

LETTURA CRITICA DI CORTE COSTITUZIONALE N. 115/2018

*La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale
come controlimiti alla regola Taricco*

di Massimo Donini

Abstract. La sentenza C. Cost. n. 115/2018, che chiude la vicenda Taricco, disapplica l'art. 325 par. 1 e 2 del TFUE, e la "regola Taricco" prescritta da CGUE 17 dicembre 2017, in quanto in contrasto col principio nazionale di determinatezza (art. 25 cpv. Cost.). Ciò costituisce un esercizio implicito di controlimiti nazionali al diritto europeo, per come interpretato dalla CGUE. La base del giudizio della Corte è costituita dall'attrazione originaria della prescrizione del reato nella materia costituzionale del principio di legalità-determinatezza: la prescrizione, per le conseguenze punitive, deve essere disciplinata come normativa sostanziale per vincolo costituzionale (*unicum* costituzionale in Europa). Applicando il vincolo di determinatezza all'art. 325, par. 1 e 2, TFUE e alla "regola Taricco", la Consulta segue una lettura massimalista della determinatezza come esigenza che dal testo della regola legale (non al momento della condotta, semplicemente) si possa prevedere la sua successiva concretizzazione giurisprudenziale. Tale lettura, che contrasta con la tradizione ermeneutica della Corte, schiude orizzonti nuovi sul rapporto tra legge e interpretazione, e aspettative che difficilmente potranno essere soddisfatte nella gestione ordinaria dell'art. 25 cpv. Cost. Del pari, questo patriottismo costituzionale apre interrogativi nuovi sul futuro dell'europismo giudiziario.

SOMMARIO: 1. Il quadro entro il quale si colloca la sentenza C. cost. n. 115/2018. – 2. I precedenti costituiti dall'ordinanza C. cost. n. 24/2017 e dalla sentenza CGUE del 17 dicembre 2017. – 3. La "regola Taricco" come concretizzazione dell'art. 325, par. 1 e 2 TFUE. – 4. L'obiezione *penalistica* di fondo della Corte costituzionale e l'esercizio dei controlimiti. – 5. Le premesse epistemologiche "nazionali" della sentenza n. 115/2018. – 6. L'assunto fondamentale relativo a un implicito controlimite: la prescrizione è materia originariamente penale sostanziale e il diritto UE viola l'art. 25 cpv. Cost. – 7. Il conseguente giudizio della sentenza n. 115/2018 sulla violazione della determinatezza e la "incostituzionalità" della norma del trattato. – 8. Valutazione critica. Non esistono solo le promesse non mantenute, ma anche quelle che non si possono mantenere. – 9. *Segue*. Perché la regola Taricco violava la divisione dei poteri, mentre l'art. 325 TFUE non viola la determinatezza. – 10. Una determinatezza distonica rispetto alla giurisprudenza consolidata della Corte. – 11. Una diversa soluzione e il futuro della determinatezza.

1. Il quadro entro il quale si colloca la sentenza C. cost. n. 115/2018.

Dopo la sentenza C. cost. 10 aprile-31 maggio 2018, nel caso M.A.S. e M.B., pare tracciato un punto di non ritorno: la CGUE e gli europeisti con essa, dovranno definitivamente fare i conti con la *diversità normativo-ermeneutica* del diritto penale, ma anche con la *funzione ordinatrice* che il diritto penale, quale ordinamento di chiusura, pone all'ermeneutica giuridica in generale¹.

Il processo di "normalizzazione" del diritto criminale, a seguito del quale tutti possiamo davvero entrare in un'area di rischio penale senza neanche dover commettere un delitto naturale, un crimine, ma solo un qualche reato "della vita quotidiana", quello per cui "chi di voi è senza reato scagli la prima pietra", quello della penalizzazione dell'etica pubblica per meglio rafforzare tutti i precetti etico-giuridici di avanguardia, le linee-guida di ogni tipo o agenzia normante etc., non ha ancora ottenuto il risultato di adattare il diritto criminale a tutte le regole (o le non-regole) ermeneutiche dei civilisti o degli europeisti. Ha invece prodotto il risultato di rendere più visibile il ruolo dialogico tra i rami dell'ordinamento, sì che oggi non esiste davvero più un diritto che sia (salvo campi definiti al suo interno) *ius exceptum*².

Il diritto penale ha tuttavia principi autonomi e regole interpretative differenziate, proprie. Anzi. Le sue stesse regole ordinarie sono diverse, anche se nessun manuale penalistico dedica oggi un capitolo, o magari un paragrafo, alla "norma penale". E tuttavia: il livello massimalista di alcuni suoi principi non è affatto eccentrico rispetto ad altri rami dell'ordinamento, rappresentando una declinazione talora soltanto più nitida e perfino esportabile. L'ermeneutica comune dovrebbe cioè trarre da quella penalistica importanti criteri di raffronto, anziché collocare il penale nel ruolo di *ius aliud*³.

È tuttavia dubbio che la nostra Corte costituzionale voglia conservare al diritto penale questo ruolo dialogico: l'immagine che risulta da questa sentenza è quella di una diversità marcata del penale dal resto dell'ordinamento.

¹ Un tracciato di questa *posizione strategica dell'ermeneutica penalistica*, spesso negletta da filosofi, civilisti e pubblicisti, che si "vantano" di esprimere punti di vista generali e dogmatici sull'ermeneutica giuridica "in sé" senza valorizzare il diritto penale, in M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, Milano, 2011, cap. 3 (su "Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea"). V. pure AA.VV., *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar, D. Pulitanò, Giuffrè, Milano, 2012, 73 ss.

² L'idea stessa di un *ne bis in idem* tra penale e amministrativo, e magari civile-punitivo, attesta la «normalizzazione» dell'idea punitiva all'interno dell'ordinamento, anche se è nel penale, ovviamente, che rientrano le forme estreme del male criminale. La proporzione di una risposta complessiva "multi-sanzionatoria" alla *stessa condotta di base* è oggi il problema più urgente di una reazione interdisciplinare di sistema agli illeciti. V. ora sul tema, in prospettiva di ordinamento e non solo penalistica, M. DONINI, L. FOFFANI, a cura di, *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, 2018, in corso di stampa.

³ Il diritto penale solo in una sua parte resta *ius exceptum*, essendo per il resto molto differenziato al proprio interno. Cfr. M. DONINI, *Il diritto penale differenziato. La coesistenza di classico e postmoderno nella penalità contemporanea* in M. Vogliotti, a cura di, *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino, 2008, 218 ss.

Il *garantismo penale* esige in effetti che non si possa vedere nei suoi divieti il mero riflesso di un'esigenza sociale pre-giuridica che il giudice interpreta direttamente, come se quanto non scritto fosse l'anima vera del diritto scritto⁴. Non solo. Se l'osservatorio dell'evoluzione del *diritto civile* conduce gli storici a ipotizzare l'abbandono di un "orizzonte monistico", quello del primato della legalità al quale ricondurre il diritto giurisprudenziale, per sostituirlo con un dualismo fra legalità e giurisdizione quali fonti concorrenti e congiunte del diritto⁵, ciò non vale per il diritto penale. Ogni discorso veramente unitario a questo punto, non pare possibile.

Nella vicenda Taricco, ora approdata al suo epilogo nazionale con la sentenza C. cost. n. 115/2018, erano in gioco gli effetti penalistici dell'impiego *in malam partem* dei principi del Trattato sul funzionamento dell'UE (art. 325 TFUE) e delle sue interpretazioni da parte della Corte di Giustizia. Esse sono denominate ora dalla Corte: "regola Taricco".

Le due fonti di questa *more criminal law in action* sono dunque *Trattato* e *regola Taricco*.

Se dovessimo ridurre alla sua essenza il conflitto all'origine della controversia potremmo dire che esso ha riguardato tre aspetti: a) uno relativo ai *principi penalistici* (eurounitari) di conoscibilità e prevedibilità del diritto e di irretroattività delle norme sfavorevoli; b) uno relativo alla salvaguardia della *giurisdizione* da logiche inquinanti il corretto metodo giudiziale (terzietà e imparzialità processuale, divieto di creazione politica della regola da parte del giudice) e c) uno relativo alla qualità delle *regole* che il giudice penale deve applicare e il destinatario (la "persona" nel lessico della Corte ora) deve poter conoscere *ex ante*.

L'ordinanza C. cost. n. 24/2017 sul caso Taricco, che ha preceduto interlocutoriamente l'ultima decisione della Consulta, era attenta soprattutto (ma non solo) ai primi due aspetti: principi e giurisdizione. La sentenza finale n. 115/2018, nel caso M.A.S. e M.B., è essenzialmente concentrata sulla qualità penalistica delle regole che si applicano in diritto penale.

Si tratta di prospettive complementari, ma differenti.

⁴ Per questa immagine, estremamente fascinosa, ma antigarantistica per il diritto penale e più adatta ai modelli civilistici, v. P.G. MONATERI, «Correct our watches by the public clocks». *L'assenza di fondamento nell'interpretazione del diritto*, in J. Derrida, G. Vattimo (a cura di), *Diritto, giustizia, interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 1998, 189 ss., 198 ss. Un approccio simile lo si riscontra nell'opera suggestiva di P. GROSSI, e da ultimo in *L'invenzione del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2017, che peraltro ben distingue fra giudice civile e giudice penale (*ivi*, 124), sottoponendo dunque l'interprete penale in generale alla riserva di legge, ma anche a quel sillogismo che "non si addice più", a suo avviso, al giudice civile. Per alcune ulteriori considerazioni al riguardo v. il § 11 *infra*.

⁵ Istruttivo M. MENCARELLI, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Ottocento e Novecento*, in *Quaderni fiorentini*, n. 40/2011, *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, tomo I, Giuffrè, Milano, 2012, 721 ss., 728 ss. Echi penalistici di simili prospettive, per es., in *Criminalia* 2013, 205 ss. e qui la *Tavola rotonda: Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?* con interventi di C. de Maglie, F. Fiandanese, S. Riondato, V. Maiello, A. Vallini, e nel dibattito successivo.

2. I precedenti costituiti dall'ordinanza C. cost. n. 24/2017 e dalla sentenza CGUE del 17 dicembre 2017.

Solo un cenno alla precedente ordinanza n. 24 del 2017.

La prima sentenza 8 settembre 2015 della CGUE, in causa Taricco, imponeva in nome della lotta alle frodi UE (art. 325.1 TFUE) e del principio di assimilazione (art. 325.2 TFUE) di applicare una *prescrizione tributaria peggiorativa costruita giudizialmente e in forma retroattiva rispetto a reati di frode fiscale* commessi prima della nuova prescrizione a formazione giudiziaria⁶.

