

## RAGIONI DELLA LEGALITÀ. A PROPOSITO DI CORTE COST. N. 24/2017

di Domenico Pulitanò

SOMMARIO: 1. Parole e silenzi. – 2. Principio di legalità e ripulsa del giudice di scopo. – 3. Problemi specifici della prescrizione. – 4. Problemi dell’orizzonte europeo.

### 1. Parole e silenzi.

“Tarexit? La rivincita della legalità penale”, è il titolo di un convegno organizzato dalla Camera penale di Firenze (3 aprile 2017) a proposito dell’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale. L’interrogativo segnala problemi aperti: la pronuncia della Corte costituzionale è una tappa di un difficile dialogo con la Corte UE, la maggior parte dei numerosi commenti<sup>1</sup> (prevalgono voci di studiosi del diritto pubblico e del diritto europeo) riguarda la sostanza e la forma del modo cui la Corte italiana ha interagito con la CGUE. Alcuni accentuano l’aspetto dialogico<sup>2</sup>, altri l’aspetto di *ultimatum*<sup>3</sup>, altri cercano di dare una descrizione (forse) più neutra<sup>4</sup>.

Anche chi parla di *ultimatum* giudica “*sommamente opportuno*” il ricorso al rinvio pregiudiziale, invece che fare esplodere il conflitto con una decisione di merito<sup>5</sup>, o si preoccupa di delimitare il campo: “*in un ultimatum solo le parole sono importanti; i silenzi, o i pensieri rimasti solo nella penna, non lo sono e non devono esserlo, per un’elementare esigenza di fairness nei confronti dell’avversario*”<sup>6</sup>. L’esigenza di *fairness*, che vale anche per l’ermeneutica dell’ordinanza, chiede di evitare sovrainterpretazioni; per noi giuristi un rischio professionale. Dobbiamo interpretare sia le *parole* che i *silenzi*: le parole che definiscono i contenuti, e i silenzi che escludono altri contenuti dal dialogo con l’interlocutore (non avversario). Ciò che sta nelle parole ha un senso che non si esaurisce

---

<sup>1</sup> Alla data del 5 aprile 2017 il sito *consultaonline* elenca 22 commenti alla decisione.

<sup>2</sup> Un esempio: V. FAGGIANI, *Lo strategico rinvio pregiudiziale della Consulta sul caso Taricco*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, fasc. 1/2107

<sup>3</sup> F. VIGANÒ, [Le parole e i silenzi](#), in *questa Rivista*, 27 marzo 2017; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controllimiti*, in *consultaonline*, 2017, fasc. 1, p. 80 s.

<sup>4</sup> F. BAILO, *Il principio di legalità in materia penale quale controllimito all’ordinamento eurounitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo!) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco*, in *consultaonline*, 2017, fasc. 1, p. 94 s.

<sup>5</sup> A. RUGGERI, *op. cit.*, p. 82.

<sup>6</sup> F. VIGANÒ, *op.cit.*

nel dialogo con la Corte UE, ma vale come enunciazione di principi che reggono a tutto campo l'ordinamento italiano. Ciò che non sta nelle parole della Corte costituzionale va interpretato come presa di distanza da prospettazioni dei giudici remittenti, preannuncio di un dispositivo di rigetto, delimitazione di ciò che è stato preannunciato come eventuale controlimite.

Riassumerei così il punto di convergenza *ermeneutica* fra portatori di valutazioni diverse: interpretare le parole come parole, e i silenzi come silenzi. Entrambi i profili sono importanti, entrambi concorrono a individuare il modello di legalità difeso dalla Corte.

Le considerazioni che qui presento riguardano i profili più strettamente penalistici, nell'orizzonte (innanzitutto) del diritto italiano, premessa degli (ulteriori) problemi di inserimento nell'orizzonte europeo.

