

**Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco
e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale.
Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia? ***

di Chiara Amalfitano **
(5 ottobre 2016)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'art. 325 TFUE e il suo antecedente nel TCE. – 3. L'approccio funzionalistico seguito dalla Corte di giustizia. – 4. Sentenza errata o innovativa? O solo eccessivamente sbrigativa nella motivazione? – 5. Sentenza preoccupante? – 6. Un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per una possibile differente soluzione ermeneutica. – 7. Brevi riflessioni conclusive.

1. Premessa.

Sulla sentenza *Taricco e a.*, pronunciata dalla Corte di giustizia l'8 settembre 2015¹, sono già stati scritti fiumi di inchiostro². Del resto, che essa avrebbe fatto discutere è risultato evidente già ad una sua prima lettura³, sollevando non soltanto dubbi inerenti alle concrete modalità della sua "applicazione" da parte del giudice *a quo* e degli altri giudici nazionali che si fossero trovati a decidere di questioni identiche a quella oggetto di

*Il presente contributo, integrato e corredato da note, riproduce l'intervento svolto al convegno organizzato presso l'Università degli Studi di Milano dalla Prof.ssa D'Amico e dalla dott. Pellizzone, sul tema "Crisi della legalità penale e diritto costituzionale" – Milano, 15 aprile 2016.

1 Si tratta della causa C-105/14, consultabile, come tutte le pronunce del giudice dell'Unione europea, sul sito www.curia.europa.eu.

2 Tra i numerosissimi contributi apparsi sul tema, cfr., senza alcuna pretesa di esaustività, A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, online in *Diritto Penale Contemporaneo*, 29 ottobre 2015; ID., *Ancora sul caso Taricco: la prescrizione tra il diritto a tutela delle finanze dell'Unione Europea ed il diritto penale nazionale*, *ibidem*, 30 marzo 2016; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, *ibidem*, 10 dicembre 2015; E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale (Riflessioni sulla sentenza Taricco)*, *ibidem*, 29 febbraio 2016; V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, *ibidem*, 6 maggio 2016; F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, *ibidem*, 9 maggio 2016; nonché A. CIAMPI, *Il caso Taricco impone la disapplicazione delle garanzie della prescrizione: un problema di rapporti fra diritto dell'UE e diritto nazionale e di tutela dei diritti fondamentali, non solo di diritto processuale internazionale*, in *Int'l Lis*, 2015, p. 113 ss.; S. MANACORDA, *Per la Corte di giustizia le frodi gravi in materia di IVA si prescrivono troppo in fretta: note minime a prima lettura della sentenza "Taricco"*, in *Archivio penale*, n. 3/2015; D. MICHELETTI, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, in www.lalegislazionepenale.eu, 3 febbraio 2016; M. BASSINI, *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in *Consulta online*, 12 febbraio 2016; M. CAIANIELLO, *Dum Romae (et Brucsellae) Consulitur... Some considerations on the Taricco Judgement and Its Consequences at National and European Level*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2016, p. 1 ss.; S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 362 ss. e V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, *ibidem*, 2016, p. 1250 ss. Alla sentenza e al suo impatto sul diritto penale e costituzionale nazionale è stata dedicata anche una sessione ("Primazia del diritto UE e controlimiti nel sistema penale") del convegno "I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali", svoltosi a Ferrara il 7 e 8 aprile 2016.

3 Tra i primi commenti cfr. F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, online in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 settembre 2015, e sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, reperibile al seguente indirizzo <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1577>.

interpretazione nella sentenza in esame (v. *infra*, § 4), ma anche, ed in particolare, non poche perplessità circa la sua “tenuta” nel nostro ordinamento, alla luce delle specificità che lo caratterizzano quanto al principio della legalità in materia penale. In questa prospettiva, si potrebbe tentare di verificare se tale pronuncia possa considerarsi paradigmatica della crisi di siffatto principio nei rapporti tra diritto costituzionale nazionale e diritto dell’Unione europea o se, al contrario, sia opportuno (se non addirittura doveroso) circoscriverne la portata e le ricadute pratico-applicative, escludendo dunque che all’art. 325 TFUE – previsione finalizzata ad assicurare la tutela degli interessi finanziari dell’Unione europea – debba riconoscersi un ruolo nuovo e “problematico” in relazione ai rapporti inter-ordinamentali sotto il profilo testé richiamato.

Questa disposizione è, come noto, il fulcro su cui si imperniano tutto il ragionamento e la decisione della Corte di giustizia nella causa *Taricco*. Ivi i giudici di Lussemburgo intendono preservare “costi quel che costi” i menzionati interessi finanziari dell’Unione, con ricadute almeno in parte anche inaspettate, non rendendosi essi probabilmente del tutto conto dell’impatto che la pronuncia avrebbe avuto sul sistema processuale penale e costituzionale italiano. E, quindi, senza immaginare le reazioni cui abbiamo assistito e ancora di recente stiamo assistendo, ovvero il fatto che tale pronuncia avrebbe potuto addirittura comportare l’invocabilità dei controlimiti⁴. Ciò perché per la Corte di giustizia la sostanziale incompatibilità della normativa nazionale controversa (sull’allungamento massimo del termine di prescrizione per il reato rilevante nel caso di specie, la frode carosello⁵) con l’art. 325 (parr. 1 e 2⁶) TFUE (al

4 Cfr. la questione di costituzionalità sollevata dalla Corte di appello di Milano, II sez. pen., ord. 18 settembre 2015, Pres. Maiga, Est. Locurto (su cui cfr. F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell’UE: la Corte d’appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i ‘controlimiti’*, online su *Diritto penale contemporaneo*, 21 settembre 2015; P. PERINI, P. FARAGUNA, *L’insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d’Appello di Milano mette la giurisprudenza “Taricco” alla prova dei controlimiti*, *ibidem*, 30 marzo 2016; F. BERTOLINO, *La Corte d’Appello di Milano sollecita la Corte Costituzionale a vagliare la compatibilità dell’obbligo di disapplicazione imposto al giudice italiano dalla sentenza Taricco della Corte di Giustizia con il principio di irretroattività in malam partem della legge penale*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2016, p. 205 ss.) e più recentemente (con ampliamento dei parametri di costituzionalità) quella sollevata dalla stessa sezione (la III) della Cassazione (cfr. ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346, Pres. Grillo, Est. Riccardi, Ric. Cestari, online su *Diritto penale contemporaneo*, 15 luglio 2016) che in un primo momento si era invece allineata alla sentenza della Corte di giustizia (cfr. Cass. pen., sez. III, sentenza 15 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, Pres. Franco, Est. Scarcella, su cui cfr. F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, *ibidem*, 21 gennaio 2016; G. REPETTO, *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*, online su *Rivista AIC*, 15 maggio 2016). Per la non applicazione della sentenza *Taricco* (non rilevandosi la gravità della frode ed essendo ormai maturati i termini di prescrizione per i reati contestati agli imputati) cfr. quindi Cass. pen., sez. IV, 25 gennaio 2016, n. 7914, Pres. Ciampi, Est. Pavich (su cui cfr. A. GALLUCCIO, *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale*, online su *Diritto penale contemporaneo*, 3 marzo 2016). L’udienza di discussione dinanzi alla Consulta è calendarizzata per il prossimo 23 novembre 2016.