La Corte costituzionale di fronte a questo *diktat*, ben diretto al Parlamento, ma che nella parte in cui si rivolgeva *omisso medio* al giudice penale risultava in rotta di collisione con numerosi principi costituzionali, ha costruito, come noto, una decisione interlocutoria finalizzata a orientare il dialogo con la CGUE su binari costruttivi, nel quadro di un *lessico e principi condivisi*, essendovi spazio per una delimitazione costituzionalmente conforme degli effetti della sentenza della CGUE del 2015, quantomeno per il passato.

Però l'ordinanza n. 24 del 2017 delimitava il suo quesito opponendo soprattutto *limiti nazionali*.

Così il Par. 8: “ L'impedimento del giudice nazionale ad applicare direttamente la regola enunciata dalla Corte non deriva da una interpretazione alternativa del diritto dell'Unione, ma esclusivamente dalla circostanza, in sé estranea all'ambito materiale di applicazione di quest'ultimo, che *l'ordinamento italiano attribuisce alla normativa sulla prescrizione il carattere di norma del diritto penale sostanziale e la assoggetta al principio di legalità*, espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost. È questa una *qualificazione esterna rispetto al significato proprio dell'art. 325 del TFUE, che non dipende dal diritto europeo ma esclusivamente da quello nazionale*”.

La Corte di Giustizia, come noto, ha recepito nella sentenza del 17 dicembre 2017 tutte le istanze contenute nell'ordinanza C. cost. n. 24/2017 e riguardanti i fatti penali del passato, escludendo un vincolo della prima sentenza Taricco per la magistratura penale in ordine ai fatti di frode fiscale commessi prima dell'8 settembre 2015 (data della sentenza CGUE in causa Taricco), e ciò sia in termini di non prevedibilità o non conoscibilità di questo diritto nuovo al tempo dei fatti commessi, e sia in termini di non retroattività di tale dettato normativo, considerata la natura sostanziale della prescrizione nel diritto penale italiano, e la conseguente sottoposizione della sua disciplina al diritto intertemporale eurounitario dell'art. 7 Cedu, della Carta dei diritti fondamentali (art. 49 e 52, par. 3), delle tradizioni

⁶ Rinvio per tutti ai lavori raccolti nei due volumi A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017; A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, nonché alla collettanea C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano, 2018, in corso di stampa.

costituzionali comuni agli Stati Membri, dei principi di legalità dei reati e delle pene, nei suoi requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività delle norme aventi natura punitiva o aggravante il trattamento penale sostanziale.

Si è trattato dunque di una pronuncia europea motivata solo in parte in ragione di parametri eurounitari comuni (non conoscibilità di un diritto giurisprudenziale nuovo e peggiorativo), dovendosi applicarli a una *disciplina nazionale della prescrizione* che risulta *eccezionale in contesto UE*, dove prevalgono le discipline processuali della prescrizione, rispetto alle quali vige il principio *tempus regit actum* in materia di successione di leggi.

Anche il divieto di retroattività, dunque, che è regola comune in materia penale in Europa, trova qui riconoscimento – secondo la CGUE – solo in ragione della natura sostanziale della prescrizione rispetto al diritto penale italiano.

Infatti, secondo la Corte di Lussemburgo, (par. 44): “nella fattispecie, alla data dei fatti di cui al procedimento principale, il regime della prescrizione applicabile ai reati in materia di IVA non era stato oggetto di armonizzazione da parte del legislatore dell’Unione, armonizzazione che è successivamente avvenuta, in modo parziale, solo con l’adozione della direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale (GU 2017, L 198, pag. 29)”.

Prosegue il punto 45: “La Repubblica italiana era quindi libera, a tale data, di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico, detto regime ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati e alla determinazione delle pene, nel diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto, come queste ultime norme, al principio di legalità dei reati e delle pene”. Infine il punto 60: “i requisiti menzionati al punto 58 della presente sentenza ostano a che, in procedimenti relativi a persone accusate di aver commesso reati in materia di IVA prima della pronuncia della sentenza Taricco, il giudice nazionale disapplichì le disposizioni del codice penale in questione”.

È anche vero, peraltro, che secondo la rilettura della CGUE del 2017, la c.d. “regola Taricco” subordina la propria applicazione a un previo vaglio nazionale di “determinatezza”, sul quale, come subito vedremo, fa leva la Corte costituzionale per la sua radicale decisione conclusiva del 2018, consentendole di fatto di dichiarare in motivazione l’incostituzionalità della regola Taricco e dello stesso art. 325, par. 1 e 2 TFUE per come da quella interpretato, senza peraltro dichiarare l’illegittimità della legge di ratifica del Trattato di Lisbona, dato che viene semplicemente “disapplicato” *in parte qua* il TFUE.

3. La “regola Taricco” come concretizzazione dell’art. 325, par. 1 e 2 TFUE.

Questo il contenuto della *regola Taricco* per come riassunta dalla [sentenza della Grande sezione 5 dicembre 2017, in causa C-42/17, M.A. S. e M. B.](#), nei seguenti termini: «l’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev’essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell’ambito di un procedimento penale riguardante reati in

materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato».

Dato che questa regola vorrebbe “concretizzare” in chiave penalistica i primi due paragrafi dell’art. 325 TFUE, ricordiamone qui il testo.

Questi i primi due paragrafi dell’art. 325 TFUE:

1. *L’Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell’Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell’Unione.*

2. *Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari.*

4. L’obiezione penalistica di fondo della Corte costituzionale e l’esercizio dei controlimiti.

Secondo la Corte costituzionale, sia l’art. 325.1 e sia anche l’art. 325.2 sono *norme non gestibili direttamente da parte del giudice penale*, contenendo precetti che, per quanto possano avere risvolti penali *in malam partem*, sono *penalisticamente indeterminati*.

Potrà ben essere vincolato alla loro attuazione politica il Parlamento, ma non il giudice (penale).

Sennonché, anche l’*“interpretazione” data dalla CGUE nella c.d. “regola Taricco” del 2015 per come ribadita nella sentenza del 2017⁷*, che esplicita *per il giudice una norma nuova o di concretizzazione del Trattato, non si sottrae alla medesima censura di indeterminatezza*.

La Corte costituzionale, infatti, al par. 7 della sentenza n. 115/2018 spiega che è la stessa CGUE a demandare alle autorità giudiziarie nazionali “il compito di saggiare la compatibilità della “regola Taricco” con il principio di determinatezza in materia

⁷ Che sia interpretazione o sia regola si può discutere. Ad avviso di chi scrive è evidente che si tratti di una “norma” ad elaborazione giudiziale, che concretizza in chiave del tutto innovativa la “disposizione” dell’art. 325: sia per il contenuto (rispetto all’Italia e alla sua disciplina della prescrizione), e sia per la forma che prospetta principi del TFUE applicabili direttamente *in malam partem*, in deroga completa all’assetto consolidato del diritto UE che prevede *effetti diretti* solo favorevoli dei principi europei (o delle direttive) là dove, salva l’esistenza di regolamenti, l’inadempimento degli Stati non abbia tradotto in leggi attuative i principi, le direttive o le sentenze.

penale (paragrafo 59). In tal caso, per giungere a disapplicare la normativa nazionale in tema di prescrizione, è necessario che il giudice nazionale effettui uno scrutinio favorevole quanto alla compatibilità della “regola Taricco” con il principio di determinatezza, che è sia principio supremo dell’ordine costituzionale italiano, sia cardine del diritto dell’Unione, in base all’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e, in una versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo ([paragrafi 51 e 52 della sentenza M.A.S.](#))”.

E per l’appunto, secondo la Consulta, tale vaglio era presente nella sua stessa ordinanza del 2017, che in forma dubitativa aveva coinvolto la Corte UE a una pronuncia intermedia, ma già aveva stabilito che “l’eventuale applicazione della “regola Taricco” nel nostro ordinamento violerebbe gli artt. 25, secondo comma, e 101, secondo comma, Cost., e non potrebbe perciò essere consentita neppure alla luce del primato del diritto dell’Unione” (par. 5 sent. 115/2018).

Tale vaglio conclusivo viene ora compiuto definitivamente dalla Corte costituzionale, anziché demandarlo *de futuro* a una magari diversificata interpretazione “conforme” a livello diffuso di giurisdizione ordinaria. Dice espressamente la Corte al par. 8: “L’autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di giustizia è la Corte costituzionale, cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell’Unione è in contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona”.

Stiamo così entrando nel territorio di confine dei controlimiti: l’annuncio non potrebbe essere più esplicito.

In gioco, del resto, non erano e non sono soltanto i due casi già sottoposti al vaglio costituzionale ed europeo: sono in gioco *tutti i futuri casi di frode fiscale* commessi in forma associativa e con evasione dell’Iva (*pro quota* – 0,70% – di spettanza UE), oltre a nuove possibili repliche della giurisprudenza europea sul tema della prescrizione.

Il giudizio è stato alla fine solo in apparenza *eurounitario* nella forma, ma in realtà *nazionalistico* rispetto sia al Trattato (art. 325, par. 1 e 2) e sia alla “regola Taricco” non tanto come *norme penali*, ma come *regole aventi effetti in termini di punibilità*.

La premessa epistemologica di tale giudizio resta infatti nazionale, come subito vedremo: sì che a un’argomentazione apparentemente eurounitaria sulla determinatezza si affianca una premessa epistemica di tipo nazionale.

5. Le premesse epistemologiche “nazionali” della sentenza n. 115/2018.

Oltre al legislatore, che è fuori discussione, il TFUE come la “regola Taricco” hanno due principali destinatari secondo la Corte costituzionale:

- 1) la “persona”, nella terminologia della Consulta, cioè il consociato, e
- 2) il giudice.

Esse vengono lette ora *come se fossero norme-precetto*, le quali si dirigono in primo luogo al cittadino, al consociato, mentre le norme-sanzione o quelle sulle cause estintive, sull’interpretazione, sul calcolo delle pene etc. non devono essere

indeterminate, ovviamente, ma potrebbero tollerare un coefficiente di determinatezza meno stringente, come la stessa Corte, in passato, ha chiaramente statuito (v. *infra*, § 10): esse non sono *rules of conduct*, ma *rules of adjudication*⁸.