## 2. Principio di legalità e ripulsa del giudice di scopo.

Nell'ordinanza n.24/2017 – che ha contenuti e autorevolezza di sentenza - la Corte costituzionale ha scolpito il principio di legalità-determinatezza con una forza non consueta. È un *“principio supremo dell'ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata retroattiva”* (§. 2). Le norme del diritto penale sostanziale *“devono essere formulate in termini chiari, precisi e stringenti, sia allo scopo di consentire alle persone quali possano essere le conseguenze della propria condotta sul piano penale, sia allo scopo di impedire l'arbitrio applicativo del giudice”* (§. 5).

Anche *“il regime legale della prescrizione è soggetto al principio di legalità in materia penale... È perciò necessario che esso sia analiticamente descritto, al pari del reato e della pena, da una norma che vige al momento del fatto”* (§. 4).

Nel riconoscere la prescrizione come istituto del diritto penale sostanziale l'ordinanza è coerente con la giurisprudenza della Consulta (n. 143/2014), con tutte le indicazioni date dall'ordinamento italiano, e con la natura del problema cui l'istituto della prescrizione dà risposta: se e quale rilevanza attribuire al tempo trascorso rispetto alle esigenze di risposta al reato. Un problema, dunque, relativo al punire e non alle forme del procedere: un istituto che concorre a delineare la risposta a un tale problema è ontologicamente di diritto sostanziale<sup>7</sup>, e chiama in causa i principi pertinenti al diritto penale sostanziale.

Anche i collegamenti con il processo (casi di sospensione e atti interruttivi: è quest'ultimo il tema specifico del caso Taricco) sono serventi alla soluzione del problema

---

<sup>7</sup> In questo senso la dottrina: *ex multis* A. MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Nov. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 679; P. PISA, *Prescrizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 78.

sostanziale; non sono norme processuali, ma aspetti della disciplina delle cause di estinzione del reato<sup>8</sup>.

È questo il modello di diritto penale presentato dalla Corte costituzionale alla Corte UE come iscritto nei principi fondamentali del nostro ordinamento.

Nel tema della legalità/determinatezza l'ordinanza della Corte costituzionale ha incanalato le questioni che la Corte di Cassazione, nell'ordinanza di rimessione, aveva riassunto nella formula *apogeo della giurisprudenza fonte*. Nella maggior parte, le questioni di legittimità costituzionale ruotano attorno a un nucleo tematico unitario: la *scelta di affidare al giudice un potere decisionale relativo alla disciplina applicabile in materia di prescrizione*.

Con riguardo alle risposte al reato accettiamo come necessario un mix di legalità e di discrezionalità, discutiamo su criteri e limiti di questa, di fronte all'*enorme potere del giudice nella gestione degli istituti del sistema sanzionatorio*<sup>9</sup>. Che cosa differenzia, c'è qualcosa che differenzia il *dictum* della sentenza Taricco dalla attribuzione di un normale potere discrezionale? Nell'ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione (§. 4.7) viene dato decisivo rilievo alla *frizione con il principio di separazione di poteri*: non deriva dalla provenienza europea o giurisprudenziale, *“bensì dal contenuto della norma, che rimette direttamente al giudice la valutazione di adeguatezza di una disciplina penale ai fini di prevenzione”*. Appunto il ruolo attribuito al giudice, secondo molti commentatori, è il punto di rottura rispetto a principi fondanti del nostro ordinamento costituzionale: *“la figura inusitata di un giudice chiamato a disapplicare profili dell'intervento legislativo in materia penale che valuti inadeguati dal punto di vista della prevenzione”*<sup>10</sup>. I principi costituzionali invocati dalla Cassazione sono il principio penalistico di legalità, sotto i profili della riserva di legge (§. 4.4.) e della tassatività o determinatezza (§. 4.5.), e i principi pertinenti alla giurisdizione: separazione poteri e soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.).