5 Ovvero la dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o di altri documenti per operazioni inesistenti ex art. 2, ed emissione di fatture e altri documenti per fatture inesistenti, ex art. 8 del d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74, Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell’articolo 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205, in *GURI* n. 76 del 31 marzo 2000.

6 Il par. 1 della disposizione in parola stabilisce che «[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». Il successivo par. 2 che «[g]li Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione, le *stesse misure* che adottano per combattere contro la

verificarsi delle condizioni enucleate dalla Corte stessa: v. *infra*, § 3) e la sua conseguente disapplicazione non arrecherebbero alcuna lesione ai diritti dell'imputato, venendo il regime di prescrizione considerato un istituto di diritto processuale cui non si applica quindi l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali⁷. Diverso è, invece, l'orientamento consolidato del nostro giudice delle leggi⁸ (condiviso dalla dottrina maggioritaria⁹) per cui il regime in parola deve considerarsi istituto di diritto sostanziale, cui si applica il principio di legalità (specie, ma non solo, nella declinazione del *nullum crimen, nulla poena sine lege*) di cui all'art. 25, co. 2, Cost. (e a cui evidentemente la Consulta riconosce portata più ampia, o comunque diversa, da quella attribuita dalla Corte di giustizia al citato art. 49 Carta¹⁰).

2. L'art. 325 TFUE e il suo antecedente nel TCE.

Prima di analizzare i profili critici della sentenza *Taricco*, si ritiene utile una breve parentesi sull'antecedente dell'art. 325 TFUE, ovvero l'art. 280 TCE. Tale disposizione, corrispondente nei parr. 1 e 2 alle prescrizioni oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia, si differenziava invece dalla previsione attualmente vigente nel suo par. 4, perché ivi conteneva – in chiusura – un'esclusione della possibile adozione, da parte dell'Unione, di misure di natura penale per tutelare i propri interessi finanziari¹¹. Un intervento di siffatta portata era dunque possibile – nel sistema pre-Lisbona – soltanto mediante la normativa del c.d. terzo pilastro e, pertanto, con l'elaborazione di decisioni quadro o, come è stato fatto nel settore in esame, di convenzioni¹², che hanno caratteristiche ed effetti ben diversi da quelli degli atti tipici del pilastro "comunitario".

frode che lede i loro interessi finanziari» (corsivi aggiunti).

7 Cfr. punti 53-57 della sentenza in esame. L'art. 49 Carta, al par. 1, prevede che «[n]essuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima» (corsivi aggiunti).

8 Cfr., per tutte, le sentenze n. 393/2006, n. 324 del 2008, n. 236/2011 e n. 143/2014.

9 Cfr., per tutti, F. CORDERO, *La decisione sul reato estinto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 672 ss.; P. PISA, *Prescrizione*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986; S. SILVANI, *Il giudizio del tempo*, Bologna, 2009; D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, online su *Diritto penale contemporaneo*, 29 settembre 2014. *Contra* cfr., per tutti, F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, cit., p. 10; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., Milano, 2001, p. 262 ss.

10 In proposito, M. BASSINI *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, cit., p. 99, evidenzia come la Corte di giustizia aderisca ad una "versione laica e temperata" del principio di legalità.

11 Il par. 4 dell'art. 280 TCE disponeva, infatti, che il «Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251, previa consultazione della Corte dei conti, adotta le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari della Comunità, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri. Tali misure non riguardano l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri» (corsivo aggiunto).

12 Cfr. la convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, in *GUCE*, C 316 del 27 novembre 1995, p. 48 ss. Ad essa sono stati aggiunti il protocollo concernente l'interpretazione, in via pregiudiziale, da parte della Corte di giustizia e delle Comunità europee, della convenzione (in *GUCE*, C 151 del 20 maggio 1997, p. 2 ss.) ed il secondo protocollo riguardante la lotta contro gli atti di corruzione nei quali sono coinvolti funzionari sia nazionali sia comunitari e che ledono o possono ledere gli interessi finanziari delle Comunità europee (in *GUCE*, C 221 del 19 luglio 1997, p. 12 ss.)

Tale previsione di chiusura è stata abrogata (insieme, come noto, con la struttura a pilastri dell'Unione europea¹³) dal trattato di Lisbona, che ha anche eliminato il riferimento alla lotta contro le frodi nell'art. 83, par. 1, TFUE (base giuridica per procedere al ravvicinamento delle legislazioni penali degli Stati membri sul piano sostanziale), riferimento che invece era presente nel previgente art. 29 TUE pre-Lisbona e che, insieme con l'art. 31, par. 1, lett. e), dello stesso trattato costituiva la base giuridica per lo stesso tipo di intervento prima della richiamata abolizione dei pilastri. L'art. 83, par. 1, TFUE, infatti, nell'elencare le dieci categorie di reati transnazionali per cui è possibile procedere al menzionato ravvicinamento¹⁴, non menziona più la frode, per cui oggi la sola base giuridica per un intervento di natura penale delle istituzioni parrebbe l'art. 325 TFUE (anche se l'uso del condizionale è d'obbligo, a fronte delle discussioni circa la base giuridica della direttiva c.d. PIF¹⁵ e la proposta di sostituire l'originaria scelta della Commissione dell'art. 325 TFUE con l'art. 83, par. 2, TFUE¹⁶).

Tale impostazione pare comunque avallata dalla Corte di giustizia, che ritiene (addirittura) doveroso reprimere penalmente, sulla base dell'art. 325

13 A dire il vero, il trattato di Lisbona realizza solo, almeno dal punto di vista sostanziale, il superamento della distinzione tra primo e terzo pilastro dell'Unione, date le specificità (sotto il profilo delle competenze delle istituzioni, compresa la Corte di giustizia, degli atti e delle pertinenti procedure di adozione) che continuano a caratterizzare il c.d. secondo pilastro, ovvero il settore della politica estera e di sicurezza comune, confermate anche dalla collocazione, pressoché integrale nel TUE anziché nel TFUE, della normativa ad esso relativa (sul tema cfr., per tutti, F. MUNARI, *La politica estera e di sicurezza comune (PESC) e il sistema delle fonti ad essa relative*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 941 ss.; F. TERPAN, *La prise de décision dans la PESC: un mode de fonctionnement intergouvernemental controversé*, in M. BLANQUET (éd.), *La prise de décision dans le système de l'Union européenne*, Bruxelles, 2011, p. 157 ss.; A. LANG, *Les instruments de la PESC dans la pratique: de Maastricht à Lisbonne*, in *Revue des Affaires Européennes*, 2012, p. 301 ss.).

