

# La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco

## *What is at Stake in the Constitutional Court Decision on the Taricco Sentence*

DOMENICO PULITANÒ

*Ordinario di diritto penale presso l'Università di Milano-Bicocca*

PRIMATO DEL DIRITTO UE, IDENTITÀ COSTITUZIONALE, TARICCO, PRESCRIZIONE

PRIMACY OF EU LAW, CONSTITUTIONAL IDENTITY, TARICCO, STATUTE OF LIMITATION

### ABSTRACT

Le questioni di legittimità costituzionale sollevate sulla sentenza Taricco della Corte UE vanno valutate su un duplice piano: come questioni di diritto interno (sarebbe costituzionalmente legittima una 'legge Taricco?'), e come questione di controlimiti che possano essere opposti alla ricezione di un principio di diritto europeo. Su entrambi i piani, appare fondata la questione relativa al potere, attribuito al giudice dalla sentenza della Corte UE, di disapplicare in malam partem la disciplina degli atti interruttivi della prescrizione sulla base di valutazioni di adeguatezza funzionale. I principi in gioco sono il principio penalistico di legalità e la soggezione del giudice alla legge.

The questions of constitutionality raised by the European Court's in Taricco have to be evaluated under two points of view: as questions of domestic law (would a "Taricco law" be considered constitutional?), and as questions of limits that could be opposed to the reception of a European law principle. Under both points of view, the judgment raises important questions on the evaluation of the functional adequacy of the power, conferred to the national judge by the European Court, to disapply in malam partem the rules concerning the interruption of the limitation period. The penal principle of legality and the principle of judge subjection to the law are what is at stake here.

## SOMMARIO

1. La dimensione costituzionale dei problemi. – 2. La questione sulla natura della prescrizione. – 3. Contrasto con la finalità rieducativa della pena? – 4. L'apogeo della giurisprudenza fonte. – 5. La tensione col principio di personalità della responsabilità. – 6. La questione della retroattività sfavorevole. – 7. La questione dei controlimiti. La posta in gioco.

## 1.

**La dimensione costituzionale dei problemi.**

È attesa con grande interesse la risposta che la Corte costituzionale darà alle questioni sollevate sui principi affermati dalla Corte di giustizia della UE nella sentenza Taricco. Questa, com'è noto, ha attribuito al giudice il potere-dovere di disapplicare la disciplina dei tempi di prescrizione, qualora *la normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, o preveda, per i casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.*

Numerosi sono i principi costituzionali invocati dalla Corte di Cassazione contro il *dictum* della sentenza Taricco. Principi pertinenti specificamente al diritto penale sostanziale: il principio penalistico di legalità, sotto i profili della riserva di legge, della tassatività, della irretroattività; la finalità rieducativa della pena. Principi pertinenti alla giurisdizione: separazione poteri e soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.). Questioni consequenziali riguardano il diritto di difesa e il principio d'uguaglianza. Il tutto collegato al tema politicamente caldo dei *controlimiti* che possano valere a bloccare l'ingresso del *dictum* della Corte europea nell'ordinamento italiano.

Moltissime voci dottrinali si sono pronunciate, esaminando profili diversi. Come penalista, mi interessa raccogliere lo stimolo che da Lussemburgo è venuto per una riflessione che chiama in causa la giustizia penale italiana, e che le ordinanze di remissione hanno tradotto in questioni di legittimità costituzionale, passaggio obbligato verso il successivo problema dei controlimiti. Lasciando fra parentesi i profili di diritto europeo e le critiche mosse su quel piano<sup>1</sup>, imposterò le mie riflessioni da un punto di vista tutto interno all'ordinamento italiano: se e quali problemi, sul piano costituzionale, si porrebbero ove mai fosse il legislatore italiano (una 'legge Taricco') a statuire quanto la sentenza Taricco ha detto.

## 2.

**La questione sulla natura della prescrizione.**

L'istituto – la prescrizione del reato – che la sentenza Taricco ha rivisitato con riguardo alle frodi tributarie che toccano interessi UE, è un bersaglio polemico che la Corte di Lussemburgo ha recepito dalla prospettazione del giudice italiano: il tempo di prescrizione<sup>2</sup> come causa di inefficienza della giustizia penale italiana. Si tratta di uno, non certo 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 della prescrizione come 'colpevole' appare una scelta sostanzialmente arbitraria<sup>3</sup>; si tratta comunque di 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.

Sullo sfondo della discussione, il problema della natura della prescrizione. Processuale, ha affermato la sentenza Taricco. Sostanziale, dicono la giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>4</sup>, la dottrina penalistica italiana, le due ordinanze di remissione che evocano il principio penalistico di legalità (art. 25 Cost.) sotto tutti i profili: riserva di legge, tassatività,

<sup>1</sup> *Ex multis* R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2016; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016.