Nell'ordinanza della Corte costituzionale, il profilo dei poteri del giudice emerge nell'espressa e ripetuta ripulsa dell'idea di un giudice di scopo<sup>11</sup>. Anche questo profilo è ricollegato ai principi della legalità penalistica: *“l'attività del giudice ... deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate. In questo principio si coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati di civil law. Essi non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano l'idea che i Tribunali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente definito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa*

---

<sup>8</sup> Non ha dunque senso razionale la distinzione proposta da P. FARAGUNA e P. PERINI, [L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza Taricco alla prova dei controllimiti](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2016, p. 2014 ss.

<sup>9</sup> Una riflessione su questo tema è stata rilanciata, con riferimento a un istituto specifico, da F. BASILE, *L'enorme potere delle circostanze sul reato e l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 2015, p. 1743 s.

<sup>10</sup> L. EUSEBI, [Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, p. 40 ss.

<sup>11</sup> È un punto ben evidenziato da C. SOTIS, [Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia](#), in *questa Rivista*, 3 aprile 2017.

avvenire” (§. 9). Ai giudici “non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale. In particolare il tempo necessario per la prescrizione di un reato e le operazioni giuridiche da compiersi per calcolarlo devono essere il frutto dell’applicazione, da parte del giudice penale, di regole legali sufficientemente determinate. In caso contrario, il contenuto di queste regole sarebbe deciso da un Tribunale caso per caso, cosa che è senza dubbio vietata dal principio di separazione dei poteri di cui l’art. 25, 2° comma, Cost., declina una versione particolarmente rigida nella materia penale” (§. 5).

Esplicita, su questo punto, la premonizione dell’eventuale controlimito: “non è possibile che il diritto dell’Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale e che, in difetto di una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni, quest’ultimo sia tenuto a raggiungerlo con qualunque mezzo rinvenuto nell’ordinamento” (§. 5).

Al di là dei problemi specifici del caso Taricco e del dialogo con i giudici di Lussemburgo, le parole della Corte costituzionale vanno raccolte come un messaggio di portata generale, sulla legalità penalistica e sul rapporto giudice/legge. È un messaggio lanciato a tutti: al legislatore italiano, ai giudici italiani, alla dottrina. E anche dalla Corte a se stessa.

A un osservatore critico, la Corte è parsa “dimentica del fatto che gli elementi elastici o addirittura vaghi fanno parte dell’esperienza penalistica”<sup>12</sup>; a chi vive dall’interno tale esperienza, piace confidare che non si tratti di dimenticanza, ma di consapevole preannuncio di uno standard rigoroso (più rigoroso) nel controllo sulla legittimità di norme penali, anche sotto il profilo della sufficiente determinatezza. Più in generale, la legittimazione degli istituti non può essere data soltanto dai fini.

Verso il legislatore e i giudici, il monito è a fare il loro mestiere: che il legislatore non rimpalli sul giudice valutazioni di politica del diritto penale, che il giudice non si senta investito di funzioni di politica criminale, bensì di funzioni di giudizio imparziale, secondo legge, su fatti e su eventuali responsabilità.

Una legge Taricco, che recepisce pari pari il *dictum* della Corte UE, non sarebbe legittima, per contrasto con i principi della legalità penale (e non solo penale): determinatezza (e conoscibilità) della norma, soggezione del giudice alla legge (cioè ripulsa di un giudice di scopo). Questo il *dictum* chiaramente leggibile nell’ordinanza n. 24/2017: un *dictum* doveroso sul diritto interno italiano. Le ragioni d’illegittimità portate all’esame della Corte costituzionale riguardano la struttura del sistema: la qualità formale della legge penale, il rapporto giudice-legge.

Sono in gioco anche i *contenuti* della legalità penalistica, sotto un profilo che non è stato considerato dai giudici *a quibus*, e perciò è rimasto estraneo al giudizio della Corte costituzionale.