14 Tali «sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni» (rispetto a cui Parlamento europeo e Consiglio, deliberando mediante direttive, possono adottare norme minime comuni relative alla definizione dei reati e delle sanzioni, sono «terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata».

15 Ovvero sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione: cfr. COM (2012) 363 def., dell'11 luglio 2012, dove il ricorso a sanzioni penali è effettuato come ultima *ratio* in linea con le indicazioni di cui alla comunicazione della Commissione del 20 settembre 2011, *Verso una politica penale dell'Unione europea* (cfr. COM (2011) 573 def.). Su tale proposta di direttiva cfr., per tutti, M. KAIAFA-GBANDI, *The Commission's Proposal for a Directive on the Fight Against Fraud to the Union's Financial Interests by Means of Criminal Law (COM (2012) 363 final) - An Assessment Based on the Manifesto for a European Criminal Policy*, in *European Criminal Law Review*, 2012, p. 319 ss.; A. VENEGONI, *Prime brevi note sulla proposta di direttiva della Commissione europea per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione attraverso la legge penale - COM (2012) 363 (c.d. direttiva PIF)*, online su *Diritto penale contemporaneo*, 5 settembre 2012; ID., *Il difficile cammino della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso la legge penale (c.d. Direttiva PIF): il problema della base legale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2442 ss..

16 Tale disposizione prevede che «[a]llorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive. Tali direttive sono adottate secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione, fatto salvo l'articolo 76». Per la proposta del Consiglio dell'Unione (già all'inizio dei negoziati, trattandosi di documento del 22 ottobre 2012) di modifica della base giuridica della (proposta di) direttiva PIF cfr. <http://db.eurocrim.org/db/en/doc/1959.pdf>. Per la più recente presa di posizione del Parlamento europeo (del 25 marzo 2014) cfr. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2014-0251+0+DOC+PDF+V0//IT>.

TFUE, le frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione¹⁷. In particolare, nei punti 39 ss. della sentenza *Taricco*, i giudici dell'Unione paiono effettuare (seppur implicitamente) una valutazione del rispetto del principio di sussidiarietà ad opera di un intervento "penale", quale ultima *ratio* che assicura una repressione dell'illecito che soddisfi i requisiti fissati dalla norma stessa, ovvero che sia effettiva e dissuasiva¹⁸.

Per inciso, ed alla luce di quanto testé detto, non sembra allora condivisibile la posizione della Cassazione che, nell'applicare la sentenza *Taricco*, sostiene che non si incorra in una violazione del principio di legalità in considerazione della prevedibilità del ragionamento della Corte di giustizia circa la possibilità di imporre sanzioni penali ex art. 325 TFUE, data la vigenza di tale disciplina già nel sistema pre-Lisbona, nella veste dell'art. 280 TCE¹⁹. Ciò perché, come appena visto, la formulazione precedente della disposizione in parola avrebbe reso (probabilmente) assai più difficile per i giudici di Lussemburgo giungere alla stessa soluzione cui sono giunti nella sentenza in esame, emanata ormai vigente la riforma di Lisbona e, quindi, con la formulazione attuale dell'art. 325, par. 4, TFUE.

3. L'approccio funzionalistico seguito dalla Corte di giustizia.

Anche l'affermazione della doverosa punibilità con sanzioni penali delle frodi IVA è finalizzata al perseguimento dell'obiettivo che la Corte di giustizia mira a realizzare e che spiega (esagerato sarebbe dire "giustifica") l'approccio funzionalistico che essa abbraccia nel proprio ragionamento e segue in tutta la motivazione della sentenza²⁰.

Non è la prima volta che la Corte, proprio al fine di tutelare le finanze dell'Unione, fa proprio un approccio funzionalistico ampio. Già in *Åkerberg Fransson*²¹, lo si ricordi, i giudici del Kirchberg hanno rilevato la sussistenza di

17 Da questo punto di vista appare (ancor più) "stravagante" (che in passato) l'idea ribadita dopo la pronuncia *Taricco*, in sede di elaborazione della direttiva PIF, volta ad eliminare dalla lista degli illeciti oggetto di repressione le frodi IVA e, più in generale, i reati lesivi dell'IVA (già rispetto alle prime negoziazioni cfr. la ricostruzione fornita da <http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2016/02/09/leg.17.bol0588.data20160209.com06.pdf>, p. 97). Per quanto tale idea sia oggi in particolare dettata dalla volontà degli Stati membri di non conferire alla costituenda Procura europea competenza anche rispetto a tali fattispecie criminose, essa sostanzialmente contraddice l'impostazione fatta propria dalla Corte di giustizia nel caso in esame.

18 Sulla necessità di effettuare una valutazione siffatta al fine di disporre l'applicazione di sanzioni penali per assicurare l'attuazione efficace di una politica dell'Unione cfr., in particolare, la comunicazione della Commissione, *Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, COM (2011) 573, def., p. 7 ss.

19 Cfr. Cass. pen., sez. III, sentenza 15 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, cit.

20 Evidente risulta il fatto che la Corte di giustizia, individuato l'obiettivo da perseguire, motiva tutto il proprio ragionamento per soddisfare il risultato che si è prefissata. Particolarmente efficace in proposito l'affermazione V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, cit., p. 2 s., che richiama in proposito, e come esemplificativo dell'atteggiamento spesso seguito dalla Corte di giustizia, specie per superare l'*impasse* del processo di integrazione europea, il monito di Jean Cocteau, «*trouver d'abord, cherchez après*».

21 Cfr. sentenza 26 febbraio 2013, causa C-617/10, su cui cfr., per tutti, G. DI FEDERICO, *La possibilità di cumulare sanzioni penali e fiscali ai sensi dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rassegna tributaria*, 2013, p. 714 ss.; E. HANCOX, *The meaning of "implementing" EU law under Article 51(1) of the Charter: Åkerberg Fransson*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1411 ss.; B. VAN BOCKEL, P. WATTEL, *New Wine into Old Wineskins: The Scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Åklagaren v Hans Åkerberg*

un collegamento (molto) debole tra diritto nazionale e diritto dell'Unione, per poter affermare che il primo rientra nell'ambito di applicazione del secondo e giustificare (qui sì) l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione²² e conseguentemente interpretare la previsione di cui al suo art. 50, che sancisce l'operatività del principio del *ne bis in idem* nei rapporti tra Stati membri, oltre che all'interno dei loro ordinamenti. Ciò anche se con il risultato che, in quel caso, secondo il ragionamento della Corte, si sarebbe potuti giungere (per il tramite di una valutazione ultima rimessa al giudice *a quo*) ad un ampliamento della sfera di applicabilità del principio (non solo nel caso di due procedimenti penali, ma anche nel caso di un procedimento penale e di uno amministrativo in cui si comminano sanzioni di natura sostanzialmente penale) e, dunque, ad un innalzamento del livello di tutela di un diritto fondamentale dell'individuo²³. Nel caso *Taricco*, invece, l'approccio funzionalistico della Corte di giustizia comporta una contrazione del diritto individuale, una sua limitazione, prevalendo – nel bilanciamento di interessi contrapposti – l'esigenza di tutela delle finanze dell'Unione. E realizzandosi comunque (v. *amplius, infra*, § 4) – almeno in base alla menzionata impostazione consolidata del nostro giudice costituzionale – una sostanziale retroattività di una normativa penale più sfavorevole, in violazione del principio di irretroattività *in malam partem*.