In realtà, la prima norma (art. 325.1 e .2 TFUE) ha un destinatario sicuramente pubblicistico, gli organi dello Stato che devono attuare i fini di “lotta alle frodi” ed evitare violazioni del principio di assimilazione: che l’art. 325 TFUE venga convertito in una norma-precetto per il cittadino o il consociato è una distorsione che dipende dalla pretesa che sia fonte di un aggravamento della situazione punitiva per effetto dell’allungamento della prescrizione operata giudizialmente e dunque con effetti diretti peggiorativi.

Invece la seconda (la regola Taricco) era diretta al giudice nella *mens* della CGUE che per tale destinatario l’ha costruita nel 2015, concependola in origine come regola processuale sottoposta al *tempus regit actum*: non era norma penale nelle intenzioni originarie della CGUE, e lo diventa almeno transitoriamente (fino all’8 settembre 2015!) solo per l’Italia e a seguito delle questioni sollevate dall’ordinanza C. cost. n. 24/2017.

Nessuna di queste norme o regole, pertanto, è stata originariamente pensata perché possa/potesse funzionare come precetto penale addirittura per i contribuenti.

La Corte costituzionale, invece, a partire dall’ordinanza n. 24/2017 e poi ora con la sentenza n. 115/2018, la ri-legge come norma-comando in senso pieno.

Operazione che discende in modo strutturale dall’avere in mente la prescrizione quale regola di diritto sostanziale. Una premessa essenziale sul piano “epistemologico”.

Se la prescrizione fosse una regola processuale come nella maggior parte dei Paesi europei, questo ragionamento non avrebbe ragion d’essere⁹. La concezione sostanziale della prescrizione è dunque all’origine dello stesso ragionamento costituzionale della nostra Corte perché lo svela la Corte stessa poco più avanti nella motivazione. Al punto che, come vedremo, essa stabilisce addirittura un vincolo

⁸ La distinzione, molto sviluppata in area americana, e risalente a H. Hart, non deve essere sopravvalutata, ma neppure azzerata. Sul rapporto tra regole di giudizio e regole di condotta con riferimento alla distinzione tra scriminanti e scusanti si veda M. DONINI, *An impossible Exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, spec. 40 ss., con ampi richiami comparati. Basti qui ricordare M. DAN-COHEN, *Decision Rules and Conduct Rules: on acoustic Separation in Criminal Law*, in *Harvard L. Rev.*, 1984, 625 ss., 630-632; P. H. ROBINSON, *Rules of Conduct and Principles of Adjudication*, in *University of Chicago LR*, 1990, 279 ss.; e in forma monografica ID., *Structure and Function in Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997, 81 ss., 95 ss. Un’esposizione istruttiva di Robinson, ma più critica che aperta in chiave comparata, in M. PAPA, *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2017, 93 ss. Una importante applicazione nel nostro sistema penale è data dall’art. 114 c.p. (norma diretta al giudice), come sostenuto (con risvolti *pratici* rimarchevoli e *in bonam partem*) in M. DONINI, *Il concorso esterno “alla vita dell’associazione” e il principio di tipicità penale*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, Torino, 2017, spec. 343 ss. (§ 12), e anche in questa *Rivista*, 3 gennaio 2017, spec. 21 ss.

⁹ Sarebbe sempre necessaria una determinatezza legale, ma non in funzione della conoscibilità *ex ante* della regola al tempo della condotta.

costituzionale per il legislatore ordinario a costruire (anche in futuro) la prescrizione del reato come materia di diritto penale sostanziale.

La domanda è: ci sarebbero alternative compatibili con la vigente disciplina della prescrizione senza dovere impegnare le regole più stringenti delle norme precetto, come se la prescrizione, appunto, riguardasse il diritto dell'autore del reato di sapere – esattamente come per i confini tra lecito e illecito – che il processo, se iniziato, non potrà durare più di un determinato tempo o la pena non potrà più essere applicata oltre un certo termine?¹⁰

Ritengo di sì, come vedremo tra breve: anche “*senza costituzionalizzare la prescrizione sostanziale*”, è possibile costruire l'inapplicabilità della c.d. regola Taricco per il futuro, sia per ragioni di fatto e sia di diritto. Ma non è questa la strada percorsa dalla Corte costituzionale. E le ragioni di fondo risiedono, come detto, nella radice teorico-dottrinale (non la chiamerei scientifica, ma certo garantistica) del discorso sulla prescrizione come istituto sostanziale.

6. L'assunto fondamentale relativo a un implicito controlimite: la prescrizione è materia originariamente penale sostanziale e il diritto UE viola l'art. 25 cpv. Cost.

La CGUE, secondo la Consulta, per quanto concerne la determinatezza “ha sollecitato una verifica della competente autorità nazionale, mentre sulla retroattività ha subito specificato che la “[regola Taricco](#)” non si estende ai fatti compiuti prima dell'8 settembre 2015, data di pubblicazione della [sentenza](#) che l'ha enunciata”. Tuttavia, la nostra Corte non lo dice, ha anche lasciato chiaramente intendere che tale “regola” si possa applicare *ai fatti commessi successivamente*, secondo quanto affermato ai punti 44, 45 e 60 della motivazione (*supra* riportati al § 2).

Contrariamente a quanto hanno pensato molti commentatori o addetti ai lavori dopo la c.d. sentenza Taricco-bis della CGUE del 17 dicembre 2017, la Corte costituzionale non si è affatto limitata a prendere atto che sarebbe “cessata la materia del contendere” in una causa la cui *res iudicanda* riguardava fatti del passato. La Corte ha opportunamente tracciato i *limiti futuri* di ogni possibile applicazione della regola Taricco, *negando in radice ogni suo impiego da parte del giudice penale a venire*.

¹⁰ La prescrizione non assicura un “diritto” a calcolare in anticipo i tempi dell'impunità (non è una “regola di condotta”), ma garantisce *ex post facto* un limite temporale all'invasione della potestà punitiva nella vita delle persone: un diritto neanche avvertibile in ordinamenti dove i tempi del processo penale sono veloci. La critica alle letture processualizzanti della prescrizione (e a un preteso *tempus regit actum* intertemporale) è stata sviluppata a suo tempo da M. NOBILI, L. STORTONI, M. DONINI, M. VIRGILIO, M. ZANOTTI, N. MAZZACUVA, *Prescrizione e irretroattività*, in *Foro it.*, 1998, V, 317 ss., e ripresa in DONINI, *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta*, cit., 20-28. Ciò non toglie che vi sia una differenza di fondo tra il ritenere “materia penale” la prescrizione, sottoposta da noi agli art. 25 Cost. e 2 c.p. perché disciplinata come regola sostanziale nel nostro codice *anche nelle parti più processuali*, e il ritenerla materia penale originariamente costituzionale, perché sarebbe “in sé”, quasi giusnaturalisticamente, un istituto di diritto sostanziale in ogni suo versante (comprese le discipline di interruzione e sospensione).

Chi scrive condivide lo spirito di fondo (“autonomista”) e l’esito finale di questa decisione (contro un diritto di lotta corruttivo della cultura della giurisdizione, oltre che sostanzialmente lesivo del divieto di analogia), pur nella diversità delle argomentazioni che potevano sorreggerla, in nome della divisione dei poteri e della legalità penale piuttosto che della determinatezza delle fonti di cause estintive (*infra*, § 11).

Il maggiore dissenso riguarda probabilmente, nella motivazione, l’esagerata accentuazione della determinatezza propria di una norma precetto in funzione di regola di condotta, che peraltro dipende dalla premessa costituzionale della prescrizione come istituto di diritto sostanziale: ciò che fa di questa decisione una occulta affermazione di controlimiti nazionali al diritto UE.

L’enunciato è scritto al par. 10: “Indipendentemente dalla collocazione dei fatti, prima o dopo l’8 settembre 2015, il giudice comune non può applicare loro la “regola Taricco”, perché essa è in contrasto con il principio di determinatezza in materia penale, consacrato dall’art. 25, secondo comma, Cost.”.

Non si tratta, pertanto, di una prospettiva eurounitaria, ma di violazione dell’art. 25 cpv. Cost.

Prosegue la Corte: “Un istituto che incide sulla punibilità della persona, riconnettendo al decorso del tempo l’effetto di impedire l’applicazione della pena, nel nostro ordinamento giuridico rientra nell’alveo costituzionale del principio di legalità penale sostanziale enunciato dall’art. 25, secondo comma, Cost. con formula di particolare ampiezza. La prescrizione pertanto deve essere considerata un istituto sostanziale, che il legislatore può modulare attraverso un ragionevole bilanciamento tra il diritto all’oblio e l’interesse a perseguire i reati fino a quando l’allarme sociale indotto dal reato non sia venuto meno (potendosene anche escludere l’applicazione per delitti di estrema gravità), ma sempre nel rispetto di tale premessa costituzionale inderogabile (*ex plurimis*, sentenze [n. 143 del 2014](#), [n. 236 del 2011](#), [n. 294 del 2010](#) e [n. 393 del 2006](#); ordinanze [n. 34 del 2009](#), [n. 317 del 2000](#) e [n. 288 del 1999](#))”.

La Corte non dice affatto (come invece fece nell’ordin. 24/2017) che l’art. 25 cpv. Cost. si applica alla prescrizione perché nel nostro codice penale la prescrizione è disciplinata come istituto sostanziale e *dunque* deve sottomettersi alle regole intertemporali e anche di disciplina comune proprie delle norme penali e non per es. di quelle processuali.

La Corte pare invece sostenere *una posizione “dogmatica” pre-positiva, non giuspositivistica*: che la prescrizione, incidendo sulla punibilità, per questa ragione attenga *di per sé* al campo applicativo dell’art. 25 cpv. Cost. Se così fosse, *il legislatore ordinario sarebbe tenuto a disciplinarla nel codice penale, non in quello di rito*. È diritto sostanziale per previsione costituzionale, e non ha copertura costituzionale solo perché prevista come sostanziale dalla legge ordinaria.

Senonché, vero o (come ritengo) sbagliato che sia, questo assunto integra senza dubbio un limite *nazionale* al diritto europeo, perché è solo in Italia che

esiste(rebbe) questo limite costituzionale¹¹: esso costituisce pertanto *un controlimite al diritto UE*.

Che si tratti poi di un 'vero' controlimite, secondo le ricostruzioni della letteratura europea, è altra questione. Si è di regola pensato che esso dovrebbe condurre non già alla disapplicazione diretta, o *de plano*, della regola europea illegittima, ma alla denuncia e dichiarazione dell'incostituzionalità della legge di ratifica del Trattato. Tuttavia la Corte non compie questo passo estremo e rigetta la questione di costituzionalità, perché si limita a "disapplicare l'art. 325, par. 1 e 2 del Trattato" e la regola Taricco (*amplius, infra* § 9).