<sup>2</sup> Più specificamente, la disciplina del prolungamento del termine di prescrizione a seguito di atti interruttivi.

<sup>3</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. 61s.

<sup>4</sup> Un quadro d'insieme in C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016.

retroattività *in malam partem*, collegamento con i principi sulla pena (finalità rieducativa: l'art. 27, 3° comma, è fra i parametri costituzionali indicati nell'ordinanza della Cassazione).

Che senso ha discutere sulla natura sostanziale o processuale della prescrizione? La natura del problema, cui l'istituto della prescrizione dà risposta, è un problema concernente il punire, cioè di diritto sostanziale: se e quale rilevanza attribuire al tempo trascorso rispetto alle esigenze di risposta al reato. Un problema, dunque, di *bisogno* di pena (*Strafbedurfnis*<sup>5</sup>), relativo al punire e non alle forme del procedere<sup>6</sup>: un istituto che concorre a delineare la risposta a un tale problema ha natura sostanziale<sup>7</sup>, e chiama in causa i principi pertinenti al diritto penale sostanziale. La previsione dell'effetto estintivo per decorso del tempo riconosce che c'è un tempo dell'oblio, più o meno lungo. Per una causa di estinzione del reato (di non punibilità sopravvenuta) la collocazione appropriata è nel codice penale, e la legittimità va controllata alla stregua di principi pertinenti al diritto penale sostanziale<sup>8</sup>.

Ovviamente, come per tutti gli istituti del diritto penale sostanziale, l'applicazione in casi concreti passa attraverso il processo. Nella disciplina della prescrizione si innestano anche disposizioni processuali, la cui legittimità va controllata alla stregua dei principi relativi al processo.

Promessa d'impunità per autori di reato (di fatti teoricamente meritevoli di pena) la prescrizione è un istituto assiologicamente ambiguo: garanzia costituzionale o istituto disfunzionale? L'uno e l'altro: come suggerisce la metafora di *causa estintiva*, è un estintore che è necessario collocare a presidio di determinate situazioni, e in questo senso è una garanzia; ma in condizioni di normale funzionamento del sistema dovrebbe rimanere inattivo, e in questo senso è spia e suggello di disfunzioni.

Istituto con radici antiche, la prescrizione del reato ha un fondamento non dipendente da principi più moderni, come l'idea rieducativa o la ragionevole durata del processo, dei quali può essere un indiretto presidio. Nonostante le difficoltà del collegare l'istituto della prescrizione a un *fondamento razionale assoluto e univoco*<sup>9</sup>, vi si riconosce un solido fondamento nell'orizzonte costituzionale della pena<sup>10</sup>. Se raffrontata a uno scenario indifferente allo scorrere del tempo, l'idea del *tempo dell'oblio* (dell'affievolirsi, fino a svanire, di esigenze di risposta punitiva) si rivela la più coerente con una concezione ragionevole, non autoritaria, del diritto penale. Assegnare alla variabile del tempo trascorso una rilevanza autonoma, da bilanciare con la rilevanza assegnata alla gravità del commesso reato, è una soluzione normativa suggerita (imposta?) dalla *considerazione dei tempi della memoria sociale e dei tempi di vita delle persone*, in relazione ad *esigenze di proporzione* degli interventi penali non semplicemente rispetto al commesso reato, ma *rispetto a bisogni di risposta che il corso del tempo può ragionevolmente concorrere a modellare e ridurre, fino ad azzerare l'esigenza di una risposta sanzionatoria*<sup>11</sup>. Il *contrario della 'giustizia infinita'* che venne inizialmente assunta a etichetta della reazione contro il terrorismo internazionale dopo gli attentati dell'11 settembre 2001<sup>12</sup>. Anche in un'ottica 'di giustizia', la pena che sarebbe stata *giusta se tempestiva*, se tardiva acquisterebbe il *sapore di un'indebita sovraccentuazione*<sup>13</sup>.

Immaginando che le questioni sollevate fossero legate a una ipotetica legge Taricco, di contenuto precettivo identico a quello della sentenza lussemburghese, dalla Corte costituzionale ci attenderemmo, circa la natura della prescrizione, la conferma del suo costante indirizzo: è un istituto di diritto penale sostanziale, per il quale vale il principio di legalità ex art. 25 Cost. Basterebbe questo a far prevedere una sentenza di accoglimento? Vediamo, partitamente, le

<sup>5</sup> V. MANES, *La 'svolta' Taricco e la potenziale sovversione di sistema: le ragioni dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016, p. 9. L'ordinanza della Cassazione parla (impropriamente) di meritevolezza di pena, a p. 28, ma fa (correttamente) riferimento al bisogno di pena nel §. 4.8.

<sup>6</sup> Ciò vale allo stesso modo per la determinazione dei tempi di base di prescrizione e per la disciplina di atti interruttivi. Non ha 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 controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2016.