Vero è che i giudici di Lussemburgo – senza rinunciare al soddisfacimento dell'obiettivo che stava loro a cuore – in qualche modo, comunque, circoscrivono la possibilità di disapplicare la normativa nazionale controversa. Tale disapplicazione è infatti subordinata al soddisfacimento di condizioni stringenti, dovendo la frode rilevante (1) essere «grave» e (2) verificarsi in un «numero considerevole di casi» (ciò implicando una violazione del par. 1 dell'art. 325 TFUE perché non può assicurarsi in casi siffatti una repressione effettiva e dissuasiva delle frodi²⁴), oppure dovendo riscontrarsi che la normativa che tutela i corrispondenti interessi finanziari nazionali è sorretta da un diverso (e più efficace e dissuasivo) regime di prescrizione (violandosi, in questo caso, il principio di assimilazione/equivalenza di cui al par. 2 dell'art. 325²⁵).

Fransson, in *European Law Review*, 2013, p. ss.

22 Per alcuni tentativi della Corte di giustizia di meglio delineare i contorni applicativi del diritto dell'Unione e, quindi, di operatività della Carta dei diritti fondamentali cfr., ad esempio, le sentenze 6 marzo 2014, causa C-206/13, *Siragusa*, punti 20-25 e 10 luglio 2014, causa C-198/13, *Hernandez*, punti 32-37. Si ricordi, comunque, che a fronte della “particolare” presa di posizione del giudice di Lussemburgo nella sentenza *Åkerberg Fransson* non si è fatta attendere la reazione della Corte costituzionale tedesca, volta ad evitare le mire espansionistiche (di competenza) della Corte di giustizia, ovvero con l'intento di “bloccare” eventuali pronunce *ultra vires*: cfr. sentenza 24 aprile 2013, n. 1215/07, su cui, *inter alia*, F. FONTANELLI, *Anti-terror Database, the German Constitutional Court reaction to Åkerberg Fransson – From the spring/summer Solange collection: reverse consistent interpretation*, in www.diritticomparati.it/, 3 maggio 2013, che evidenzia come con essa, sostanzialmente, il Bundesverfassungsgericht (i) proponga una *reverse consistent interpretation* dell'art. 51 della Carta come interpretato dalla Corte di giustizia nel caso *Åkerberg Fransson*, tale per cui tale disposizione «cannot operate when the domestic measure relates to the purely abstract scope of the EU law nor when it has merely de facto impact on it», (ii) così rendendo chiaro che «it will not ratify any trend of uncontrolled expansion of the EU's competence in human rights protection, obtained through the application of the Charter to areas remotely touched upon by the EU law».

23 Cfr., in particolare, punti 29 e 36 della sentenza.

24 V. *supra* nota 6.

4. Sentenza errata o innovativa? O solo eccessivamente sbrigativa nella motivazione?

L'approccio funzionalistico della Corte di giustizia e l'esito cui essa giunge sono eccessivi e, dunque, preoccupanti, nell'ottica della violazione del principio di legalità in materia penale come interpretato, applicato e, dunque, operativo nel nostro ordinamento costituzionale?

Per rispondere al quesito, è opportuno valutare, innanzitutto, se la sentenza possa considerarsi giuridicamente sbagliata; o comunque, quand'anche non errata, se e per quali ragioni essa possa, *rectius* debba ritenersi "spregiudicata"²⁶, non fosse altro perché – e anche a tacer d'altro (ovvero senza addentrarsi sul nodo gordiano da essa troppo sbrigativamente affrontato della natura sostanziale o processuale del regime di prescrizione: *amplius, infra*, § 6) – la previsione su cui si fonda tutto il ragionamento della Corte (il solo parametro interpretativo da essa impiegato), ovvero l'art. 325 TFUE, non è mai menzionata dal giudice *a quo* nelle ventinove pagine della sua ordinanza di rinvio pregiudiziale²⁷. E benché rientri nella discrezionalità della Corte di giustizia la possibile riformulazione dei quesiti pregiudiziali²⁸, qui davvero essa fa uso di tale facoltà di rimodellarli in modo molto ampio, al limite del contorsionismo giuridico, con conseguenze peculiari e, come anticipato, probabilmente non sino in fondo contemplate (forse neppure prevedibili) dai giudici di Lussemburgo.

Quanto, in primo luogo, alla possibilità di considerare errata la pronuncia in esame, si potrebbe in effetti propendere per una risposta positiva, almeno nella misura in cui la Corte pare sostanzialmente riconoscere all'art. 325 TFUE effetto diretto²⁹, pur essendo esso privo dei requisiti (specie il carattere incondizionato) che tradizionalmente la giurisprudenza "comunitaria" impiega

25 Anche per il testo del par. 2 dell'art. 325 TFUE v. *supra*, nota 6. Esso codifica il principio dell'assimilazione nella tutela delle finanze nazionali e dell'Unione, sancito per la prima volta dalla Corte di giustizia nel noto caso c.d. del mais greco (cfr. sentenza 21 settembre 1989, causa 68/88, *Commissione c. Grecia*). Ivi si afferma, appunto, che «l'art. 5 del Trattato [oggi art. 4, par. 3, TUE] impone agli Stati membri di adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario. A tal fine, pur conservando la scelta delle sanzioni, essi devono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano sanzionate, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura ed importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva» (punti 23-24, corsivi aggiunti).

26 Addirittura "eversiva" è stata definita dal prof. R. Bin, nel citato convegno ferrarese del 7-8 aprile 2016. Tra le varie voci critiche, nel senso che si tratta di "brutta sentenza, non o mal motivata" cfr. M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 15 aprile 2016, p. 13.

27 Per un commento all'ordinanza di rinvio pregiudiziale cfr. F. ROSSI DAL POZZO, *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di giustizia? Nota a Trib. Cuneo, ord. 17.01.2014, GUP Boetti*, online su *Diritto penale contemporaneo*, 7 febbraio 2014.

