondo comma, Cost.) che vuole il giudice soggetto soltanto alla legge” (sono ancora parole della sentenza n. 230 del 2012).
- e) la violazione dell’art. 11 Cost.: rispetto alle singole violazioni esaminate, quella dell’art. 11 Cost. evoca, come si sa, le limitazioni alla sovranità cui l’Italia ha consentito, e, specularmente, i limiti posti a tali limitazioni; si tratta, dunque, di un parametro più generale che in qualche modo contiene tutti gli altri, richiamando appunto la dottrina dei “controlimiti”, quei principi supremi della

⁸⁷ Cfr., ad es., E. LUPO, [La primauté del diritto dell’UE e l’ordinamento penale nazionale](#), in *questa Rivista*, 29 febbraio 2016, 6: “La fattispecie delineata dalla sentenza *Taricco* in cui il giudice nazionale può stabilire il contrasto della normativa interna con l’art. 325, par. 1, TFUE è, pertanto, così indeterminata che non può, per le sue caratteristiche intrinseche, essere accertata dal giudice nazionale, per un limite inerente alla natura dell’attività giurisdizionale. Qui viene in gioco, prima ancora della disciplina della prescrizione e della sua interruzione (come avviene, invece, nella ipotesi di contrasto con l’art. 325, par. 2, TFUE), l’assenza nel diritto europeo dichiarato dalla sentenza della Corte di Lussemburgo, di una disposizione normativa che possa costituire, per il giudice nazionale, un parametro idoneo al confronto con il diritto interno, al fine di accertare se la norma nazionale sia o meno contrastante con quella europea”.

⁸⁸ A margine della sentenza *Taricco*, v. in particolare B. ROMANO, *Prescrizione e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, cit., 7 ss.

⁸⁹ V. sul punto, tra gli altri, anche A. CAMON, op. cit., 5.

Costituzione invalicabili sia per le fonti sovranazionali che per la stessa revisione costituzionale (come chiarito dalla sentenza n. 238 del 2014); tale dottrina ricorda che – lo diciamo con le parole del *Bundesverfassungsgericht*, nella sentenza recentissima in tema di estradizione e diritti fondamentali⁹⁰ – che gli Stati sono e restano “signori dei Trattati” (*Herren des Vertäge*), che il primato dell’applicazione del diritto UE arriva solo fin dove la Costituzione e la legge di ratifica consentono o prevedono la limitazione di sovranità; che la *coopération loyale* non è a senso unico, ma è una regola condizionata (art. 4, comma secondo, TFUE), così come, a monte, il principio che fonda l’integrazione europea;⁹¹ che, in definitiva, quest’ultima segue sempre la logica “yes, but”, essendo ammissibile (e doverosa) solo a condizione che non sia intaccata l’“identità costituzionale”.

6.2. A margine di questa rapida sinossi, sembra francamente difficile negare che in gioco ci siano valori prossimi al fascio di principi che identificano l’“identità costituzionale”,⁹² “insita nella [...] struttura [...] costituzionale”, ossia a quel “nucleo duro” di principi impermeabile alla *primauté* ed all’integrazione (*integrationsfest*), che l’Unione deve rispettare per espressa previsione dell’art. 4, par. 2, TUE – qui non siamo di fronte all’esame di abilitazione statale per gli avvocati, come nella vicenda *Torresi*;⁹³ qui non ci sembra vi sia spazio per una coabitazione tra primazia del diritto europeo e supremazia costituzionale, “l’un[a] accanto all’alt[r]a”.⁹⁴

Se è così, la nostra Corte dovrà scegliere se conformarsi all’atteggiamento deferente – *bon gré mal gré* – del *Tribunal constitucional*, che ad affermazioni di principio,

⁹⁰ BVerfG, 12 dicembre 2015, (2735/14), in *Cass. pen.*, 2015, con osservazioni di N. CANESTRINI.

⁹¹ Cfr. M. CARTABIA-L. CHIEFFI, *Art. 11*, in *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Milano, 2006, 263 ss.; ed ora, A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VIII, Milano, 2015, 263 ss., 275 ss., 278 ss.