<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.

<sup>8</sup> Cause di non punibilità "abbisognano di un puntuale fondamento, concretato dalla Costituzione o da altre leggi costituzionali", non necessariamente con disposizione espressa, purché l'esenzione da pena sia il frutto di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco": Corte cost., n. 148 del 1983.

<sup>9</sup> S. SILVANI, *Il giudizio del tempo*, Bologna, 2009, p. 53.

<sup>10</sup> F. VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *questa Rivista*, 3, 2013, p. 18.

<sup>11</sup> Sul senso della prescrizione del reato sia consentito richiamare le riflessioni svolte, con riguardo a un contesto diverso e più drammatico, da L. MANCONI, *Terroristi italiani*, Milano 208, p. 152s.

<sup>12</sup> F. GIUNTA e D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, Torino 2003, p. 24, 28.

<sup>13</sup> A. MOLARI, *op. cit.*, p. 684.

diverse questioni.

### 3.

#### Contrasto con la finalità rieducativa della pena?

Secondo l'ordinanza della Cassazione (§. 4.8) "*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 "*non possono assumere rilievo nella dimensione del c.d. bisogno di pena*". L'ordinanza richiama la giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 313/1990) che ha riconosciuto la rilevanza del principio rieducativo anche per le scelte del legislatore.

Contrariamente a quanto opina l'ordinanza di rimessione, la tutela di interessi costituzionalmente rilevanti (e tali pacificamente sono gli interessi finanziari dell'Unione Europea) non è affatto *eccentrica al teleologismo costituzionale* del sistema penale: per il diritto penale la tutela di interessi o beni giuridici è criterio *necessario* (ancorché non sufficiente) di legittimazione, e può avere rilievo per la disciplina degli istituti del sistema sanzionatorio, fra cui la prescrizione va annoverata. Ovviamente, anche l'idea rieducativa concorre a definire il *telos* costituzionale: è uno, non l'unico principio rilevante per la scelta legislativa relativa ai tempi di prescrizione, che è la risposta a un problema di bilanciamento fra esigenze contrapposte, legate da un lato al precetto penale violato e alla valutazione di gravità del tipo di reato, dall'altro alla considerazione del tempo trascorso ai fini della risposta al commesso reato.

Nel caso in esame, l'*allungamento* dei tempi di prescrizione è, di per sé, una *possibilità legittimamente aperta per il legislatore*, proprio in considerazione della rilevanza attribuita a dati interessi, su entrambi i piani della meritevolezza e del bisogno di pena. Caso mai, un limite sarebbe posto dal principio d'eguaglianza-ragionevolezza, pure evocato dall'ordinanza di rimessione. Ma francamente non potrebbe essere vista una irragionevole discriminazione in 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.

Le voci a difesa della sentenza Taricco hanno valorizzato questo profilo, e anche una voce critica è arrivata a ipotizzare che la Corte costituzionale italiana, pur nel ridimensionare la sentenza Taricco per l'inaccettabile *dictum* rivolto ai giudici italiani, *potrebbe sollevare davanti a se stessa la questione di legittimità della legge italiana* (in materia di prescrizione) e *risolverla con una sentenza di accoglimento*<sup>14</sup>. Contro questa ipotesi mi sembra valgano, in direzione capovolta, le medesime ragioni che si oppongono alla questione sollevata dalla Cassazione: le scelte relative ai tempi di prescrizione sottendono bilanciamenti di competenza del legislatore, fra contrapposte esigenze di funzionalità repressiva e di garanzia. Nei limiti posti dal principio d'eguaglianza/ragionevolezza v'è spazio per modelli diversi.

### 4.

#### L'apogeo della giurisprudenza fonte.

Nella maggior parte, le questioni sollevate ruotano attorno a un nucleo tematico unitario: la *scelta di affidare al giudice un potere decisionale relativo alla disciplina applicabile in materia di prescrizione*. 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.).

La *frizione con il principio di separazione di poteri* – ha precisato l'ordinanza della Cassazione (§. 4.7) – non deriva dalla provenienza europea o giurisprudenziale<sup>15</sup>, "*bensi 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*

<sup>14</sup> R. BIN, *op. cit.*, p. 8.

<sup>15</sup> Ciò rileva su un piano diverso, quello della riserva di legge, che per ora lasciamo fra parentesi.

che valuti inadeguati dal punto di vista della prevenzione"<sup>16</sup>. Si tratterebbe di una "ulteriore tappa nel processo di trasformazione del rapporto tra legge e giudice, foriera di alcune ricadute in ordine a principi ancora più fondamentali nel nostro ordinamento"<sup>17</sup>.