28 Per alcuni esempi di riformulazione dei quesiti pregiudiziali cfr. Corte giust., 9 ottobre 1980, causa 823/79, *Carciati*; 5 ottobre 1994, causa C-151/93, *Voogd Vleeesimport*; 3 ottobre 2000, causa C-58/98, *Corsten*; 31 gennaio 2008, causa C-380/05, *Centro Europa 7*. Quando procede ad una rimodulazione, la Corte tende comunque sempre a verificare (come accade, del resto, anche nel caso *Taricco*) che nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale siano presenti elementi sufficienti a dimostrare, a prescindere dalle disposizioni citate dal giudice *a quo*, il reale perimetro del dubbio del giudice remittente.

29 Cfr., in particolare, punti 50 e 51 della sentenza, dove la Corte afferma che «l'obbligo degli Stati membri di lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure dissuasive ed effettive nonché il loro obbligo di adottare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro interessi finanziari sono obblighi imposti [...] dal diritto primario dell'Unione,

per attribuire ad una norma tale efficacia³⁰. Quand'anche non si voglia accogliere la tesi per cui si tratta di effetto diretto, in effetti mancando l'effetto di sostituzione della normativa nazionale da parte di quella dell'Unione³¹, indiscutibile è comunque il fatto che la conseguenza del rilevato contrasto della normativa nazionale controversa con l'art. 325, par. 1 o par. 2, consiste nella disapplicazione della prima³² e nell'individuazione della disciplina del caso di specie, ovvero applicabile al giudizio penale pendente (nonché a quelli ove occorre risolvere questioni identiche), nella restante normativa nazionale (i.e., quella che resta vigente espunto, per via della disapplicazione, il regime di prescrizione che sia ritenuto contrario con il diritto dell'Unione), data l'inapplicabilità (in sostituzione della normativa nazionale controversa) dell'art. 325 TFUE (che ha, di per sé, portata indeterminata e generica). E tale ultima conseguenza potrebbe tradursi nella imprescrittibilità delle frodi carosello, ovvero nell'applicazione – in luogo delle previsioni sull'allungamento dei termini massimi di prescrizione sino ad un quarto del termine base – del regime che dispone l'allungamento sino a un terzo di tale termine, o, ancora, nella statuizione del decorso *ex novo* dei termini di prescrizione (o forse, ancora, nella reviviscenza della normativa nazionale previgente)³³. Ciò che è palese è il fatto che qualunque sia la scelta operata dal giudice nazionale, essa si concretizza in una conseguenza comunque *in malam partem* per l'imputato³⁴; ed il fatto che una siffatta conseguenza negativa per tale soggetto la Corte di giustizia non la ha mai fatta dipendere da una direttiva a fronte di un inadempimento statale³⁵. Per consolidata giurisprudenza, infatti, dalla mancata corretta trasposizione di una direttiva non possono discendere conseguenze "dannose" per il singolo, che al più può invocare l'effetto diretto di una norma dell'Unione a proprio favore e contro lo Stato membro inadempiente, per aggirarne la violazione e ottenere comunque tutela della posizione giuridica riconosciutagli da tale norma che sia (evidentemente) chiara, precisa ed

ossia dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE. Tali disposizioni del diritto primario dell'Unione pongono a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione quanto all'applicazione della regola in esse enunciata, ricordata al punto precedente» (corsivo aggiunto). Critici su tale impostazione sono, ad esempio, P. PERINI, P. FARAGUNA, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'Appello di Milano mette la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controllimiti*, cit., nonché diverse relatori (in *primis*, il prof. E. Cannizzaro) al citato convegno svoltosi a Ferrara il 7-8 aprile 2016.

30 In tal senso cfr., per tutte, Corte giust., 4 dicembre 1974, causa 41/74, *van Duyn*; 19 gennaio 1982, causa 8/81, *Becker*; 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e a.*

31 Su tale effetto di sostituzione cfr. D. SIMON, *Le Conseil d'Etat et les directives communautaires: du gallicanisme à l'orthodoxie*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1993, p. 265 ss.; nella dottrina italiana, G. STROZZI, già *Diritto dell'Unione europea*, Parte istituzionale, Torino, 2000, p. 196.

32 Ovvero nella "esclusione" dell'applicazione della normativa nazionale controversa, per dirla con la dottrina citata alla nota precedente (si parla anche di effetto di "opposizione" della normativa dell'Unione a quella nazionale).

33 Sulle possibili conseguenze della disapplicazione nel caso in esame cfr., in particolare, E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale (Riflessioni sulla sentenza Taricco)*, cit. In particolare nel senso che «verrebbe in considerazione anche la possibilità di continuare a ritenere applicabili al caso in esame le norme sulla prescrizione precedentemente in vigore, quali risultavano dal codice penale nella sua versione prima della legge n. 251/2005» cfr. le conclusioni del 30 aprile 2015 dell'avvocato generale Kokott, nella causa *Taricco*, punto 126.

34 Tra l'altro, ammettendo che si possa giungere a tale conseguenza ultima, la Corte di giustizia (e il giudice nazionale che applichi la sentenza *Taricco*) procede su una strada che neppure la nostra Corte costituzionale ha mai percorso.

35 Cfr., per tutte, Corte giust., 5 aprile 1979, causa 148/78, *Ratti*; 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi e a.*

incondizionata (c.d. effetto diretto verticale e unilaterale delle direttive), ma mai vedere invocata nei propri confronti la violazione dello Stato con sostanziale peggioramento della posizione giuridica di cui risulta titolare³⁶. E benché non sia una novità che la Corte di giustizia abbia riconosciuto l'effetto diretto di norme dei trattati anche in rapporti orizzontali, e quindi con beneficio di un soggetto privato “ a svantaggio” di altro privato³⁷, ciò non è mai accaduto in un rapporto verticale e, quindi, a favore dello Stato inadempiente, né – a maggior ragione – in materia penale. Con un effetto diretto “rovesciato” dunque, di cui beneficia lo Stato: ciò perché, con la disapplicazione della normativa nazionale contrastante, alla situazione peggiore in cui finisce per trovarsi l'imputato (qualunque sia la conseguenza che, come visto, si faccia derivare dalla menzionata disapplicazione) fa da contraltare un indubbio vantaggio per lo Stato, che evita di violare, *rectius* rimedia alla violazione dell'art. 325 TFUE ed evita di incorrere in una procedura di infrazione³⁸. Non è un caso, allora, che per costruire il proprio ragionamento in modo da giungere alla conclusione delineata, la Corte di giustizia espunga dai parametri interpretativi di diritto dell'Unione la direttiva 2006/112 relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto³⁹ (pur richiamata all'inizio del proprio *iter* argomentativo), concentrando la verifica della sostanziale antinomia della normativa nazionale controversa con la sola norma pattizia, e per tale via riuscendo pienamente a soddisfare il più volte menzionato obiettivo della tutela degli interessi finanziari dell'Unione.