La sentenza Taricco chiede al giudice una valutazione che fa dipendere la decisione sul singolo caso (la scelta della disciplina applicabile in materia di prescrizione) da elementi relativi all’efficacia del *law enforcement*; riversando nel giudizio sul caso concreto valutazioni che riguardano elementi estranei al fatto cui si ricollega la

---

<sup>12</sup> A. RUGGERI, *op. cit.*, p. 83.

responsabilità. Ragioni (di politica penale!) relative allo stato del *law enforcement*, che imporrebbero di disapplicare una disciplina della prescrizione asseritamente inadeguata, vengono fatte riverberare nella valutazione del caso singolo.

È qui in gioco il principio di responsabilità personale (art. 27, 1° comma), in un'accezione (forse) allargata, non usuale; ma non eludibile. Considerazioni di prevenzione generale possono venire in rilievo in sede legislativa, nella costruzione del sistema sanzionatorio, ma non possono essere criterio di costruzione della risposta sanzionatoria in concreto, verso una determinata persona<sup>13</sup>.

La ripulsa del giudice di scopo, nell'ordinanza n. 24, dà per presupposto non discusso che il sistema penale ha *scopi legalmente definiti*. Lo dice il silenzio giustamente serbato sulla questione sollevata dalla Corte di Cassazione con riferimento all'art. 27 Cost.: “*il prolungamento dei termini di prescrizione, e quindi della punibilità, in ragione della tutela degli interessi finanziari dell'U.E., comporta una funzionalizzazione della pena eccentrica al teleologismo costituzionale: la pena non tende più alla rieducazione del condannato, ma diviene strumento di tutela degli interessi finanziari dell'Unione*”; tali interessi possono fondare la meritevolezza di pena, ma (opina il giudice *a quo*) “*non possono assumere rilievo nella dimensione del c.d. bisogno di pena*”.

*Eccentrica al teleologismo costituzionale* del sistema penale la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea? Per il diritto penale la tutela di interessi costituzionalmente rilevanti è criterio *necessario* (ancorché non sufficiente) di legittimazione, e può ovviamente avere rilievo per la disciplina degli istituti del sistema sanzionatorio. Ciò che ordinamenti di *civil law* esigono, è che la legge specifichi scopi, mezzi, limiti delle attività istituzionali.

La ripulsa del giudice di scopo riguarda la tenuta delle garanzie di legalità, dentro un sistema della cui razionalità è parte essenziale lo *Zweckgedanke*, la complessa teleologia del diritto criminale/penale e dei meccanismi del *law enforcement*. Nel campo di tensione fra i poli opposti di un sistema che di scopi ne ha molti, la ripulsa del giudice di scopo significa emancipazione del giudizio su casi singoli dagli scopi di politica criminale cui può il sistema nel suo insieme dovrebbe servire. È condizione necessaria (non di per sé sufficiente) dell'imparzialità del giudice e della sua soggezione *soltanto* alla legge.

### 3. Problemi specifici della prescrizione.

La questione della prescrizione, che ha dato occasione alla sentenza Taricco, paradossalmente si rivela marginale rispetto al nucleo del *dictum* della Corte costituzionale. I principi affermati come fondamentali – con potenziale valenza di

---

<sup>13</sup> Una “*sostanziale incompatibilità con le logiche del personalismo...una strumentalizzazione della posizione giuridica del singolo per offrire una risposta simbolica a problemi sistemici*” è stata ravvista nelle argomentazioni della sentenza Taricco da A. VALLINI, *Un'ingerenza grave in un sistema discriminatorio*, in AA.VV., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, p. 153.

controlimiti - riguardano problemi generali della legalità penale: determinatezza, rapporto giudice/legge. Per quanto concerne i problemi specifici della prescrizione, molto resta aperto.

Significativo, innanzitutto, il silenzio sulla questione del teleologismo costituzionale. Ci dice che non potrebbe essere censurato come irragionevole un allungamento dei tempi di prescrizione mirato sulla peculiare gravità e sulle difficoltà probatorie di frodi gravi in danno degli interessi finanziari dell'Unione Europea.