⁹² Sul punto, v. ancora M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, 22 ss.: “Non si tratta, infatti, di stabilire cosa sia ontologicamente principio supremo, ma semplicemente di accertare dove si collochi il punto di non riconoscibilità di un ordine costituzionale [...]”.

⁹³ CGUE, 17 luglio 2014, cause riunite C-58/13 e C-59/13, avente ad oggetto una questione pregiudiziale di validità relativa all’art. 3 della direttiva 98/5/CE, in merito alla quale il Consiglio Nazionale forense ha invocato il rispetto dell’identità nazionale di cui all’art. 4/2 TFUE, assumendo che l’esercizio della professione forense, in Italia, da parte di cittadini italiani che avessero conseguito la qualifica professionale all’estero (nella specie, il titolo di *abogado* in Spagna) costituisse un’elusione dell’art. 33, comma 5, Cost., che come noto prescrive un esame di Stato per l’abilitazione dell’esercizio della professione, inter alia, di avvocato; al riguardo, lo stesso rappresentante dello Stato – su espressa domanda della Corte – negò che l’accesso alle professioni mediante esame di Stato potesse identificare un elemento caratterizzante l’identità nazionale, legittimando in qualche modo la medesima soluzione accolta poi dalla Corte (sul punto, v. M. CONDINANZI, *I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare*, in B. NASCIBENE, a cura di, *Costa/ENEL: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto*, cit., 119 ss., 127 s.).

⁹⁴ Così, muovendo da un approccio che guarda alla teoria dell’interpretazione, e non alla teoria delle fonti, A. RUGGERI, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *AIC*, n. 1, 1 marzo 2011 (in www.rivistaaic.it), ed in molti altri lavori.

pur altisonanti, non ha dato seguito nella nota vicenda *Melloni*,⁹⁵ o se allinearsi all'approccio rigoroso del *Bundesverfassungsgericht*,⁹⁶ che anche di recente ha confermato – quanto meno nella sostanza – la propria gelosa difesa della sovranità costituzionale davanti alle incursioni dell'armonizzazione europea.

Decidere, soprattutto, se dare continuità anche sul versante dei rapporti con il diritto UE alla strada aperta dalla sentenza n. 238 del 2014 sul fronte degli obblighi promananti dal diritto internazionale.⁹⁷

Certo non mancherebbero ragioni per affermare il “primato invertito” dei principi costituzionali nella vicenda concreta:⁹⁸ per molto meno la Corte costituzionale, solo quattro anni fa, ha sbarrato la porta a una “vera e propria sovversione di sistema” tutta proiettata *in bonam partem* (sentenza n. 230 del 2012), con argomenti che ben potrebbero essere considerati “controlimiti sottotraccia”,⁹⁹ ancor più vevoli ed urgenti al cospetto della *Integrationsgewalt* sottesca alla sentenza *Taricco*.

Difficile, del resto, fare previsioni sull'esito decisivo, specie perché il *thema disputandum* – l'“odiosa prescrizione” e la correlata “pretesa di impunità di chi ha evaso attraverso operazioni fraudolente milioni di euro”¹⁰⁰ – potrebbe offrire il destro per “risparmiare” i controlimiti, se non per imboccare il *commodus discessus* sempre offerto da una qualche ragione di inammissibilità; soluzione processuale che del resto potrebbe anche essere strumento per ergere ormai il giudice comune, e non già la Corte, a garante dei controlimiti,¹⁰¹ in un processo di progressiva (ed ormai pienamente dispiegata)

⁹⁵ Corte di giustizia UE, sent. 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*, sulla quale cfr. i contributi di S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale à la carte*, cit.; S. LO FORTE-S. CIVELLO CONIGLIARO, [Cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea](#), *ivi*, 3 giugno 2013; G. DE AMICIS, [All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il caso Melloni](#), *ivi*, 7 giugno 2013; C. AMALFITANO, [Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?](#), *ivi*, 4 luglio 2013.

⁹⁶ V. da ultimo la sentenza BVerfG, 12 dicembre 2015, (2735/14), cit.