7. Il conseguente giudizio della sentenza n. 115/2018 sulla violazione della determinatezza e la "incostituzionalità" della norma del Trattato.

Considerata la premessa di fondo che la prescrizione è materia penale sostanziale per diritto costituzionale, in quanto incide sulla punibilità, solo *come conseguenza* viene applicato il regime della determinatezza proprio delle norme penali.

Senonché qui si prospetta subito un quesito: era necessario applicare alla "regola Taricco" e allo stesso art. 325 TFUE lo statuto più rigoroso della tassatività delle stesse norme incriminatrici?

Prima di rispondere osserviamo che è proprio ciò che ha fatto la Corte.

Le conclusioni della Corte sarebbero inoppugnabili per quanto riguarda l'art. 325.1 TFUE, se inteso come norma diretta al consociato o al giudice: senonché si tratta, invece, di norma diretta ad organi pubblici, al Parlamento in primo luogo, e bisognosa di *mediazioni politiche* di attuazione dei fini di lotta contro le frodi mediante misure dissuasive ed efficaci. Un precetto che non può contenere l'applicazione retroattiva di termini prescrizionali "presi a prestito" da altri reati, da operarsi in via giudiziale. La sola idea di riportare a tale precetto questo contenuto giudizialmente "sopravvenuto" – *el juez en busca de las reglas más rigurosas...* – appare operazione inesigibile da un giudice, neppure sotto la copertura della Corte di Giustizia: quel precetto non contiene questa concretizzazione in forma di esegesi, interpretazione e deduzione semantica. Non la può contenere e se fosse un precetto che autorizza una disciplina peggiorativa in materia di prescrizione non sarebbe tanto indeterminato, quanto destinato a trasformare il giudice ad attore politico.

Per queste ragioni ci è parso doveroso evidenziare la violazione dell'essenza del principio di divisione dei poteri, per come "autorizzata" dalla CGUE. Senonché, ci rendiamo conto che questa conseguenza istituzionale avrebbe evidenziato maggiormente il conflitto, pur restando nel quadro di una concezione eurounitaria della divisione dei poteri ex art. 2 TUE e 7 Cedu.

¹¹ Prova forse inconfutabile che si tratta di opzione di diritto positivo, non di giusrazionalismo sovralegale.

Invece la soluzione adottata dalla Corte costituzionale rispetta formalmente (quasi canzonandolo) il “disciplinare” della CGUE, cioè la verifica di determinatezza delle due regole in causa: l’art. 325 e la regola Taricco.

Ma non è indeterminato l’art. 325.1: come *regola diretta al Parlamento* è ben comprensibile. Come *regola diretta al giudice* è invece illegittima, prima che indeterminata, imponendo (nella lettura della CGUE) finalità di lotta che ne pregiudicano la terzietà e gli impongono la ricerca di mezzi giuridici non precostituiti per legge, in materia penale.

La vera violazione è dunque della legalità e della riserva di legge nelle loro premesse politico-costituzionali rappresentate dalla divisione dei poteri e consiste nella pretesa di impiegare la giurisdizione nella lotta politica, e con gli strumenti propri di essa: la ricerca dei mezzi più adeguati, anche normativi, ma non “precostituiti per legge”¹².

Viceversa, come regola per i consociati l’art. 325.1 TFUE non esiste proprio, non potendo essere “natura sui” reinterpretato come regola di condotta per il cittadino, come invece la Corte costituzionale tenta di fare per meglio dimostrarne l’indeterminatezza. La Corte anticipa in tal modo, riferendola al Trattato, l’indeterminatezza della stessa “regola Taricco” ricavata dall’art. 325.

Infatti, secondo la Corte la “regola Taricco” è «irrimediabilmente indeterminata nella definizione del «numero considerevole di casi» in presenza dei quali può operare, perché il giudice penale non dispone di alcun criterio applicativo della legge che gli consenta di trarre da questo enunciato una regola sufficientemente definita. Né a tale giudice può essere attribuito il compito di perseguire un obiettivo di politica criminale svincolandosi dal governo della legge al quale è invece soggetto (art. 101, secondo comma, Cost.)» (par. 11).

Ma quand’anche essa fosse tassativa, ciò non varrebbe a nulla.

Infatti, precisa la Corte, “*ancor prima, è indeterminato l’art. 325 TFUE, per quanto qui interessa, perché il suo testo non permette alla persona di prospettarsi la vigenza della “regola Taricco”*” (par. 11). “*Pertanto, quand’anche la “regola Taricco” potesse assumere, grazie al progressivo affinamento della giurisprudenza europea e nazionale, un contorno meno sfocato, ciò non varrebbe a «colmare l’eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale» (sentenza n. 327 del 2008)*”.

A questo punto risulta inutile anche distinguere tra gli art. 325.1 e 325.2 TFUE.

¹² Questa in sostanza la critica svolta da M. DONINI, *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta. Tra disapplicazioni “punitive” della prescrizione e stupefacenti amnesie tributarie*, in questa *Rivista*, 3 aprile 2018, 7 ss. (anche in C. Amalfitano (a cura di), *Primato del diritto dell’Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, Giuffrè, Milano, 2018, in corso di stampa) con riferimento all’art. 325.1 nella lettura della Corte di Lussemburgo. Critica sotto questo aspetto conforme ai rilievi di una parte dei commentatori italiani (cfr. i lavori collettanei cit. *supra*, a nota 3). Quanto all’art. 325.2, le censure alla regola Taricco (*ivi*, 9 ss., 12 ss.) sono anche di stretta legittimità ermeneutica (invito all’analogia da norme eccezionali e *in malam partem*), oltre che di infondatezza di merito della pretesa contrarietà della disciplina italiana della prescrizione dei reati tributari al principio di assimilazione per la vantaggiosità finanziaria europea di dazi, Iva e accise in materia di tabacchi lavorati esteri (la cui differenziata disciplina penale in materia di prescrizione è stata accusata di privilegiare le finanze italiane). V. *infra* nel testo.

L'art. 325.2, enuncia un chiaro vincolo per gli Stati membri di assimilazione al diritto europeo con prescrizione, per combattere la frode che lede gli interessi finanziari dell'UE, di adottare «*le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari*».

A nessuno era venuto in mente che si tratti di regola indeterminata, anche se non è stata mai in gioco la sua indeterminatezza *penale* in chiave di *effetto diretto*. Ora, invece, si tratta proprio di questo, perché secondo la Consulta la indeterminatezza di tale regola, pur essa legata al criterio non tassativo del “numero considerevole dei casi”, è più radicale e originaria, dipendendo dall'indeterminatezza dell'art. 325.

Così infatti la Corte al par. 13 sull'art. 325.2: «In quest'ultimo caso, anche se il principio di assimilazione non desse luogo sostanzialmente a un procedimento analogico *in malam partem* e potesse permettere al giudice penale di compiere un'attività priva di inaccettabili margini di indeterminatezza, essa, comunque sia, *non troverebbe una base legale sufficientemente determinata nell'art. 325 TFUE, dal quale una persona non avrebbe potuto, né oggi potrebbe, desumere autonomamente i contorni della “regola Taricco”*».

Che l'art. 325.2 come reinterpreto a Lussemburgo desse luogo nella sostanza a una sorta di procedimento *peggio che analogico* avevamo sostenuto in un recente studio, rilevando peraltro che qui la CGUE invitava alla “creazione” di una norma dopo una disapplicazione, non per una vera lacuna giuridica: la lacuna era creata dallo stesso interprete che la colmava con operazioni analogiche. Una disapplicazione manipolativa, dunque¹³.

Anche la concreta inapplicabilità dell'art. 325.2 per assenza di violazione del principio di assimilazione, in quanto le norme sulla prescrizione delle associazioni finalizzate all'evasione dei tabacchi lavorati esteri (richiamate dalla CGUE quale termine di raffronto), riguardano dazi, IVA e accise dei t.l.e. che tornano tutti a vantaggio anche dell'UE¹⁴, diventa ora secondaria: a monte c'è la violazione dell'art. 325.2 come norma dalla quale il consociato non può prevedere la “regola Taricco”.

Neppure dopo l'8 settembre 2015 (come ritiene la CGUE) ciò sarebbe possibile: nessuna sanatoria ermeneutica, perché – come stabilito al par. 12 della sentenza 115 – «È persino intuitivo (anche alla luce della sorpresa manifestata dalla comunità dei giuristi nel vasto dibattito dottrinale seguito alla [sentenza Taricco](#), pur nelle sfumature delle diverse posizioni) che la persona, prendendo contezza dell'art. 325 TFUE, non potesse (e neppure possa oggi in base a quel solo testo) immaginare che da esso sarebbe stata estrapolata la regola che impone di disapplicare un particolare aspetto del regime legale della prescrizione, in presenza di condizioni del tutto peculiari. Se è vero che anche «la più certa delle leggi ha bisogno di “letture” ed interpretazioni sistematiche» ([sentenza n. 364 del 1988](#)), resta fermo che esse non possono surrogarsi integralmente alla *praevia lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone «la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione» ([sentenza n. 364 del 1988](#))» [grassetti aggiunti].

¹³ Si veda DONINI, *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta*, cit., 9 ss.

¹⁴ Op. ult. cit., § 6.

La Corte a questo punto non accoglie i ricorsi pur sancendo l'illegittimità norma del TFUE, anziché della legge di ratifica del Trattato.

8. Valutazione critica. Non esistono solo le promesse non mantenute, ma anche quelle che non si possono mantenere.

La Corte afferma che non si può (sempre) guadagnare la tassatività *ex post* mediante un progressivo affinamento della giurisprudenza. Esiste, infatti, *un nucleo di indeterminatezza irrecuperabile*. Verissimo. Però la Corte va oltre questo assunto. Afferma che la stessa regola Taricco doveva essere prevedibile *ex ante* dal comune consociato, non bastando che solo dall'8 settembre 2015 essa sia prevedibile (a parte i margini di indeterminatezza che la medesima regola Taricco intrinsecamente conserva, come visto). Che una norma possa essere resa più tassativa dall'interpretazione è un dato pacifico dell'ermeneutica costituzionale (e generale), ma non è richiesto che la nuova norma fosse prevedibile *ex ante dal testo*: basta che sia con esso compatibile, e che sia prevedibile *al tempo della condotta* e alla luce del contenuto interpretativo consolidato in quel momento.