Riguarda specificamente la prescrizione il problema della retroattività sfavorevole, il primo a venire in rilievo: un problema transitorio, relativo al passato, non incidente sulla pretesa di dettare una disciplina da applicare a fatti futuri.

Posto che nel diritto italiano la prescrizione del reato è un istituto di diritto penale sostanziale, è pacifico che la successione di leggi in materia è disciplinata dall'art. 2 cod. pen.; la retroattività sfavorevole è esclusa. L'ordinanza della Cassazione richiama (§. 4.2.1.) la dimensione generale del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, "*garanzia posta a fondamento di tutti gli ordinamenti costituzionali democratici*".

La Corte costituzionale, pur avendo affermato anche per la prescrizione l'esigenza della conoscibilità della disciplina, non ha escluso categoricamente la possibile retroattività: "*Anche se si dovesse ritenere che la prescrizione può essere regolata anche da una normativa posteriore alla commissione del reato...*". Anche in tal caso, prosegue l'ordinanza, "*ugualmente resterebbe il principio che l'attività del giudice chiamato ad applicarla deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate*" (§. 9): è solo questo il principio additato come eventuale controlimite.

Anche nella così controversa materia della prescrizione, deroghe al divieto di retroattività *in peius* sono estranee all'esperienza italiana<sup>14</sup>. Nella giurisprudenza costituzionale tale questione non è mai affiorata. La dottrina è divisa<sup>15</sup>. Contro l'affievolimento del principio di irretroattività sfavorevole viene addotta l'esigenza di tutela dell'affidamento del cittadino nelle disposizioni vigenti all'epoca del fatto: non sarebbero legittimi mutamenti delle 'regole del gioco' volti a peggiorare la situazione di chi abbia già commesso un reato<sup>16</sup>. Un altro filone ha argomentato che la *ratio* del principio di irretroattività è di garantire al cittadino la possibilità di sapere se e in quale misura potrebbe essere punito qualora commettesse un dato reato, "*e non già di sapere per quanto tempo dovrà stare nascosto dopo aver commesso il fatto, per poi tornare tranquillamente alla vita di tutti i giorni*"<sup>17</sup>. La retroattività sfavorevole in materia di prescrizione, preclusa

---

<sup>14</sup> In Germania, per evitare la prescrizione di crimini gravissimi del periodo nazista una legge del 1965 introdusse una sospensione dei termini di prescrizione per il periodo di occupazione postbellica (dall'8 maggio 1945 al 31 dicembre 1949), limitatamente a delitti puniti con l'ergastolo; la legittimità di tale disciplina è stata affermata dal Tribunale costituzionale federale (sentenza 26 febbraio 1969) sulla premessa che le norme sulla prescrizione non sono sottoposte al divieto di retroattività.

<sup>15</sup> Su un punto vi è generale consenso: quando la nuova legge sia entrata in vigore dopo che fosse già scaduto il termine originariamente previsto, la pretesa punitiva, legalmente estinta, non può essere fatta rivivere. Così Cass. IV, 25 gennaio 2016, n. 7914, e tutti gli autori che hanno toccato questo punto.

<sup>16</sup> M. DONINI, in *Foro it.*, 1998, V, c. 324.

<sup>17</sup> E. DOLCINI-G. MARINUCCI, *Corso*, cit., p. 264. Già in precedenza, considerazioni analoghe in C.F. GABBA, *Teoria della retroattività della legge*, 1869, p. 377 s. Nella dottrina processualistica, V. GREVI, *Garanzie individuali ed*

in via generale dalla disciplina della successione di leggi (art. 2 cod. pen.), non sarebbe oggetto di un divieto costituzionale assoluto e inderogabile.