⁹⁷ Tra i numerosi commenti, cfr. M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione giustizia*, 1/2015, 84 ss.

⁹⁸ Di “primato invertito”, con riferimento alla “clausola” delle identità nazionali, parlano, ad es., M. CARTABIA, *Unità nella diversità: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005, 2005, 606 ss. e A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 2005.

⁹⁹ Sui controlimiti *in senso sostanziale*, fatti valere “per vie sotterranee”, cfr. ora A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i “controlimiti”)*, in corso di pubblicazione in *Forum di Quaderni costituzionali*, § 4.

¹⁰⁰ È il dubbio prospettato da F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti*, cit., 14, secondo il quale – appunto – non varrebbe la pena sfidare il primato del diritto europolitano “per difendere – in ultima analisi – l'impunità di chi ha evaso attraverso operazioni fraudolente milioni di euro”; un simile dubbio, tuttavia, è stato giudicato “sorprendente” da M. LUCIANI, rilevando che “letta nella chiave dell'impunità del possibile colpevole, nessuna garanzia, nessuna norma processuale penale, “varrebbe la pena d'essere prevista e difesa” (*Il brusco risveglio*, cit., 27).

¹⁰¹ Su questo possibile scenario, cfr. ad es. M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 12 ss., ed ancora A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale*, cit., 5; ampiamente, già M. BIGNAMI, *I controlimiti nelle mani dei giudici comuni*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 16 ottobre 2012, con ulteriori richiami bibliografici.

dispersione in sede diffusa del sindacato di costituzionalità che farebbe da *pendant* al riconoscimento degli effetti diretti.

7. The Shadow Line

Quale che possa essere la risposta della Corte costituzionale, la sensazione è di essere di fronte ad una sottile linea d'ombra, che segna il *clivage* tra due diversi ed opposti assetti dei rapporti tra diritto penale e diritto UE, e tra due modi di essere e di concepire la sovranità popolare e le identità nazionali.

Dal prosieguo di questa vicenda, e dal suo esito, si comprenderà se la sentenza *Taricco* – che a noi appare tanto eversiva quanto fragile¹⁰² – segnerà, dopo il lungo cammino compiuto, il punto di apogeo o, forse, l'inizio della crisi del “diritto penale europeo”, a fronte della sovraestensione del proprio dominio; se, dunque, la nostra Corte vorrà reagire al *judicial adventurism* della Corte europea riaffermando, anzitutto, il *domaine réservé* degli Stati, ed i limiti della cessione di sovranità accettata con i Trattati.

Ma si comprenderà anche, più in generale, se i tribunali costituzionali siano davvero ancora – se non “ultimo baluardo della sovranità degli Stati”¹⁰³ – quanto meno custodi delle “architetture identitarie” interne, e degli assetti di tutela dei diritti ad esse sottesi, ovvero, ormai, semplici *sparring partners* di protagonisti dislocati a livelli superiore.¹⁰⁴

Sembra difficile per gli Stati, e per i garanti costituzionali, accettare un diritto penale comunque affidato – alla stregua di un “semilavorato” – al giudice e non alla legge, secondo una tempistica punitiva che non tollera più i ritardi delle procedure democratiche; un diritto penale *patchwork*, dove la stessa architettura ordinamentale e costituzionale appare – in buona sostanza – *quantité négligeable*.¹⁰⁵

Difficile, e francamente indesiderabile.

¹⁰² Una “pronuncia approssimativa, mal motivata, incoerente ed incompleta”, secondo l’impietoso quanto autorevole giudizio di M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 20.

¹⁰³ L. FAVOREAU, *Corti costituzionali nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo*, Riv. dir. cost., 2004, 3 ss., 11; ID., *Les Cours des Strasbourg et de Luxembourg ne sont pas des Cours constitutionnelles*, in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubois*, Paris, 2012.

¹⁰⁴ Si veda, al riguardo, S. CASSESE, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero, il dilemma del porcospino*, in *Ars interpretandi*, 2016, 21 ss.

¹⁰⁵ Di diritto penale “à la carte” ha parlato, già da tempo, S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale à la carte*, cit.