Davvero *sovversione di sistema*<sup>18</sup>? In appassionata difesa del *dictum* della Corte europea, Viganò ha sostenuto che qui il giudice non sarebbe chiamato a una valutazione di politica criminale, di comparazione fra costi e benefici della pena (è questa la valutazione già fatta dal legislatore italiano, che configura come reato certe frodi!), ma "semplicemente una valutazione sull'effetto in termini di impunità di un numero rilevante di frodi determinato dalla vigente disciplina sull'interruzione della prescrizione; effetto che, se sussistente, si porrebbe in diametrico contrasto con gli obblighi derivanti dal diritto UE"<sup>19</sup>.

Tale valutazione, nota Viganò, la Corte UE non poteva farla, "non avendo essi i necessari strumenti istruttori". Può farla il giudice italiano? Non è un problema semplicemente di mezzi istruttori, che pure sarebbe di per sé un problema serio (sostanzialmente insolubile) anche per il giudice italiano, qualora lo si intenda come riguardante lo stato complessivo del *law enforcement* in materia di frodi in danno della UE. L'ordinanza della Cassazione ha interpretato nel modo più restrittivo possibile (più restrittivo, credo, di quanto abbia inteso la Corte UE) l'oggetto del giudizio scaricato sul giudice: valuterà il peso dei fatti oggetto del suo processo, in concreto esposti al rischio di prescrizione.

Comunque si impostino i problemi relativi all'accertamento (che cosa esattamente accertare, e con quali mezzi<sup>20</sup>) si ritorna al problema se la valutazione affidata al giudice (correttamente descritta da Viganò) sia o non sia pertinente alla funzione giurisdizionale penale, come definita nel nostro sistema costituzionale. Lasciando fra parentesi le complicazioni del rapporto fra ordinamenti, ci domandiamo se il legislatore italiano possa tradurre in norma di legge il *dictum* della Corte UE, che "rimette direttamente al giudice la valutazione di adeguatezza di una disciplina penale ai fini di prevenzione". In questi termini il problema è stato impostato nell'ordinanza della Corte di cassazione) e discusso in dottrina: come se lo avesse posto una disposizione interna, introducendo un *potere giudiziario di disapplicazione di norme vigenti in ambito penale*, ove ritenute non consone con esigenze di contrasto a frodi gravi in danno della UE<sup>21</sup>.

Il problema riguarda non la semplice attribuzione di un potere di valutazione, ma la natura della valutazione affidata al giudice. Nel *quid proprium* della giurisdizione rientra, pacificamente, il valutare fatti da punti di vista normativi, anche là dove il giudice disponga di spazi di discrezionalità. Si tratta di un profilo particolarmente delicato nella concretizzazione del principio di legalità: mentre per i presupposti della responsabilità penale richiediamo determinatezza e precisione, con riguardo alle risposte al reato accettiamo come necessario un mix di legalità e di discrezionalità. Ci siamo assuefatti all'*enorme potere del giudice nella gestione degli istituti del sistema sanzionatorio*<sup>22</sup>. La dilatazione di spazi di discrezionalità, l'evanescente genericità dei criteri, la conformazione concreta di certi istituti pongono seri problemi di legalità della pena<sup>23</sup>. Di fronte a dilatazioni, anche enormi e abnormi, del potere del giudice, la reazione non è stata così ampia e radicale come di fronte alla sentenza Taricco. Davvero questa è così dirompente<sup>24</sup>?

La novità della sentenza Taricco, che fa la differenza, e che come tale è stata percepita, è che la valutazione affidata al giudice coinvolge la norma: non la sua legittimità rispetto a principi

<sup>16</sup> L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2015.

<sup>17</sup> F. CONSULICH, *La prescrizione della legalità. Il rapporto tra diritto penale tributario e diritto dell'Unione europea dopo la sentenza della Corte di giustizia sul caso Taricco*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, marzo 2016, p. 32.

<sup>18</sup> Così V. MANES, *op. cit.*, p. 23.

<sup>19</sup> F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2016, p. 33.

<sup>20</sup> Sulla problematicità della valutazione richiesta al giudice dalla sentenza Taricco, "incerta anche nelle sue premesse concettuali: cosa significa *effettività della repressione*?", cfr. L. BISORI, *Il mugnaio di Potsdam e il cantiniere di Mondovì*, in *Dal giudice garante, cit.*, p. 13; C. PAONESSA, *Lo strano caso Taricco, ovvero le garanzie del tempore cedere alla mercè di una eccentrica decisione europea?*, *ivi*, p. 11s.

<sup>21</sup> L. EUSEBI, *op. cit.*

<sup>22</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. 1743s.

<sup>23</sup> Ho più volte segnalato, come caso limite, i che si può definire di *discrezionalità discontinua*: vi sono casi in cui che il giudice, secondo gli esiti di un discrezionale bilanciamento fra aggravanti e attenuanti, può andare o al di sopra o al di sotto di certe soglie, con esclusione di possibilità intermedie. Con riferimento all'omicidio doloso sia consentito rinviare a D. PULITANÒ, *Diritto penale (parte speciale). Vol. I, Tutela penale della persona*, Torino 2014, p. 64.