Anche a lasciare aperto sul piano costituzionale l'interrogativo sulla possibilità di eventuali deroghe alla irretroattività sfavorevole in materia di prescrizione, la giustificazione di una deroga dovrebbe essere molto forte, tale da reggere di fronte al principio d'eguaglianza/ragionevolezza. Pur non essendo questione di tutela di affidamenti di singoli, la retroattività sfavorevole di una regola del gioco intacca la *fairness* del gioco. Nel caso delle frodi in danno della UE, una deroga al divieto di retroattività sfavorevole potrebbe trovare giustificazione in un vincolo che fosse davvero leggibile nel Trattato, come la sentenza Taricco ha (a ragione o a torto) ritenuto. Su questo punto, la prospettazione di un controlimite non è leggibile nell'ordinanza<sup>18</sup>. Principio fondante della nostra civiltà giuridica è l'irretroattività dei precetti e delle statuizioni di pena. Sulla prescrizione si può ragionevolmente discutere.

È *in itinere* una riforma della prescrizione, molto controversa; l'ultimo approdo è il testo approvato dal Senato il 15 marzo 2017. La modifica di maggiore impatto è l'introduzione di una nuova ipotesi di sospensione per un tempo determinato, in corso dei giudizi d'impugnazione: dal termine previsto per il deposito della sentenza di condanna di primo grado, sino alla pronuncia del dispositivo della nuova sentenza, e comunque per un tempo non superiore a un anno e sei mesi; *idem* per il successivo grado del giudizio. La sospensione ha effetto limitatamente agli imputati nei cui confronti si sta procedendo. Per effetto delle nuove ipotesi di sospensione nel corso dei giudizi di impugnazione, e per il cumulo di due modelli (atti processuali interruttivi e sospensione in corso di processo) che ragionevolmente dovrebbero essere alternativi, la prescrizione maturerebbe dopo tempi più lunghi, per qualsiasi reato.

Rispetto ai problemi del caso Taricco, l'approvazione del testo uscito dal Senato potrebbe additare una via d'uscita, e molti la valuterebbero soddisfacente. In senso critico si sono espresse le Camere penali e altre voci. Difetti nuovi si aggiungerebbero ai difetti (non sanati) del modello uscito dall'infelice riforma del 2005, costruito sul distorto (e politicamente strumentalizzabile) *linkage* rigido fra tempo di prescrizione e massimi edittali, che continuerebbe a interferire con le scelte relative alle pene. Mantenendo quel modello, il legislatore evita di esporsi politicamente sullo spinoso problema di una esplicita e ragionata determinazione dei tempi dell'oblio in sede di parte generale.

---

*esigenze di difesa sociale nel processo penale*, in AA.VV., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, 1997, p. 279. Nella discussione sul caso Taricco, M. CAIANIELLO, [Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?](#), in questa Rivista, 24 febbraio 2017, che cita G.P. FLETCHER: "Engaging in highly moral acts in the calculated hope of getting away with them is hardly worth of the protection of the law".

<sup>18</sup> Giustamente ignorata dall'ordinanza è pure la questione (legata a quella della retroattività) sollevata dalla Cassazione (§. 4.3) con riferimento al diritto di difesa: un prolungamento del tempo di prescrizione, in corso di processo, modifica il quadro normativo di scelte difensive quali l'eventuale opzione per riti alternativi. Si tratta di una questione processuale, la cui soluzione dovrebbe essere ricercata sul piano processuale, come è accaduto in relazione a problemi di difesa da contestazioni nuove. Si vedano le non poche sentenze della Corte costituzionale sugli artt. 516s. cod. proc. pen.

La diminuzione del numero di prescrizioni dichiarate sarebbe un probabile effetto. Certo non nel segno della ragionevole durata dei processi, non necessariamente una giustizia migliore.

#### 4. Problemi dell'orizzonte europeo.

I quesiti posti dalla Corte italiana alla Corte UE riguardano *alcune fra* le questioni di legittimità costituzionale sollevate. Tutti i quesiti convergono sul tema dei controlimiti: quelli che la Corte italiana ha affermato, sulla cui rilevanza chiede conferma. Sulle questioni passate sotto silenzio nell'ordinanza n. 24, il silenzio prefigura una valutazione d'infondatezza (o quanto meno di inidoneità a fondare un controlimite).