Se non errata, la sentenza in esame potrebbe considerarsi (più semplicemente) innovativa, occorrendo pertanto restare in attesa di verificare se essa rimarrà (come si auspica: v. *amplius*, §§ 6 e 7) un *unicum* nel panorama giurisprudenziale dell'Unione o se, al contrario, con nuove pronunce la Corte di giustizia consoliderà l'impostazione ivi “inaugurata”.

In attesa di poter effettuare siffatta verifica, non vi è alcun dubbio – come anticipato – che la sentenza oggetto di analisi sia oltremodo sbrigativa e superficiale nella motivazione⁴⁰.

Il carattere eccessivamente *tranchant* del ragionamento si riscontra innanzitutto, e come appena visto, nei passaggi dell'*iter* logico-argomentativo in cui la Corte giunge ad affermare il sostanziale effetto diretto dell'art. 325 TFUE,

36 Cfr., per tutte, Corte giust., 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*; 7 marzo 1996, causa C-192/94, *El Corte Inglés SA*.

37 Cfr. Corte giust., 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne*. Per l'effetto diretto orizzontale di principi generali di diritto dell'Unione, che hanno rango primario al pari delle norme pattizie, cfr. quindi Corte giust., 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, e, da ultimo, 19 aprile 2016, causa C-441/14, *Dansk Industri*.

38 Taluni (cfr., ad esempio, R. Bin, al citato convegno ferrarese) hanno sostenuto che un procedimento di infrazione sarebbe stato preferibile rispetto ad un rinvio pregiudiziale, perché in tal modo non si sarebbero avute conseguenze negative sulla posizione giuridica dell'imputato. Tale impostazione non pare condivisibile dal momento che, anche a fronte di un accertamento dell'incompatibilità della normativa nazionale con l'art. 325 TFUE per il tramite di una procedura di inadempimento, i giudici nazionali avrebbero comunque dovuto conformarsi alla pronuncia della Corte di giustizia (ai sensi dell'art. 260, par. 1, TFUE) e dunque, di fatto, rilevata la sussistenza del contrasto in quanto soddisfatte le condizioni indicate dal giudice del Kirchberg, disapplicare la normativa nazionale controversa, con conseguenze pregiudizievoli per l'imputato.

39 Si tratta della direttiva del Consiglio, del 28 novembre 2006, in *GUUE*, L 347 dell'11 dicembre 2006, p. 1 ss.

40 In tal senso cfr., per tutti, M. BASSINI, *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, cit.

senza procedere ad alcuna valutazione concreta della reale portata delle conseguenze della sua affermazione, che risulta perciò quasi apodittica. Come già detto, infatti, ponendoci nella prospettiva costituzionale nazionale, l'affermazione della Corte e la disapplicazione della normativa nazionale che può discenderne implica una violazione del principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, che comunque si concretizza qualsiasi sia la conseguenza che il giudice fa derivare dalla suddetta disapplicazione, finendo ad ogni modo l'imputato per ritrovarsi in una situazione giuridica differente da quella in cui si trovava nel momento della commissione del reato, con lesione dunque del principio di certezza del diritto e di prevedibilità del trattamento sanzionatorio applicabile all'illecito da esso posto in essere.

Non poche perplessità – sempre sul piano del rispetto della certezza del diritto e della prevedibilità della sanzione applicabile ad una certa fattispecie criminosa (ovvero del principio di legalità nella declinazione del *nullum crimen, nulla poena sine lege*), oltre che del principio di uguaglianza – derivano quindi dalle condizioni che la Corte di giustizia enuclea per accertare la violazione del diritto dell'Unione, specie del par. 1 dell'art. 325 TFUE (gravità dell'illecito e suo verificarsi in un numero considerevole di casi). Senza dilungarsi eccessivamente su tale aspetto, già ampiamente analizzato dalla dottrina⁴¹, ci si limita ad evidenziare come la Corte di giustizia non dia alcuna indicazione sulla soglia di "gravità" della frode, superata la quale potrà considerarsi soddisfatta la prima delle due condizioni in parola, non specifichi se siffatta gravità – insieme con il numero considerevole delle violazioni – debba riscontrarsi solo nel caso (singolo) oggetto di valutazione da parte del giudice (*a quo* e, volta a volta, competente in casi identici) o nei casi sottoposti al vaglio di uno stesso giudice o, ancora, se debba farsi riferimento alla "diffusione" dell'illecito nell'ordinamento nazionale complessivamente inteso. Quindi, specie se si accoglie quest'ultima impostazione, per cui il numero considerevole di violazioni deve sussistere nell'intero ordinamento (la Corte di giustizia sembra importare nel sistema processuale dell'Unione la categoria della violazione "strutturale", "sistemica", tipica della giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁴²), non si danno indicazioni all'autorità giudiziaria in merito agli strumenti di cui potrebbe utilmente avvalersi per attestare il carattere sufficientemente diffuso della violazione, tale da comportare la disapplicazione della normativa nazionale controversa. Ancora, e tralasciando il fatto che una valutazione della violazione strutturale richiede tempo e rischia di allungare la durata del processo (con esiti paradossali in relazione all'istituto della prescrizione al vaglio della Corte di giustizia nel caso in esame, dal momento che una delle sue *rationes* pare proprio la durata ragionevole dei processi), per nulla condivisibile è il fatto che la punibilità in concreto di un certo imputato potrebbe addirittura dipendere, secondo il ragionamento "carente" del giudice del Kirchberg, da un giudizio

41 Cfr., in particolare, l'intervento del prof. S. Manacorda al menzionato convegno di Ferrara, nonché, in questo volume, il contributo di C. SOTIS.

42 Anche in questo caso, tuttavia, la categoria viene applicata in termini "rovesciati" rispetto a quelli tradizionalmente impiegati dalla Corte EDU, in quanto la violazione sistematica non è direttamente imputabile allo Stato membro bensì ai singoli; e la commissione del reato rilevante nella specie in un numero considerevole di casi implica una sostanziale violazione – qui sì anche da parte dello Stato che non è in grado di assicurare una reazione punitiva efficace e dissuasiva, ma che però "si rivale sul singolo" – dell'art. 325 TFUE.

prognostico, rimesso al giudice volta a volta competente, circa il fatto che possa considerarsi sistematica la frode carosello; o, peggio, dalla circostanza che la stessa tipologia di reato sia commessa – in un determinato (ma non specificato dalla Corte) lasso temporale (la cui delimitazione è dunque anche essa rimessa al giudice nazionale) – da un numero considerevole di soggetti. Appare, infatti, illogico che la punibilità o meno dell'imputato dipenda dalla ripetitività generalizzata del comportamento che esso ha posto in essere, per cui se in un certo lasso temporale sono stati commessi numerosi reati uguali a quello ad esso contestato, il regime dell'allungamento dei termini prescrizionali "salta" con conseguenze negative per la sua posizione giuridica; al contrario, esso potrà beneficiare appieno del vecchio regime prescrizionale e, quindi, del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* come interpretato dal nostro giudice delle leggi, se il reato di cui si è reso artefice è commesso, in quello stesso lasso temporale, in un numero ridotto di casi⁴³.