<sup>24</sup> È l'interrogativo formulato da A. VALLINI, *Un'ingerenza grave in un sistema discriminatorio*, in *Dal giudice garante, cit.*, p. 130.

sovraordinati, ma la sua adeguatezza in concreto.

Il penalista che più si è impegnato in difesa della sentenza Taricco parla di “*valutazione sull’effetto di impunità di un numero rilevante di frodi determinato dalla vigente disciplina sull’interruzione della prescrizione*”<sup>25</sup>. Anch’egli, dunque, prende atto che il problema è di adeguatezza o inadeguatezza della norma a evitare un effetto di impunità. Non è una questione di *interpretazione* della norma: tutti concordiamo nel riconoscere che il *dictum* della Corte UE affida al giudice una valutazione sulla adeguatezza di un aspetto della disciplina della prescrizione. È una questione di politica del diritto penale, di competenza di chi pone la norma. Nel *dictum* della Corte UE, “*i rapporti tra legge e giudice comune vengono alterati a tal punto da consegnare a quest’ultimo una valutazione di merito sull’adeguatezza della prima*”<sup>26</sup>.

L’attribuzione al giudice di un potere di disapplicazione di norme vigenti, ritenute non consoni a esigenze preventive, è stata definita da Eusebi “*una sorta di opposto in malam partem del giudizio di offensività*”. Si trattasse di una utilizzazione ermeneutica del principio di offensività, potrebbe porsi il problema d’un controllo ermeneutico; ma qui siamo fuori dal terreno ermeneutico, sul quale il principio di offensività può essere valutato dall’applicatore. È in gioco un potere che eccede quello del giudice interprete della legge e responsabile del giudizio sul fatto.

La questione dei poteri attribuiti al giudice, rilevante ex art. 101 Cost., si rispecchia anche nelle questioni sollevate con riferimento al principio penalistico di legalità (art. 25): la riserva di legge e la determinatezza della legge penale sarebbero incrinata anche se il *dictum* della sentenza Taricco fosse pronunciato dal legislatore. Sarebbe il giudice, e non il legislatore, a decidere in ultima analisi sulla norma applicabile in materia di prescrizione. Il *vulnus* formale alla riserva di legge, e il *vulnus* sostanziale alla determinatezza della norma, deriverebbero dalla incompetenza del giudice a effettuare valutazioni di politica legislativa, del tipo di quelle che nel caso in esame gli sono state richieste.

*Apogeo della giurisprudenza fonte*: così la Corte di Cassazione ha scolpito il vizio di legittimità costituzionale ravvisato nella sentenza Taricco. È un’immagine che ben si attaglia al nucleo essenziale delle questioni sollevate, in una considerazione unitaria.

## 5. La tensione col principio di personalità della responsabilità.

La questione riguarda anche alcuni *contenuti* della legalità penalistica: al giudice viene richiesta una valutazione che fa dipendere la decisione sul singolo caso (la scelta della norma applicabile) da elementi relativi all’efficacia del *law enforcement*; estranei dunque al fatto attribuito al singolo imputato. È vulnerato, mi sembra, il principio di responsabilità personale (art. 27, 1° comma), che vieta di riversare nel giudizio sul caso concreto valutazioni che riguardano elementi estranei al fatto cui si ricollega la responsabilità. 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.

Il *dictum* della sentenza Taricco esige invece dal giudice una parziale *fuoriuscita in malam partem dal principio di responsabilità personale*: una risposta sanzionatoria obbligata in forza di considerazioni di politica criminale (esigenze di adeguata repressione) fondate su fatti estranei alla sfera di responsabilità personale del singolo imputato. Le 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 dunque ravvisabile nelle argomentazioni della sentenza Taricco una “*sostanziale incompatibilità con le logiche del personalismo ... una strumentalizzazione della posizione giuridica del singolo per offrire una risposta simbolica a problemi sistemici*”<sup>27</sup>, nella forma di una strumentalizzazione del processo ad un preciso obbligo di risultato<sup>28</sup>.

In quest’ottica si potrebbe formulare una eccezione di illegittimità costituzionale anche in relazione all’art. 27, 1° comma, valorizzando un profilo del principio di responsabilità penale

<sup>25</sup> F. VIGANÒ, *loco ult. cit.*

<sup>26</sup> F. CONSULICH, *op. cit.*, p. 57.

<sup>27</sup> A. VALLINI, *op. cit.*, p. 153.