Quale che sarà la risposta della CGUE, l'ordinanza n. 24 prefigura i possibili contenuti della decisione costituzionale prossima ventura, con alternative dipendenti dalla risposta da Lussemburgo (fra rigetto totale delle questioni sollevate, o accoglimento di alcune con l'opposizione di un controlimite al *dictum* della sentenza Taricco<sup>1</sup>). Nell'orizzonte penalistico (non semplicemente italiano: quello del buon vecchio diritto penale liberale) siamo al preludio della rivincita della legalità penale, rispetto alla quale il *dictum* della sentenza Taricco ha rappresentato un *vulnus* non solo formale. Le parole della Corte costituzionale parlano di primazia del diritto 'normativo' e di ripulsa del giudice di scopo, portatore di indirizzi di politica criminale. La posta in gioco non è la prescrizione, è la tenuta del rapporto giudice/legge.

Quanto ai rapporti fra diritto nazionale e diritto europeo, dall'ordinanza, secondo alcuni commenti, *"sembra trasparire la chiara volontà di riaffermare la primazia del diritto 'normativo' sul diritto giurisprudenziale, della legge nazionale sulla giurisprudenza fonte di matrice europea"*<sup>19</sup>. Pronuncia sovranista<sup>20</sup>? O invece, al contrario, una pronuncia che, pur *"formalmente corretta, rischia di legittimare una auto-attribuzione di competenze penali da parte della Corte di Lussemburgo che esula dai limiti 'internazionali' sanciti dai trattati"*<sup>21</sup>? Mi sembrano sovrainterpretazioni, di segno opposto. Circa i rapporti fra legge nazionale e orizzonte europeo, l'aver glissato sulla riserva di legge significa astensione dal prendere posizione sul problema generale della competenza della UE in materia penale.

La Corte costituzionale italiana dà per acquisito il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione (§. 2); si è astenuta – e ha tenuto a sottolinearlo (§. 8) – dal *porre in discussione il significato che la Corte di giustizia ha rinvenuto nell'art. 325 del TFUE*; ha fatto attenzione a non uscire dal terreno del diritto interno. Una interpretazione che non sia sovrainterpretazione può leggere nell'ordinanza la modalità meno conflittuale per la prosecuzione del confronto (le parole dette), e per la sua delimitazione (parole dette e

---

<sup>19</sup> R. KOSTORIS, [La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei controlimiti e scontro tra paradigmi](#), in *questa Rivista*, 23 marzo 2017, p. 11.

<sup>20</sup> Così F. VIGANÒ, *op. cit.*

<sup>21</sup> Così G. RICCARDI, [Patti chiari, amicizia lunga. La Corte costituzionale tenta il dialogo nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti](#), in *questa Rivista*, 27 marzo 2017, p. 15.

non dette). Ci sono aree distinte di competenza, che l'una e l'altra alta Corte debbono reciprocamente riconoscersi.

Rispetto alle ragioni di insoddisfazione verso il nostro *law enforcement* e verso la disciplina della prescrizione, il discorso rimane aperto. È stata chiamata in causa dalla CGUE una responsabilità delle istituzioni italiane. La prescrizione del reato è uno, non l'unico dei fattori da cui dipende il livello di efficacia o inefficacia del *law enforcement*. Su questo influiscono elementi molteplici, di fatto, di diritto, di funzionamento della macchina istituzionale. Selezionare la disciplina italiana della prescrizione come 'colpevole dell'inefficienza della giustizia penale italiana, come ha fatto la sentenza Taricco, è un bersaglio polemico che la Corte di Lussemburgo ha recepito dalla prospettazione del giudice italiano. È un punto critico e discusso della giustizia penale italiana; sull'esigenza di contrastare l'impatto pesante della prescrizione la sentenza Taricco ha trovato consensi nel merito, anche da voci critiche sotto altri aspetti.