Invece la Corte segue qui una lettura "fortissima" della *stricta interpretatio* che rende inutile ogni opera successiva eventuale, nel nostro caso. È come se la Corte Edu avesse statuito che nel caso Contrada la violazione riguardava l'art. 110 c.p. e non la sua concretizzazione giurisprudenziale prima delle SS.UU. Demitry del 1994¹⁵, perché nessuno avrebbe pensato che il concorso esterno riguardasse le (sole) ipotesi di aiuto in situazioni di fibrillazione, tesi che del resto la successiva giurisprudenza confesserà. Indeterminato il 110, perché non si potevano prevedere quelle applicazioni (in realtà diverse e) cangianti nei lustri...sì che la tardiva tassatività (se mai raggiunta...) non poteva compensare un *deficit* originario.

Il concorso esterno ne risulterebbe travolto per sempre, fino a nuova regola legale. Ma forse lo stesso concorso di persone, con buona pace delle "clausole generali" sempre salvate dalla Corte¹⁶.

Orbene, nel caso del concorso esterno si può davvero discutere sull'interpretazione minima e corretta dell'applicazione dell'art. 110 come contributo alla specifica attività di capi, partecipi, organizzatori (condotte tipiche di titoli autonomi di reato) e sulle sue estensioni imprevedute verso i contributi "alla vita dell'organizzazione"¹⁷.

¹⁵ Cfr. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 347 ss.

¹⁶ Sullo statuto costituzionale ed ermeneutico delle clausole generali, con specifico riguardo al diritto penale, rinvio per tutti a D. CASTRONUOVO, *Tranelli del linguaggio e "nullum crimen"*. *Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, in *Legislazione penale*, 2017, e sulla giurisprudenza della Corte, *ivi*, 32 ss., nonché 40 ss. sulla regola Taricco come "clausola generale giurisprudenziale"; ID., *Clausole generali e diritto penale*, in questa *Rivista*, 14 novembre 2012.

¹⁷ V. da ultimo quanto osservato in *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione"*, cit.

Gli esempi si moltiplicano: non è davvero sicuro che, prima del consolidarsi della giurisprudenza in tal senso, il *quisque de populo* avrebbe mai previsto che l'acquisto di una borsetta con il marchio contraffatto mette il compratore a rischio di diventare (se non è un truffato) addirittura un ricettatore. L'abbiamo tutti imparato dalla giurisprudenza e solo qualche presuntuoso si è permesso di dire che lo aveva già capito prima, leggendo l'art. 648 c.p., così come solo adesso apprende che se l'acquisto è per uso personale il reato non sussisterebbe, ma che magari se lo si compie per regalare a terzi la cosa ritornerebbe a essere reato, nonostante che l'incauto acquisto di beni contraffatti sia di per sé solo illecito amministrativo ex art. 1., co. 7, del Decreto Legge 14 marzo 2005, n. 35 convertito con modificazioni dalla L. 14 maggio 2005, n. 80 e successivamente modificato dall'art. 17 L. n. 99/23 luglio 2009¹⁸.

Così descritta, dunque, questa determinatezza pare *troppo restrittiva*.

Vero che esistono violazioni irrecuperabili *ex post*, che l'ermeneutica non è la panacea di tutti i mali del legislatore, ma è vero anche che l'evoluzione interpretativa deve solo restare nei confini del testo, mentre può conoscere sviluppi non prevedibili dalla persona del consociato *al tempo della nascita della regola legale*. La storia di tutta l'ermeneutica giuridica, anche penale, ce lo insegna.

Non solo per le norme o i principi *in bonam partem*, ma anche *in malam partem*.

In bonam partem, gli art. 27, co. 1, Cost. e 25 cpv. Cost. contengono oggi principi mai immaginati dal costituente e neppure dai consociati "ex ante": dall'attuale declinazione della responsabilità penale personale¹⁹ allo stesso principio di offensività, di costruzione tutta ermeneutica.

In malam partem, qualsiasi incriminazione, letta attraverso i commentari che oggi la illustrano, contiene "norme" ricostruite nel tempo sul "testo legislativo", che il più intelligente degli addetti ai lavori non avrebbe potuto anticipare *ex ante* dalla lettura della disposizione.

Alcuni di questi nuovi contenuti sono oltre i recinti del testo, dell'enunciato, e dunque appaiono fuorilegge, come ci ricorda implicitamente ora la Corte. Benissimo che lo faccia.

Ma la normalità del processo ermeneutico di concretizzazione dà spazio al diritto giurisprudenziale come contributo fisiologico e non patologico²⁰.

La Corte, al par. 11, così delimita questo campo ermeneutico: «l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle

¹⁸ Cass., sez. II, 9 – 30 marzo 2016, n. 12870, Pres. Prestipino – Rel. Rago, in attuazione delle precedenti SS.UU. n. 22225/2012.

¹⁹ Sul vigente contenuto dell'art. 27, co. 1, Cost., che comprende ben tre principi distinti (fatto proprio, *nullum crimen sine culpa* e colpevolezza) – mentre nel 1948, e fino al 1988, era circoscritto al divieto di responsabilità oggettiva per fatto altrui – cfr. M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. proc. pen.*

²⁰ Il tema è affrontato *funditus* in M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3/2016, 13-38. Ma v. anche, per una recente disamina, la collettanea di A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Dike, Roma, 2017, nonché R. BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà*, PUP, Padova, 2013.

eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo».

Orbene, tutto corretto, salvo l'ultimo inciso: ciò che la persona può raffigurarsi leggendolo è un requisito del tutto nuovo, che vorrebbe/potrebbe bloccare l'evoluzione ermeneutica, precludendo quella che non era prevedibile *ex ante* da parte di un *homunculus* che non dovrebbe coincidere col magistrato di Cassazione al tempo del giudizio. Sennonché questo requisito è valido per i mutamenti giurisprudenziali *in malam partem* imprevedibili *al tempo della condotta*, non per le evoluzioni imprevedibili al tempo della nascita della disposizione legale.

Questa declinazione ipergarantista della prevedibilità del diritto, sviluppata contro le invasioni di campo della Corte di Lussemburgo, *plus dixit quam potuit*. Anche la Corte prenderà atto di avere "calcato la mano" contro la giurisprudenza europea, così come del resto la Corte Edu e la CGUE hanno forse fatto talora con le inadempienze italiane.

Per contrastare la CGUE, dunque, la Consulta ha accentuato i confini della determinatezza, ma non ritengo che potrà "mantenere questa promessa" nel diritto interno, nei termini in cui ha espresso ora il contenuto del principio di tassatività.

In questo senso, non esistono solo le promesse non mantenute²¹, ma anche quelle che non si possono mantenere.

9. Segue. Perché la regola Taricco violava la divisione dei poteri, mentre l'art. 325 TFUE non viola la determinatezza.

D'altro canto, non persuade l'operazione della Corte incentrata in modo in realtà assorbente (anche se non esclusivo) sul testo dell'art. 325 TFUE.

Secondo una ricevuta giurisprudenza del Giudice delle leggi (sent. 327/2008), scopo del principio di determinatezza consiste «nell'evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito; e, per un altro verso, nel garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta (a quest'ultimo riguardo, si vedano le sentenze [n. 185 del 1992](#) e [n. 364 del 1988](#))».

Questo assunto (al di là di come poi "gestito" in concreto dalla Corte in quella sentenza) è chiarificatore. Se ne possono leggere pagine formanti, per quanto non

²¹ Per riprendere il titolo e il contenuto di un noto saggio (sulla violata tassatività) di S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Esi, Napoli, 2001.

coincidenti tra loro, ma complementari, nei commenti di Franco Bricola²² e Francesco Palazzo²³ al tema.

La *determinatezza* riguarda soprattutto la disposizione legale, la sua chiarezza semantica in relazione alle realtà disciplinate, ed è graduabile (come i principi in generale), mentre la *tassatività* (la determinatezza sufficiente propria del diritto *in action*) abbraccia anche la norma applicata che ne discende²⁴: anche la disposizione viene originariamente interpretata, e dunque chiarificata dall'esclusione semantica dei percorsi mai completamente chiari²⁵.

La divisione dei poteri precede la regola della determinatezza. Si può violare la prima senza che la seconda debba venire chiamata in causa, e anche di fronte a una norma ipertassativa.

Se dunque una regola intende autorizzare il giudice a creare il confine tra il lecito e l'illecito, essa viola direttamente la divisione dei poteri, quale principio fondamentale dell'UE, oltre che della Costituzione italiana. Si tratta di un limite europeo, non nazionale, e dunque non è un "contro-limite": ma quando a violarlo è un organo supremo dell'UE, quale rimedio esiste contro di esso da parte di un organo nazionale?

Nel nostro caso questa violazione è proprio ciò che era destinata a realizzare la regola Taricco – e non l'art. 325 TFUE – nel prescrivere direttamente al giudice compiti estranei ai suoi poteri: la scelta di regimi di prescrizione penale più adatti, più gravi, più efficaci, tra quelli disponibili, disapplicando quelli esistenti.

Condotte inusitate per il giudice penale.

Ma condotte ben determinate nella *ratio* politica!

Detta regola violava dunque *in primis* il principio di divisione dei poteri, che precede la determinatezza. Senonché la "regola Taricco" non è un precipitato dell'art. 325 TFUE: lo era solo per la Corte di Giustizia, a seguito della sua attività di concretizzazione.

Nessuno può contestare che l'art. 325 TFUE resti anche adesso obbligatorio per lo Stato, e non sia indeterminato rispetto a tale destinatario. Esso non è dunque incostituzionale in sé, ma solo come norma diretta al giudice: norma diversa, peraltro.

²² F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1965, 277-321; ID., *Commentario della Costituzione. Rapporti civili (art. 25 2 en 3 comma)*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1981, spec. 233, 256 ss.

²³ F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1979, 138 ss., 170 ss.; ID., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Esi, Napoli, 2006, 49 ss.

²⁴ In letteratura si identifica talora la tassatività col divieto di analogia. È un tipico caso di mancanza di determinatezza del linguaggio...dottrinale. L'uso sinonimico dei termini determinatezza e tassatività è il più tradizionale: ma una norma può essere più o meno determinata, mentre o è tassativa, o non lo è. Il riferimento della tassatività al diritto (anziché alla sola legge, come la determinatezza) fa da ponte verso una comprensione ermeneutica più moderna del fenomeno normativo. V. per altri *distinguo* O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006, 8 ss.