<sup>28</sup> D. NEGRI, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Taricco*, in *Dal giudice garante*, cit., p. 73.

personale che non mi consta sia mai stato portato all'attenzione del giudice delle leggi. Nel contesto delle questioni sollevate dalla Corte di cassazione, questo profilo può forse venire indirettamente in rilievo, come risvolto contenutistico della censura fondamentale, quella relativa alla violazione dei principi sulla giurisdizione e la separazione dei poteri. Il potere che il *dictum* della sentenza Taricco attribuisce al giudice è un potere di modifica delle premesse normative del giudizio, sulla base di ragioni di politica criminale che non possono essere legittimamente valutate dal giudice nel giudizio sulla responsabilità personale.

## 6.

### La questione della retroattività sfavorevole.

Ho lasciato per ultimo un accenno al problema della retroattività sfavorevole, che è stato al centro delle prime applicazioni e dei primi commenti. È un problema transitorio, relativo al passato, che non tocca la sostanza del *dictum* della Corte UE, la sua pretesa normativa riguardante la disciplina di fatti futuri. È un profilo che risulterebbe assorbito dall'accoglimento di questioni più radicali, relative alla portata precettiva del *dictum*.

Qual è il momento che separa il passato e il futuro, nella posizione del problema della applicazione retroattiva? La discussione dottrinale ha fatto riferimento alla data della sentenza Taricco; e così pure le ordinanze di rimessione. La sentenza che ha fatto concreta applicazione del *dictum* lussemburghese<sup>29</sup> vi ha invece ravvisato "*natura dichiarativa, non creativa*", interpretazione delle norme comunitarie "*come sono in origine al momento della loro applicazione*" (§. 20). Il problema della retroattività è stato in tal modo azzerato.

Formalmente coerente, questa impostazione. Ma le norme dell'ordinamento UE, cui viene fatta risalire la disciplina applicata, non contengono in realtà alcuna disciplina di istituti penalistici, né della prescrizione né di altro. Non contengono regole di diritto penale, e il contenuto che può essere definito *di principio* si riduce alla richiesta di norme efficaci e dissuasive. Non c'è un principio che prefiguri alcuna modalità specifica di concretizzazione. Far datare dal Trattato UE la norma sulla prescrizione, da applicare (non retroattivamente?) in ossequio alla sentenza Taricco, appare paradossale: prima di quella sentenza, nessuno (forse) si sarebbe immaginato ciò che in essa si vorrebbe farci leggere!

Sarebbe legittima o illegittima, per la nostra Costituzione, l'applicabilità retroattiva di una ipotetica 'legge Taricco'? 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 possibilità di deroghe in materia di prescrizione non viene presa in considerazione, alla luce del *valore essenziale* del principio di irretroattività in materia penale.

Anche nella così controversa materia della prescrizione, deroghe al divieto di retroattività *in peius* sono estranee all'esperienza italiana. Nella giurisprudenza costituzionale tale questione non è mai affiorata. La dottrina è divisa<sup>30</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>31</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>32</sup>. La retroattività sfavorevole in materia di prescrizione, preclusa in via generale dalla disciplina della successione di leggi (art. 2 cod. pen.), non sarebbe oggetto di

<sup>29</sup> Cass. III, 17 settembre 2015, n. 3105.

<sup>30</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>31</sup> M. DONINI, in *Foro it.*, 1998, V, c. 324.

<sup>32</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 esigenze di difesa sociale nel processo penale*, in AA.VV., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, 1997, p. 279. Nella discussione sulla sentenza Taricco, cfr. F. CONSULICH, *op. cit.*, p. 42: "*alla base degli interessi tutelati dalla prescrizione non sta certo l'affidamento di singoli*".

un divieto costituzionale assoluto e inderogabile.

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. La sentenza ha anche esaminato i problemi di compatibilità con il *Rechtsstaatsprinzip* e con i principi di proporzione e di uguaglianza, escludendone la violazione nel caso di specie.

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 dei crimini nazisti, la norma speciale è parsa giustificata. Nel caso delle frodi in danno della UE, la maggiore discutibilità della deroga offre base alla prospettazione del problema di legittimità costituzionale. Ma la soluzione potrebbe essere il riconoscimento di spazi di discrezionalità politica del legislatore (da esercitare, ovviamente, nelle forme del principio di legalità).

Legata alla questione della retroattività è quella 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 ad altri problemi di difesa da contestazioni nuove<sup>33</sup>.

## 7.

### La questione dei controlimiti. La posta in gioco.

Ritorniamo, a chiusura, alla dimensione sovranazionale dei problemi aperti dalla sentenza Taricco. Dalla Corte costituzionale le ordinanze di rimessione e le voci critiche si attendono l'attivazione di *controlimiti*, nel senso messo a punto dalla giurisprudenza costituzionale<sup>34</sup>. Ne varrebbe la pena? è l'interrogativo che Viganò si è subito posto<sup>35</sup>, e cui ha dato risposta negativa<sup>36</sup>. Varrebbe la pena difendere, in nome del principio di legalità, la nostra discussa e discutibile disciplina della prescrizione, sfidando il primato del diritto eurounitario? Ne deriverebbero, si sostiene, costi per l'Europa (la messa in crisi del primato del diritto della UE, uno dei pilastri della costruzione europea), e costi non banali anche per il nostro paese: il "risultato di blindare sotto il profilo costituzionale l'attuale disciplina della prescrizione, sancendone l'assoluta impermeabilità a qualsiasi modifica per via giurisprudenziale che non passi per una modifica legislativa, cristallizzando così – nei fatti – una situazione di sempre più insostenibile contrarietà agli obblighi internazionali"<sup>37</sup>.