Rispetto al problema se e quali competenze abbia le oggi l'UE in materia penale, l'ordinanza n. 24 non ha svolto – e non doveva svolgere – alcuna argomentazione. La Corte costituzionale era investita di un tema specifico, relativo alla prescrizione; ne ha riconosciuto la rilevanza per il diritto europeo là dove sia in gioco la tutela di interessi rilevanti per il diritto europeo; ha additato alcuni limiti invalicabili immanenti al principio di legalità penalistica. Ha anche accennato a una "*responsabilità della Repubblica italiana per avere omesso di approntare un efficace rimedio contro le gravi frodi fiscali in danno degli interessi finanziari dell'Unione*". Di più non doveva dire, e giustamente non ha detto.

La dottrina, che può spaziare liberamente su qualsiasi problema, può mettere in discussione anche il *dictum* dei (non infallibili) giudici di Lussemburgo, la problematicità (o arbitrarietà) del salto da una direttiva o clausola generale (l'art. 325 TFUE) ad una regola specifica in materia di prescrizione<sup>22</sup>. Su questo e su tutti gli altri punti vedremo che cosa dirà (o non dirà) la Corte UE: sarà un'altra tappa verso l'*exit* dal caso specifico. Forse non una tappa di particolare importanza sulla strada della costruzione europea, nemmeno nel limitato angolo visuale del diritto penale.

All'inizio degli anni '90, quando i temi del penale sono venuti più direttamente all'attenzione nel processo di costruzione europea, una impegnata relazione concludeva affermando che in tale processo la scienza del diritto penale dovrebbe essere soprattutto *Hüter der Menschenrechte*, custode dei diritti dell'uomo; ciò che può essere parzialmente superato è "*das bisherige national-staatliche Recht, nicht der Rechts-staat*", lo stato nazionale e non lo stato di diritto<sup>23</sup>. Per la tenuta e l'auspicabile evoluzione di un *Rechts-staat* che potrebbe diventare sovranazionale, europeo, la saggezza dalla nostra Corte costituzionale (non la sentenza Taricco1) ha segnato un buon punto d'appoggio.

L'evoluzione del diritto penale in Europa dipenderà da cose ben più grandi della attesa Tarexit. Sto completando questo scritto il giorno in cui viene pubblicato un articolo di due intellettuali italiani (non giuristi) che parlano di radici culturali e fanno proposte

---

<sup>22</sup> M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, p. 14. Cfr. anche D. MICHELETTI, *Premesse e conclusioni sulla sentenza Taricco*, in *AA.VV., Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, p. 61 s.

<sup>23</sup> U. SIEBER, *Europäische Einigung und europäische Strafrecht*, in *ZStW*, 1991, p. 979.

istituzionali sull'Europa, additando come condizione “che l'Europa interrompa la sua abdicazione rispetto alla politica, e che essa, dunque, cessi una buona volta di pensarsi solo all'insegna dell'economia e del diritto”<sup>24</sup>. Serve un passo avanti fondato sulla sovranità popolare, dice il sopratitolo. Le proposte non sono nuove, le troviamo con contenuti e motivazioni affini in scritti di altri intellettuali europei<sup>25</sup>. Sarà dentro la crescita d'una sfera politica europea e di una più solida democrazia istituzionale, che potrà (speriamo) consolidarsi l'Europa dei diritti.

---

<sup>24</sup> R. ESPOSITO e R. GALLI DELLA LOGGIA, *Eleggiamo il presidente d'Europa*, in *Corriere della sera*, 10 aprile 2017.

<sup>25</sup> Per es. J. HABERMAS, *Il ruolo dell'intellettuale e la causa dell'Europa*, Roma-Bari 2011, in cui è ripubblicato (p. 48 s.) un articolo del 2010.