²⁵ Sui limiti (e l'origine storica) del brocardo *in claris non fit interpretatio*, v. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, 33 ss.; J. ESSER, *Grundsatz und Norm*, Mohr, Tübingen, [1956], 1990⁴, 123 ss., 176 ss.

Qui il discorso si fa più sottile, ma decisivo.

La CGUE interpreta i trattati, ma i Trattati non sono la CGUE: la “norma” che andava a violare la divisione dei poteri era esattamente quella norma giudiziale, non già la “disposizione” UE originaria che nulla di tutto ciò ha mai previsto per il giudice penale.

Lo stacco tra disposizione e norma appare qui centrale, e non deve essere dissimulato: la distinzione offre uno strumento conoscitivo scientifico.

Che legittime o illegittime siano le norme, e non le disposizioni in astratto, lo sappiamo da tempo, è un truismo del giudizio di costituzionalità²⁶.

Non si trattava dunque di addebitare all’art. 325 TFUE una indeterminatezza che non ha, *natura sui*, essendo diretto non al giudice direttamente, ma solo indirettamente. Dichiarare incostituzionale il Trattato – come fa in buona sostanza la nostra Corte²⁷ – costituisce una invasione di campo non giustificata. Ovvero giustificata solo per chi voglia identificare disposizione e norma, trattato e sua interpretazione.

Con questa operazione, peraltro, la Consulta non evita di riconoscere pienamente alla CGUE il ruolo di giurisprudenza-fonte al di là dei suoi stessi poteri, perché afferma (implicitamente) che li sta violando.

Alla domanda: può un trattato (una sua regola) diventare incostituzionale, perché solo una interpretazione della CGUE di fatto applicata a un singolo Paese membro lo rende tale? La risposta positiva è possibile, ma nel caso di specie eccede l’obiettivo e il centro del conflitto. Del resto la stessa Corte costituzionale non è poi così conseguente: se fosse davvero incostituzionale il Trattato (due sue regole davvero non secondarie) avrebbe dovuto accogliere i ricorsi e sancire l’illegittimità della legge di ratifica di tale trattato. Invece ha rigettato i ricorsi e si è limitata a “disapplicare” l’art. 325 TFUE, per come reinterpretato dalla CGUE.

La stessa Corte europea aveva dato alla Consulta un *assist* apparente col richiamo alla verifica di determinatezza: ma tale richiamo era pensato per il giudice ordinario e per la normativa nazionale restante dopo la disapplicazione²⁸.

L’artificio della nostra Corte è evidente: il Trattato è di rango superiore alla Costituzione, e anche se si esercitano davvero i controlimiti, si può operare *de plano*?²⁹

²⁶ V. la ricostruzione di D. PULITANO, *Diritto penale e tecniche interpretative: l’interpretazione conforme a Costituzione e il ruolo “creativo” del giudice*, in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Giuffrè, Milano, 2017, 67 ss.

²⁷ Non nel dispositivo, ovviamente, ma nella motivazione. Il dispositivo di C. cost. n. 115/2018 resta di infondatezza della questione di incostituzionalità della legge di ratifica del Trattato di Lisbona: ma tale infondatezza dipende dal mancato ingresso della regola Taricco nel nostro ordinamento a motivo della sua incostituzionalità e dello stesso art. 325 TFUE.

²⁸ «A meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell’insufficiente determinatezza della legge applicabile»: non si mette in discussione, da parte della CGUE, la determinatezza della propria regola! È la regola nazionale “residua” dopo la disapplicazione che potrebbe non essere determinata. Ma questa interpretazione non sarebbe stata “compito esclusivo” o principale del Giudice delle leggi...

²⁹ Difficile trovare risposte chiare sul punto. Cfr. comunque A. BERNARDI, *Presentazione. I controlimiti al diritto dell’Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017, spec. LX-LI.

La Corte costituzionale, in realtà, ha usato con scaltrezza la riserva contenuta nella regola Taricco, con una sentenza “interpretativa di rigetto” (rigetto della questione di incostituzionalità e dichiarazione in premessa della incostituzionalità del TFUE che ne impedisce *ab origine* l’applicazione) che tuttavia:

a) lascia intendere (a chi preferisce) di non applicare davvero i controlimiti, quando invece lo sta facendo, e

b) sottrae al giudice ordinario una verifica pluralistica aperta al possibile caos ermeneutico, in quanto essa autodefinisce esclusivo, come ricordato, il proprio potere “di accertare se il diritto dell’Unione è in contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona” (par. 5). Da questo punto di vista, è stata una scelta che chiude ogni avventura interpretativa post-Taricco.

Lex dubia, lex nulla.

Tributato un plauso a questo *esito pratico utile e non drammatico*, così come alla riaffermazione forte (ma vedremo in seguito quanto la si potrà mantenere) del principio di determinatezza, resta però un dissenso sulla motivazione, che peraltro è la sostanza *culturale e giuridica* del problema deciso.

È l’interpretazione del TFUE mediante la “regola Taricco” a consumare direttamente una violazione di campo che attiene non tanto a una “norma penale” o a una “norma precetto” o a una norma “sulla prescrizione”, quanto piuttosto a una *regola di condotta* che è *giudiziale nella fonte e nel destinatario*.

La «regola Taricco» è infatti una norma di condotta per il giudice (“impone al giudice nazionale di disapplicare”) non certo per la “persona” dei consociati, che neanche devono o possono conoscerne l’esistenza (salvo che siano professionisti delle frodi IVA).

Avere “ricondotto a norma penale” (sulla punibilità) quella regola, ma addirittura il Trattato sul funzionamento, solo perché la Corte di Lussemburgo nella sua pluriennale attività di “lotta giudiziaria” contro le frodi e altri fenomeni ha immaginato di costruire nuovi obblighi operativi (più che ermeneutici, in verità...) per i giudici italiani, significa eccedere il bersaglio. *L’oggetto del contendere* non sono le norme dei Trattati, ma l’attività della Corte di Lussemburgo nel costruire nuove regole non come norme penali, ma come disciplinari diretti e *in malam partem* per la giurisdizione.

Infatti, la “regola Taricco” ha pur sempre bisogno di una concretizzazione giudiziale, demandando al giudice stesso (non alla Corte costituzionale), di vagliarne i presupposti nazionali di applicabilità e la stessa determinatezza delle regole residuali alla disapplicazione imposta³⁰.

La soluzione di questa *vexata quaestio*, dunque, viene solo in apparenza “stemperata” da una pronuncia di indeterminatezza di “regole europee”. La sua

³⁰ La Consulta si riappropria del suo ruolo di interprete primario della determinatezza, come detto, ma la regola Taricco non ha precisato che la determinatezza debba avere un sindacato solo del Giudice delle leggi, in quanto ogni giudice ordinario dovrebbe esercitare un controllo autonomo del rispetto di tale principio *dopo* la disapplicazione. La decisione della nostra Corte, invece, vieta *ab origine* la stessa disapplicazione.

sostanza è un'altra e l'indeterminatezza dei Trattati non c'è, mentre le regole giudiziarie della CGUE consumano violazioni ben più radicali nella loro essenza politica. Se la Corte costituzionale si basa su valutazioni nazionali della prescrizione per fondare la sua censura, essa argomenta nella forma di un contro-limite. Ma se il vizio vero della violazione della CGUE è una inosservanza dello stesso Trattato UE, il sindacato esercitato non è nazionale (come restava nelle argomentazioni di Corte cost. n. 24/2017): è un conflitto sullo stesso diritto europeo! Averlo nuovamente circoscritto, ma ora in chiave di contro-limite, al diritto nazionale, è dunque un'operazione riduttiva che perde un'occasione pregnante di auto-riconoscimento eurounitario: un conflitto aperto su un diritto europeo che abbiamo il diritto di reclamare, pur muovendo dalla nostra Costituzione. Il richiamo finale (par. 14) al valore anche europeo della determinatezza è infatti tattico: tutto il discorso è stato in realtà condotto in nome dell'art. 25 cpv. Cost.

C'era peraltro una diversa soluzione compatibile con i vantaggi di questa pronuncia. Ne accenniamo in chiusura (§ 11).

Le questioni che si aprono, invece, riguardano proprio la futura gestione della determinatezza, oltre che il patriottismo costituzionale futuro della nostra Corte (§ 11).

10. Una determinatezza distonica rispetto alla giurisprudenza consolidata della Corte.

Questa sentenza non appare pienamente in linea con la giurisprudenza consolidata della Corte sulla tassatività/determinatezza: ciò non sarebbe affatto un difetto, in ipotesi, se si trattasse davvero di una riappropriazione della determinatezza da parte del Giudice delle leggi nella cui giurisprudenza alcuni studiosi, anche in tempi recenti, hanno visto un inadempimento da parte della Consulta³¹.

Senonché, il parametro della sufficiente determinatezza si può discutere se valga nella stessa identica misura per la condotta, l'evento, le scriminanti, le circostanze, ma ancor più per le condizioni obiettive di punibilità, le cause estintive del reato, o alcune cause di non punibilità: pensiamo solo alle condotte riparative!³²

Non ragionava certo in termini unitari o pregnanti la Corte in altre ben note sentenze, quando decise (oltre i limiti dell'art. 25 cpv. Cost.) sull'art. 434 c.p., con la costruzione ermeneutica di un concetto di disastro innominato "analogico" da usare da

³¹ Oltre al citato libro di Sergio Moccia, v. per es. G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. Pen.*, 2017, 19.

³² Il tema è relevantissimo, per la centralità del momento riparativo nella ricostruzione della sanzione penale nella sua essenza "post-riparatoria" (che ha un senso soprattutto se la riparazione è impossibile, non c'è e comunque ha un senso diverso se c'è stata), ma bisogna ammettere che la riparazione dell'offesa è concetto ben bisognevole di maggiore determinatezza che, in assenza del legislatore, dovrà compiere l'interprete. Cfr. DONINI, [Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, 236 ss., § 9; ID., *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2018, 579 ss., spec. 599 ss. § 10.

parte dei giudici³³, ma anche (con maggior persuasività) a proposito dei casi della determinatezza di omessi adempimenti a ordini di espulsione “senza giustificato motivo” *et similia*, quando si passò in rassegna tutta una serie di clausole di “inesigibilità” presenti nel sistema penale e gestibili da parte del giudice nonostante la loro relativa imprecisione semantica³⁴. Non ragionava così la Consulta quando con la sentenza n. 282/2010 ha salvato l’art. 9, secondo comma, della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 sulle misure di prevenzione come sostituito dall’articolo 14 del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144 (Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale), convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, in relazione all’art. 5, terzo comma, prima parte, della stessa legge n. 1423 del 1956, in merito alle prescrizioni dei requisiti di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi»³⁵.