Con riguardo al *controlimite invocato dall'ordinanza di rimessione della Corte d'appello di Milano* (il principio di legalità penale ex art. 25 Cost.), Viganò osserva che *l'obbligo enunciato dalla Corte UE a carico dei giudici italiani è di condannare sulla base di disposizioni incriminatrici italiane, e che il ruolo del diritto europeo sarebbe "confinato alla neutralizzazione di una disciplina estranea all'oggetto del divieto e alla determinazione delle sanzioni"*<sup>38</sup>. La prospettiva attuale, cui guardare, è quella di una *sovranità condivisa con l'Europa in materia penale*; e dunque *non la difesa gelosa e puntuta dei nostri piccoli rimasugli di sovranità condivisa*<sup>39</sup>.

Anche di fronte al quadro più ampio delle questioni sollevate dalla Corte di cassazione, le riflessioni di Viganò meritano attenzione. Se guardiamo al *risultato* voluto dalla Corte UE, relativo alla disciplina della prescrizione (l'allungamento del tempo necessario a prescrivere

<sup>33</sup> Si vedano le non poche sentenze della Corte costituzionale sugli artt. 516s. cod. proc. pen.

<sup>34</sup> Sentenze n. 183/1973, n. 179/1984, n. 232/1989. Una applicazione recente nella sentenza n. 238/214.

<sup>35</sup> F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2015.

<sup>36</sup> Più ampiamente in F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2016.

<sup>37</sup> F. VIGANÒ, *Il caso, cit.*, p. 7.

<sup>38</sup> F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, p. 18.

<sup>39</sup> F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, p. 20.



frodi gravi contro gli interessi finanziari della UE), non vi sarebbe contrasto con i principi costituzionali. La disciplina vigente della prescrizione non merita alcuna blindatura costituzionale. Il risultato voluto dalla Corte UE, il legislatore italiano potrebbe legittimamente farlo proprio.

Se guardiamo alla strada additata (imposta) dalla Corte UE, lo scenario cambia. La strada sarebbe (nel linguaggio di Viganò) la *permeabilità* della disciplina della prescrizione a una *modifica per via giurisprudenziale che non passi per una modifica legislativa*. È una strada che altera, su un punto specifico, *la stessa separazione dei poteri in ambito penale, attribuendo al giudice una valutazione di merito sull'adeguatezza della disciplina della prescrizione*. Se l'orizzonte della questione fosse quello del diritto italiano, una 'legge Taricco' sarebbe tranquillamente dichiarata illegittima, per l'attribuzione al giudice di un potere sostanzialmente normativo (in violazione dell'art. 101) e per contrasto col principio penalistico di legalità (art. 25) sotto i profili della riserva di legge e della determinatezza della legge penale.

Contro tendenze ad accostare la rilevanza della giurisprudenza alla legge, la Corte costituzionale ha avuto occasione di pronunciarsi: la sentenza n. 230 del 2012 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 cpp, *nella parte in cui non prevede la revoca della sentenza di condanna nel caso di mutamento giurisprudenziale (decisione delle Sezioni Unite)* che escluda che un certo tipo di fatto sia previsto come reato<sup>40</sup>. Tale questione era stata sollevata con riferimento agli artt. 3, 13, 25 comma 2°, 27 comma 3°, 117 comma 1. La motivazione della sentenza riafferma nella sua interezza il modello di legalità fondato sulla riserva di legge, contro un'impostazione che credeva di poter desumere dalla giurisprudenza di Strasburgo la retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole.

Respingendo la pretesa di vincolare il giudice dell'esecuzione al *dictum* reso dalle Sezioni Unite in un altro processo, la Corte costituzionale, con una sentenza di *forte cifra politica*<sup>41</sup>, ha tenuto ben salda la distinzione, nel sistema delle fonti, fra la legge e la giurisprudenza che alla legge è soggetta, e quindi la differenza fra mutamento legislativo e mutamento d'indirizzo giurisprudenziale. *Il formante giurisprudenziale non ha valore formale di legge*. Il giudice, custode del *nomos*, non ha il potere di modificare il *nomos*.