Infine, eccessivamente sbrigativo risulta il ragionamento della Corte di giustizia anche là dove essa valuta se la propria impostazione, *rectius* l'eventuale disapplicazione della normativa nazionale ritenuta contrastante con il diritto dell'Unione, impatta negativamente sulla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e risolve autonomamente (ovvero senza di fatto lasciare margine di discrezionalità al giudice italiano) il dubbio nel senso di considerare non violato il principio di legalità (*sub specie*, prevedibilità della sanzione), come sancito (oggi anche) dall'art. 49 Carta⁴⁴. Così ragionando, la Corte di giustizia pare allinearsi in modo acritico all'impostazione seguita dalla Corte EDU, richiamando la sentenza *Coëme e a. c. Belgio*⁴⁵ che, però, in primo luogo, si riferiva ad ordinamento (quello belga) in cui l'istituto della prescrizione ha natura processuale (e non sostanziale, come accade nell'ordinamento italiano) e che, in secondo luogo, riconosce la legittimità di una normativa nazionale che dispone l'allungamento del termine di prescrizione in corso di causa, mentre nel caso al vaglio dei giudici dell'Unione la disapplicazione potrebbe anche comportare – come visto – una sostanziale imprescrittibilità del reato e non soltanto il menzionato prolungamento del termine (per il diverso approccio che la Corte di giustizia avrebbe potuto far proprio v. *infra*, § 6).

5. Sentenza preoccupante?

43 Per più ampie considerazioni in proposito cfr., in particolare, V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, cit., p. 9 s. e p. 23, dove si evidenzia come, così procedendo, il singolo viene «concretamente punito ove esigenze di prevenzione generale lo richiedano, e dunque [è] strumentalizzato per fini di politica criminale». *Contra*, e nel senso che le condizioni poste dalla Corte di giustizia per rilevare la contrarietà della normativa nazionale con l'art. 325, par. 1, TFUE non pongono ostacoli insuperabili, cfr. F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit., p. 32 s.

44 Cfr. pt. 53-57 della sentenza in esame. Se si ritenesse che la disapplicazione viola i diritti fondamentali dell'individuo, essa non potrebbe concretizzarsi.

45 Cfr. sentenza 22 giugno 2000, ricorsi nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96. In particolare rileva come la Corte di giustizia paia recepire in maniera «passiva [...]» l'approccio adottato a Strasburgo sul tema del rapporto tra modifiche alle norme sulla prescrizione e principio di legalità» M. BASSINI, *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, cit., p. 100.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, si può tentare di rispondere al quesito (posto all'inizio del § precedente) circa la preoccupazione che (può) desta(re) la sentenza, di cui – lo si chiarisce subito – si ritiene tuttavia opportuno circoscrivere la portata che, ai più, è apparsa dirompente, per limitarne gli effetti e le ricadute (negative) sul nostro sistema processuale nazionale nonché sul piano dei rapporti inter-ordinamentali.

Anche senza addentrarsi, come già anticipato, nel problema correlato alla natura del regime della prescrizione, sostanziale o processuale, e alla configurabilità o meno quindi, ex art. 25, co. 2, Cost., di un principio che, caratterizzando la struttura essenziale del nostro ordinamento costituzionale⁴⁶, potrebbe portare all'applicazione di un controlimito, certamente, come visto, la sentenza lascia un ampio (eccessivo) margine di discrezionalità ai giudici nazionali nella valutazione della sussistenza delle condizioni in presenza delle quali rilevare l'antinomia tra normativa nazionale e art. 325, par. 1 o 2, TFUE e procedere pertanto alla disapplicazione della prima: discrezionalità che rischia di dar vita ad una geometria variabile quanto alle soluzioni giurisprudenziali adottate e, di conseguenza, alla posizione giuridica riconosciuta ai singoli imputati, con violazione dei principi di certezza del diritto, prevedibilità ed uguaglianza.

Altrettanto indubbiamente, comunque, riscontrare la sussistenza delle richiamate condizioni non è così immediato e scontato e non è escluso che i giudici nazionali, nel dare seguito alla pronuncia della Corte, decidano di far uso della discrezionalità loro riconosciuta in modo da limitare al minimo la possibile disapplicazione e, quindi, le conseguenze negative per l'imputato che da essa, come visto, possono derivare⁴⁷.

Qualche maggior preoccupazione potrebbe destarla il fatto che le autorità giudiziarie nazionali decidessero di estendere la portata della pronuncia anche a fattispecie diverse da quella oggetto di esame nel caso *Taricco*, ma pur sempre più o meno direttamente lesive (in considerazione del regime di allungamento dei termini di prescrizione ad esse relativo) degli interessi finanziari dell'Unione e, quindi, riconducibili nell'alveo dell'art. 325 TFUE⁴⁸. Si pensi, ad esempio, alle ipotesi di omesso versamento IVA ex art. 10-ter del d. lgs. n. 74/2000 o di omessa dichiarazione ex art. 5 dello stesso decreto o degli altri reati oggetto della proposta di direttiva PIF⁴⁹, in particolare il riciclaggio di proventi fraudolenti IVA e la corruzione di funzionario correlata ad illecito IVA; o, ancora, più in generale, alle ipotesi di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (si pensi ai fondi agricoli e regionali o agli aiuti allo

46 Nella sua ordinanza di rimessione la Corte di appello di Milano ha configurato il regime della prescrizione quale "principio fondamentale di ordine costituzionale".

47 Nel senso che, data la vaghezza delle condizioni da verificare per poter procedere alla disapplicazione, la sentenza *Taricco* potrebbe essere sostanzialmente inoperativa cfr., ad esempio, E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale (Riflessioni sulla sentenza Taricco)*, cit., p. 6. *Contra*, cfr. M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., p. 12.

48 La stessa Cassazione, nella citata sentenza 15 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, ha delineato la possibilità di espansione applicativa della pronuncia *Taricco*, affermando che l'obbligo di disapplicazione che discende da tale decisione potrebbe «teoricamente [...] estendersi a qualsiasi reato tributario che comporti, nel caso concreto, l'evasione in misura grave di tributi IVA» (p. 12).