Solo la sentenza europea della Corte Edu nel *caso de Tommaso* ha riportato nella coscienza nazionale un livello di maggiore attenzione nella cultura della determinatezza³⁶.

Ma non ragionava così la Corte neanche nell’età dell’oro del mandato di Renato Dell’Andro, quando (in una prima sentenza) venne “salvato” il vecchio art. 4 n. 7 l. 516/1982 sull’ «alterazione in misura rilevante» del risultato della dichiarazione dei redditi o IVA, che venne reinterpreta come mera *condizione obiettiva di punibilità* e come tale sottratta al più pregnante statuto della determinatezza degli elementi essenziali del fatto di reato³⁷. E solo il perdurare di una interpretazione che non selezionava il disvalore d’azione delle condotte dissimulatorie condusse la Corte a una successiva declaratoria di incostituzionalità (C. cost. n. 35/1991).

Se andiamo indietro nel tempo, del resto, la Corte neppure menzionava tassatività e determinatezza: i giudizi erano pronunciati sotto il profilo della riserva di legge. Ed è sotto questo profilo che varie motivazioni escludevano ogni violazione,

³³ C. cost. 327/2008.

³⁴ C. cost. 13 gennaio 2004, n. 5. sull’art. 14, comma 5-ter, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), aggiunto dall’art. 13, comma 1, della legge 30 luglio 2002, n. 189 (Modifiche alla normativa in materia di immigrazione e di asilo).

³⁵ Secondo la Corte (sent. 282/2010), si ricorderà, “la prescrizione di «vivere onestamente», se valutata in modo isolato, appare di per sé generica e suscettibile di assumere una molteplicità di significati, quindi non qualificabile come uno specifico obbligo penalmente sanzionato (ordinanza n. 354 del 2003). Tuttavia, se è collocata nel contesto di tutte le altre prescrizioni previste dal menzionato art. 5 e se si considera che è elemento di una fattispecie integrante un reato proprio, il quale può essere commesso soltanto da un soggetto già sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, essa assume un contenuto più preciso, risolvendosi nel dovere imposto a quel soggetto di adeguare la propria condotta ad un sistema di vita conforme al complesso delle suddette prescrizioni, tramite le quali il dettato di «vivere onestamente» si concreta e si individualizza. Quanto alla prescrizione di «rispettare le leggi», contrariamente all’opinione espressa dal rimettente, essa non è indeterminata ma si riferisce al dovere, imposto al prevenuto, di rispettare tutte le norme a contenuto precettivo, che impongano cioè di tenere o non tenere una certa condotta; non soltanto le norme penali, dunque, ma qualsiasi disposizione la cui inosservanza sia ulteriore indice della già accertata pericolosità sociale”.

³⁶ Corte Edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia. Livello a suo tempo presente nella sentenza della Corte costituzionale sul proclive a delinquere del 16 dicembre 1980, n. 177.

³⁷ C. cost., 16 maggio 1989, n. 247.

prima delle note e “storiche” sentenze sul proclive a delinquere (sent. 16 dicembre 1980, n. 177) e sul plagio (sent. 10 aprile 1981 n. 96).

Così ad es. la Corte quando statuiva che agevolazione e sfruttamento della prostituzione avrebbero un “preciso e inconfondibile significato che non si presta ad equivoche interpretazioni” (C. cost., 4 giugno 1964, n. 44); o quando decise che punire come abuso d’ufficio (l’originario art. 323 c.p.) la violazione di qualsiasi norma regolante la pubblica funzione non violava l’art. 25 cpv. Cost. (sent. 4 febbraio 1965, n. 7); o che tutte le ipotesi di pene diverse e maggiori per i “casi più gravi” attribuivano al giudice un “più vincolato governo del potere discrezionale”, sempre senza violazione dell’art. 25 cpv. (C. cost. 24 giugno 1970, n. 131, sulla l. assegno e con richiamo a tutte le vigenti e analoghe ipotesi di aggravanti indefinite).

In ogni modo a un certo punto la Corte ha imposto una *previa interpretazione conforme a tassatività*.

Sono state infatti evidenziate due fasi nello sviluppo della giurisprudenza della Corte in questa materia³⁸.

Alla “fase ” dei giudizi sulla determinatezza delle disposizioni in sé, *ante applicationem*, è seguita una seconda e lunga “fase”, nel corso della quale la Corte ha incentrato il giudizio di determinatezza sulle “norme” risultanti dall’interpretazione³⁹, così inaugurando una annosa giurisprudenza (fino a questa sentenza n. 115/2018 che sembra interromperla), che ha spesso concluso con sentenze di inammissibilità la decisione su questioni dove il giudice remittente non aveva adottato una previa interpretazione conforme in termini di tassatività⁴⁰.

Ora questo *trend* pare forse interrompersi con questa decisione che valorizza e accentua la determinatezza *ante applicationem*.

Il livello di tassatività delle regole estintive, peraltro, dato che non riguardano in primo luogo la “materia del divieto”, ma quella della esenzione da pena, può essere misurato più che sulla prevedibilità da parte del consociato “al tempo della condotta” – non c’è il “diritto” di calcolare entro quando si potrà farla franca, *prima di* commettere un reato, o di mettere in conto una oblazione, una remissione di querela, un condono, una collaborazione processuale “al fine di calcolare l’interesse o il vantaggio a commettere il reato” –, su un parametro più oggettivo: diritto della persona è di essere liberato dal processo e dunque dal rischio della condanna e dell’esecuzione, in un tempo predeterminato e limitato, salvo eccezioni o per situazioni e ipotesi tipizzate; diritto della persona è che istituti che delimitano la potestà punitiva non siano letti come norme di interesse di pubblici ministeri sui tempi della “loro” azione penale, ma ricondotti alla disciplina dei limiti sostanziali a un potere invasivo sulla persona: *il «diritto» non esiste senza l’«azione», ma non coincide con essa*. Peraltro le (attuali) regole su sospensione e interruzione della prescrizione possono essere tassative fin che si vuole,

³⁸ F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale*, cit., 64 ss.

³⁹ F. PALAZZO, op. ult. cit., 66 ss.

⁴⁰ Da ultimo, ma con interpretazione “conforme” condotta dalla Corte, sent. 11 giugno 2014, n. 172 sul reato di atti persecutori (art. 612-bis c.p.).

ma non consentono di prevedere esattamente *ex ante quando* il reato davvero si estinguerà, laddove i reati più gravi sono ormai di fatto imprescrittibili.

Ma anche a prescindere da ciò, l'aver ricondotto al testo del Trattato (a destinatario politico) il vizio di determinatezza penale come se fosse una norma-precetto, svela un eccesso di "declinazione penalistica" delle regole giuridiche.

La Corte (e se non la Consulta, la Corte di Cassazione) ha salvato – e male ha fatto – le norme più indeterminate, dal "vecchio" art. 323 c.p. all'ingente quantità degli stupefacenti, al disastro innominato, a tutti i casi delle aggravanti indefinite. Che ora la Corte rinneghi (solo implicitamente, si comprende) decenni di decisioni di inammissibilità per essere le norme reinterpretabili in chiave più tassativa, non ci delude. Ne siamo lieti.

Il fatto è che non crediamo davvero che si pensi di mettere in discussione la prassi e la teoria per cui è solo la "norma" a risultare indeterminata, non la "disposizione" in sé, salvo casi appunto più estremi. Pensiamo invece che si volesse – giustamente – contrastare il "governo dei giudici di Lussemburgo" e che per farlo si sia scelta una strada non ben percorribile nella normalità dei casi.

Se peraltro questa decisione preannunciasse un vero mutamento di paradigma nel rigore sul controllo della tassatività delle regole penali, dovremmo tutti esserne felici e ringraziare indirettamente il caso Taricco per avere reso possibile, con le sue macroscopiche distorsioni, questa svolta.

11. Una diversa soluzione e il futuro della determinatezza.

La risposta che ci pare(va) più adatta al caso non attiene a un diverso contenuto decisorio (la non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale per l'impossibilità di "ingresso" della regola Taricco nell'ordinamento nazionale), ma alla motivazione, e consiste(va) nell'applicare alla fattispecie una soluzione davvero eurounitaria: nessuna violazione (da parte della applicazione giudiziale della disciplina vigente sulla prescrizione) dell'art. 325.1, perché non gestibile ermeneuticamente dal giudice: ma non perché indeterminato, quanto perché strutturalmente politico; nessuna violazione dell'art. 325.2, perché non c'è disparità di trattamento legale tra dazi e IVA nazionale e interessi finanziari europei (*quaestio iuris*, ma non "di diritto costituzionale"). Questa duplice presa d'atto eliminerebbe senza clamori particolari le basi della controversia. Salendo peraltro di livello, l'inapplicabilità della "regola Taricco" discende dal fatto che essa impone *un ius facere*, più che un *ius intelligere*, cioè la costruzione di regole prescrizionali nuove in violazione dell'analogia *in malam partem* (fonte di per sé di indeterminatezza) il cui divieto trova applicazione non solo *ex art. 25 cpv. Cost.*, ma in contesto eurounitario in modo implicito attraverso la divisione

di poteri (art. 2 Trattato UE), e in misura riconosciuta nel principio di legalità penale (art. 7 Cedu)⁴¹.

La violazione del Trattato imposta *per sententiam* al Giudice nazionale, infatti, consente una mera disapplicazione di una decisione della CGUE (che male lo applica) assai più di quanto lo consenta la violazione della Carta costituzionale. Non si tratta comunque di disapplicare il Trattato, ma l'interpretazione di una sua regola: poco importa poi che la Corte europea identifichi la propria interpretazione col Trattato (e così gli europeisti di rito accettano), perché noi sappiamo bene che si tratta di una "norma" costruita da quella Corte su una "disposizione" diversa.

Una soluzione non da contro-limiti, dunque, come appare invece quella della sentenza 115/2018, così nazionalisticamente declinata. Ma ancor più una soluzione che non sposerebbe dappprincipio la "costituzionalizzazione originaria" della prescrizione sostanziale: ciò che rappresenta un eccesso di esaltazione costituzionale. Infatti, la prescrizione non può avere un vincolo costituzionale originario, ma solo derivato, come istituto sostanziale, perché almeno l'interruzione e la sospensione hanno dimensioni processuali indubbie: e proprio la disciplina dell'interruzione era in gioco nel caso Taricco. Essa ha *di fatto* copertura costituzionale perché è configurata come istituto sostanziale dal codice penale (ciò che affermava correttamente l'ordinanza n. 24/2017, costruita con sensibilità più "relativistica" consona a una cultura penale comparata). Anche le condizioni di procedibilità e le loro cause estintive o le misure cautelari personali decidono in modo pesante la punibilità, ma non sottostanno al regime dell'art. 25 cpv. Cost. per destinazione originaria e costituzionale al penale sostanziale.