L'esigenza di riaffermare questi principi si è fatta sentire in uno scenario che è stato definito di *"ristrutturazione del sistema di produzione del diritto e di riarticolazione orientativa del discorso giuridico di teoria generale sul paradigma dell'interpretazione anziché sul piano delle fonti"*<sup>42</sup>. La sentenza Taricco porta al di fuori dello stesso *paradigma dell'interpretazione*, attribuendo al giudice un inaudito potere di sostituzione della norma applicabile, non in forza di una operazione ermeneutica, ma in base a una valutazione *obiettivamente politica* sull'adeguatezza del *law enforcement*. E imponendo la *disapplicazione diretta in malam partem alla stregua del diritto europeo*, *"delinea una tappa fondamentale dello spostamento del potere penale nelle mani del potere giudiziario"*<sup>43</sup>.

Il controlimite potrebbe essere ragionevolmente attivato su questo punto: nel nostro sistema costituzionale sono principi fondamentali e caratterizzanti i principi che non consentono che la regola applicabile nel caso concreto sia scelta dal giudice, cioè *modificata per via giurisprudenziale sulla base di valutazioni di politica criminale*.

Difendere l'assetto delle fonti del nostro ordinamento e la soggezione del giudice alla legge – segnatamente in ambito penalistico – non riguarda un piccolo rimasuglio di sovranità statale, ma l'idea stessa di legalità e il rapporto fra legge e giurisdizione. È in gioco la struttura stessa del nostro sistema costituzionale. Si tratta di una *partita importante* anche per il processo di integrazione europea. Il *dictum* della sentenza Taricco bene esemplifica il rischio che il costituzionalismo multilivello, ridislocando poteri decisionali su istanze politicamente irresponsabili, allontani il problema della legittimazione democratica<sup>44</sup>. Far valere come controlimiti il principio penalistico di legalità e la soggezione del giudice alla legge sarebbe coerente con l'idea di un costituzionalismo *non irenico*, ma polemico quanto basti per misurarsi

<sup>40</sup> Fra i commenti: V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra diritto giurisprudenziale e legge*, in *Giur. Cost.* 2013, p. 3474s.; V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *questa Rivista*, 3-4, 2012, p. 164s.; A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU*, Id. *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum*, in *consultaonline*.

<sup>41</sup> G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'epoca dei giudici*, in *Criminalia*, 2012, p. 296.

<sup>42</sup> V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. Pen.* 2016, p. 1251.

<sup>43</sup> G. INSOLERA, *Cassandra e il grande potere giudiziario*, in *Dal giudice garante*, cit., p. 141.

<sup>44</sup> M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. Cost.*, 2006, p. 1667.

con le tensioni del sistema multilivello e i problemi di costruzione di una legalità più complessa e più solida.

L'augurio paradossale che emerga un conflitto fra le Corti<sup>45</sup> risponde all'importanza dei principi in gioco anche per la costruzione europea nella sua attuale difficile fase: ad un'esigenza di chiarezza su principi di base su cui costruire un edificio condiviso, evitando lo spettro di una tirannia della Costituzione europea, di fatto esercitata dalla Corte europea<sup>46</sup>.

Criticando nel merito la sentenza Taricco – già al livello del diritto europeo – la dottrina ha fatto il suo mestiere (non c'è esercizio di poteri che si sottragga al diritto di critica). Dalla Corte costituzionale italiana ci si può attendere una decisione che, senza entrare nelle questioni di diritto europeo (il campo della Corte di Lussemburgo), riaffermi serenamente come principi fondamentali del nostro ordinamento – e perciò idonei controlimiti – il principio penalistico di legalità e la soggezione del giudice alla legge<sup>47</sup>.

Rispetto alle ragioni di insoddisfazione verso il nostro *law enforcement* e verso la disciplina della prescrizione, il discorso rimarrebbe aperto, sotto la responsabilità primaria delle istituzioni italiane, *in primis* ma non solo il legislatore. La Corte costituzionale potrebbe dare un segnale anche in tale direzione, in particolare nel motivare sull'infondatezza della questione relativa all'art. 27 Cost.

<sup>45</sup> G. INSOLETA, *op. ult. cit.*, p. 139.

<sup>46</sup> Cfr. G. TARLI BARBIERI, *La scommessa dei controlimiti. Problemi e prospettive del giudizio di costituzionalità a margine della vicenda Taricco*, in *Dal giudice garante*, cit., p. 184-85.

<sup>47</sup> Il "limite inerente alla natura dell'attività giurisdizionale" come controlimite è l'idea portante di C. SOTIS, *Il limite come controlimite*, in *Dir. pen. cont.*, 14 ottobre 2016, pubblicato poco dopo la prima pubblicazione di questo mio intervento. Una difesa della sentenza della Corte UE nel coevo intervento di L. Picotti, *Riflessioni sul caso Taricco*, con l'eloquente sottotitolo "Dallavirtuosaindignazione al rilancio del diritto penale europeo".