Se peraltro la Corte vuole mettere la parola fine anche a possibili invasioni europee irritanti e indebite nella gestione della *nostra prescrizione*, che ha una giusta sensibilità sostanzialistica nella base del calcolo del diritto di punire, non riducibile agli interessi e ai limiti dell'accusa nell'"esercitare l'azione penale", su questo punto nessuno pensa di fare le barricate contro questa motivazione *strong* che resta in fondo un po' tra le righe della sentenza.

Comunque archiviata la regola Taricco, molto più importante è il futuro della determinatezza.

Qui l'enfasi costituzionale della sentenza rischia prevedibili retromarce.

Che fine farà l'art. 110 c.p.? E tutte le "norme" giudiziali non prevedibili al tempo dell'entrata in vigore della regola legale?

«Solo i commentari ci dicono la verità!» Questa immortale affermazione di Josef Esser⁴², che ha accompagnato la nostra formazione di giuristi, prima che di penalisti, prima e dopo che ritornassimo ai limiti ermeneutici di ogni testo⁴³, al divieto di

⁴¹ Rammento qui, per lo spirito critico complessivo, gli Atti del Convegno fiorentino *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie: i nuovi scenari della soggezione al diritto dell'UE. A proposito della sentenza CG Taricco*, Firenze il 30 ottobre 2015, a cura di C. Paonessa e L. Zilletti, Pacini Giuridica, Pisa, 2016.

⁴² J. ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., 151.

⁴³ U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, Milano 1990.

analogia⁴⁴, e alla certezza che è l'interpretazione che sostituisce l'analogia contemporanea⁴⁵, è oggi consapevolezza collettiva.

Beccaria voleva vietare l'interpretazione⁴⁶, perché sapeva – come Giustiniano che vietò per legge le glosse al *Digesto* con le Costituzioni *Deo auctore* (par. 12) del 530 e *Tanta* (par. 21) del 533⁴⁷ – che è sempre un po' politica⁴⁸, non perché il diritto applicato rispecchi pienamente quanto prevedibile al tempo dell'entrata in vigore di un codice.

La prevedibilità del diritto (non delle decisioni⁴⁹) è oggi acquisizione europea e nazionale, almeno sul piano teorico⁵⁰, ma non costituisce un blocco ermeneutico. Al contrario: essa è nata, nella giurisprudenza della Corte Edu, proprio per consentire l'evoluzione del diritto penale, limitandone gli effetti al futuro (rispetto ai mutamenti giurisprudenziali *in peius*), non per “fissare” tale evoluzione a quanto prevedibile al tempo della promulgazione della legge. Per questo la prevedibilità è al tempo della condotta. Lo stesso art. 618 c.p.p. riformato nel 2017 dalla legge Orlando mira al controllo, non al divieto, di quei mutamenti.

Il contenuto della determinatezza è altra cosa ancora. Nata per gestire soprattutto le norme penali incriminatrici, e meno consona alle clausole generali, soprattutto a quelle della “parte generale” (causalità, colpa, dolo, tentativo, concorso di persone, pericolo, etc.), può oggi rinnovarsi ed esigere anche diverse gestioni nella

⁴⁴ Basti qui la prospettiva storica. Per tutti, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, tomo II, Ed. Losada, Buenos Aires, 1950, 477-533; W. NAUCKE, *Die Aufhebung des Analogieverbots*, in *NS-Recht in historischer Perspektive*, Institut für Zeitgeschichte, München, Wien, 1981, 71 ss.; G. MARINUCCI, *L'analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1254 ss. Il più volte citato contributo di G. VASSALLI, *La giurisprudenza penale germanica in materia di analogia*, in *Riv. dir. penit.*, 1937, 3 ss. (estratto), costituisce in realtà un ponte tra analogia e interpretazione estensiva, “sdrammatizzando” le conseguenze applicative dell'abolizione del divieto di analogia da parte del legislatore nazionalsocialista del 1935. Al di là dell'approccio probabilmente troppo dialogico di questo contributo, che il vero problema risieda oggi nell'interpretazione “normale”, è un'acquisizione scientificamente indiscutibile.

⁴⁵ Nessun penalista pratica analogie espresse. Sono tutte cripto-analogie, e spesso pure creazioni.

⁴⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), § 4: “Interpretazione delle leggi”.

⁴⁷ M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Laterza, Roma-Bari, 2003, 399 ss.; G.G. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, Il Mulino, Bologna, 1970, 124 ss., 181 ss. Sull'anno 534 d.C. come necrologio della scienza giuridica romana (dopo i divieti di redigere glosse e di risalire alle fonti pregresse alla nuova compilazione, distrutte anche fisicamente dall'intervento giustiniano), cfr. F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science* [1953], tr. it. *Storia della giurisprudenza romana*, Sansoni, Firenze, 1968, 588 ss. Se questo giudizio scientifico rinvia alle polemiche di Rabelais e Montaigne contro Triboniano e il metodo compilativo del *Digesto* giustiniano (v. solo E. NARDI, *Rabelais e il diritto romano*, Giuffrè, 1962), ovvero contro il successivo *mos italicus* di applicarlo (v. solo D. MAFFEI, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1972, 60 ss.; U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Giappichelli, Torino, 2002, 244 ss.), è comunque singolare che le *Pandette* siano poi divenute il testo legislativo più glossato al mondo.

⁴⁸ Illustrazione in M. DONINI, “Interpretazione delle leggi” (*Dei delitti e delle pene* (1764), § 4) in *Diritto penale XXI secolo*, 2014, 245 ss. Sulla storia delle leggi interpretative e dei divieti di interpretazione v. più in generale G. TARELLO, *L'interpretazione*, cit., 241 ss., 287 ss.

⁴⁹ Opportunamente distinte già da PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 167 ss.

⁵⁰ Che lo sia anche sul terreno della gestione dell'*error iuris*, per es., è tutto da dimostrare. Cfr. ora l'ampio capitolo sul tema nella monografia di M. LANZI, *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2018, 139 ss.

stessa parte generale. Ma non sarà il legislatore a definire i confini della determinatezza, a dire che cosa è tassativo: sarà sempre l'interprete, di fronte al prodotto legislativo e poi a quello ermeneutico che lo completa.

Essa dunque è solo in parte dichiarabile *ante applicationem*, perché è solo nei *casi facili* che vale il principio "*in claris non fit interpretatio*" (il giudice non interpreta la norma sul furto quando la applica, nel 99% dei casi, dandola per presupposta), mentre nei *casi difficili* e per le *leggi nuove* vale l'opposta regola "*nulla interpretatio sine applicatione*"⁵¹. E l'evoluzione della fattispecie nasce dall'incontro tra queste differenti gestioni della disposizione e delle norme che ne discendono.

A tale proposito il messaggio di C. cost. n. 115/2018, più che tecnico, è chiaramente politico⁵², e direi programmatico: la Corte sposa una declinazione "forte" della determinatezza, che suggerisce al Parlamento e alla magistratura, non solo all'UE, un diverso rigore definitorio ed ermeneutico⁵³. Vedremo presto se è una sentenza "pilota". E a prescindere dal principio di determinatezza, occorre chiedersi se si è inaugurata una stagione di patriottismo costituzionale nazionale, anziché europeo, con un diverso stile nel dialogo tra Corti. È questo un ulteriore capitolo che potrebbe essere scritto attorno alla vicenda e al futuro del c.d. europeismo giudiziario, nel segno di un rinascimento identitario della legislazione e dell'ermeneutica penale, ma non di un loro isolamento: la singolarità europea della posizione italiana in materia di prescrizione, infatti, non esclude che resti prioritario e normale il riferimento alle "tradizioni costituzionali comuni"⁵⁴.

⁵¹ Le impostazioni ermeneutiche "spinte" (nella letteratura italiana, per es., di Carlizzi, Vogliotti, Di Giovine) accentuano questo momento di dipendenza dell'interpretazione dall'*applicatio*, dallo stesso 'fatto' che contrassegna i casi, come se fosse un *dato costante*. Ma si tratta di un'esagerazione. Solo per le leggi del tutto nuove ciò è maggiormente sostenibile. Quando una norma è consolidata storicamente, si smette di interpretarla, e semplicemente la si applica, salvo nuovi profili di *distinguishing* ed evoluzione del sistema. L'incontro e lo scontro con il diritto europeo pone così tanti problemi ermeneutici, anche perché si tratta di innovazioni normative costanti di sistema. In ogni caso tali evoluzioni appartengono all'esperienza contemporanea, nella quale dieci anni valgono come duecento dei secoli passati. Ma la "prevedibilità del diritto" ha nel suo codice genetico un bisogno di certezza, di affidabilità, di costanza, e pare finalizzata al contenimento dei mutamenti. Fra l'altro, nonostante un diritto giurisprudenziale dispiegato nella prassi, l'accentuazione delle innovazioni ermeneutiche prospettabili per ogni caso, secondo una logica di "*Fallnorm*", è di regola quanto di più indesiderato dalla magistratura giudicante, per ragioni di tempi e celerità nel disbrigo degli affari.

⁵² Nel senso che le regole sull'interpretazione, in quanto gestite dagli interpreti, sarebbero di fatto operative se vige una cultura di *self-restraint* ermeneutico, al cui rispetto andrebbero in sostanza ricondotte, G. ALPA, *Interpretare il diritto: dal realismo alle regole deontologiche*, in J. Derrida, G. Vattimo (a cura di), *Diritto, giustizia, interpretazione*, cit., 207 ss., 211. In realtà il *self-restraint* è il risultato del rispetto di regole, siano esse scritte oppure no.

⁵³ Sulle diverse sensibilità di Corte di cassazione e Corte costituzionale rispetto alle sfide delle teorie ermeneutiche (ma a favore delle aperture della Cassazione), cfr. M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini*, 2015, tomo I, spec. 165 ss.

⁵⁴ V. ora sul tema S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Esi, Napoli, 2018, e altresì la recensione a tale studio di A. RUGGERI, *In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)*, in *Lo Stato*, 10/2018, 549 ss.