49 In tema v. comunque, con riguardo all'IVA, le considerazioni di cui *supra* alla nota 16.

sviluppo dell'Unione)⁵⁰. Tuttavia, una siffatta estensione, rispetto a fattispecie differenti da quella sottoposta al vaglio della Corte di giustizia nel caso *Taricco*, si ritiene da escludere in assenza di nuove pronunce specifiche del giudice di Lussemburgo: il potenziale espansivo della decisione in esame pare quindi pressoché nullo in assenza di nuovi rinvii pregiudiziali⁵¹. Ciò non esclude, ovviamente, che la Corte di giustizia, interrogata su differenti profili di incompatibilità della normativa nazionale con l'art. 325 TFUE, si possa allineare al proprio precedente⁵², ma un siffatto comportamento è tutt'altro che auspicabile, come meglio si dirà nel prosieguo (*infra*, §§ 6 e 7).

Analogamente, e a maggior ragione, non risulta possibile un'estensione del *dictum* di cui alla causa *Taricco* alle fattispecie criminose di cui all'art. 83, par. 1, ma anche par. 2, TFUE: e, a dire il vero, il ragionamento svolto dalla Corte in tale vicenda non sembra trasponibile neppure ad opera degli stessi giudici del Kirchberg ai reati contemplati dall'art. 83, par. 1, o punibili ex art. 83, par. 2, TFUE. Se già si contesta, come visto (*supra*, § 4) la correttezza dell'impostazione seguita nella *Taricco* volta a riconoscere sostanziale effetto diretto all'art. 325 TFUE, questa soluzione non è assolutamente proponibile rispetto alle previsioni di cui all'art. 83 né, tanto meno rispetto alle direttive adottate in attuazione delle stesse – se non a voler immaginare un drastico *revirement* della Corte di giustizia (che, come ricordato, da sempre esclude l'effetto diretto verticale rovesciato di tale fonte di diritto derivato)⁵³.

6. Un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per una possibile differente soluzione ermeneutica.

Per ridurre (se non eliminare del tutto) le preoccupazioni che comunque, a ragione, desta la sentenza *Taricco*, la soluzione probabilmente migliore sarebbe quella di esperire un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, per ottenere chiarimenti, in particolare, in ordine alla concreta portata dell'art. 325 TFUE e alle condizioni la cui sussistenza implica la necessaria disapplicazione della normativa nazionale controversa⁵⁴, e con l'obiettivo, dunque, di limitare gli

50 Secondo certa dottrina (cfr., ad esempio, F. Viganò, al menzionato convegno di Ferrara del 7-8 aprile 2016) la giurisprudenza *Taricco* potrebbe addirittura estendersi ai reati societari e ambientali (nello stesso senso, rispetto a quest'ultima categoria di reati, l'A. si era espresso già nel commento *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, cit., p. 15).

51 Più incline ad immaginare un'estensione applicativa della pronuncia cfr. invece, ad esempio, V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, cit., p. 8.

52 Per un nuovo rinvio pregiudiziale sull'interpretazione, tra l'altro, dell'art. 325 TFUE cfr. ordinanza del G.i.p. di Varese, del 30 ottobre 2015, n. 588, giud. Sala, *online su Diritto penale contemporaneo*, 15 aprile 2016, su cui cfr. L. ZOLI, *La disciplina dei reati tributari al vaglio della Corte di Giustizia UE*.

53 Si noti che le menzionate direttive potrebbero introdurre regole minime anche in tema di regime di prescrizione, cui gli Stati membri sarebbero vincolati in sede di recepimento. In questi casi non si assisterebbe tuttavia, come si (rischia di) assiste(re) in base alla sentenza *Taricco*, ad una violazione del principio di legalità, né nella sua declinazione di riserva di legge (la competenza in tale ambito essendo legittimamente esercitata dal legislatore dell'Unione prima e poi da quello nazionale, in sede di trasposizione), né nella declinazione del principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, essendo relativamente scontato che le nuove regole "armonizzate" troverebbero applicazione per i reati commessi dopo la loro entrata in vigore nell'ordinamento nazionale (ovvero scaduto il termine di trasposizione e correttamente recepite le direttive sul piano interno).

effetti pregiudizievoli della decisione dei giudici del Kirchberg sulla posizione giuridica dei singoli.

Un nuovo rinvio pregiudiziale sarebbe, tra l'altro, l'occasione per tali giudici non soltanto per meglio specificare i *dicta* della propria precedente pronuncia, ma anche per muoversi in una direzione che la Corte di giustizia avrebbe in realtà potuto già imboccare nel caso *Taricco* (e meglio sarebbe stato se lo avesse fatto, evitando l'insorgere – seppur al momento ancora solo potenziale – di conflitti inter-ordinamentali), ovvero quella della *limitazione nel tempo degli effetti della sua pronuncia*⁵⁵.

Per far ciò, occorrerebbe, a dire il vero, un ripensamento (o comunque un'integrazione) almeno parziale della giurisprudenza "comunitaria" sul tema. Infatti, di regola, nei rinvii pregiudiziali interpretativi la menzionata limitazione è ammessa⁵⁶ al verificarsi di condizioni stringenti che la Corte ha individuato (i) nella obiettiva e rilevante incertezza della norma dell'Unione oggetto di interpretazione e (ii) nelle gravi ripercussioni finanziarie della pronuncia della Corte sul bilancio nazionale, per l'elevato numero di rapporti sorti in buona fede in base alla normativa pregressa ritenuta sostanzialmente incompatibile con il diritto dell'Unione⁵⁷. Nel caso *Taricco*, si potrebbe considerare soddisfatta soltanto la prima delle due condizioni (non essendo affatto scontato che la Corte di giustizia potesse far discendere dall'art. 325 TFUE le conseguenze che effettivamente vi ha desunto); mentre è evidente che la menzionata limitazione pregiudicherebbe almeno in parte (rispetto ai procedimenti già avviati e ai reati commessi prima della pronuncia) la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, che invece la Corte di giustizia ha inteso, ad ogni costo, preservare. Vero è altresì, tuttavia, che proprio per "frenare" il possibile ricorso ai controlimiti (*sub specie*, la tutela del diritto di agire in giudizio di cui all'art. 24 Cost., secondo

54 Non è possibile una richiesta di interpretazione della pronuncia pregiudiziale (siffatto strumento di tutela giurisdizionale operando solo per le sentenze emesse all'esito di un ricorso diretto, ex art. 158 del regolamento di procedura della Corte di giustizia), ma è senza dubbio ammissibile l'esperimento di nuovo rinvio pregiudiziale, secondo quanto disposto dall'art. 104 del citato regolamento di procedura.

55 Secondo giurisprudenza consolidata, l'interpretazione di una norma di diritto dell'Unione data nell'esercizio della competenza pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE opera, infatti, *ex tunc*, poiché «chiarezza e precisa, quando ve ne sia bisogno, il significato e la portata della norma, quale deve, o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa»: cfr., per tutte, Corte giust., 27 marzo 1980, causa 61/79, *Denkavit italiana Srl*, punto 16; 10 febbraio 2000, causa C-50/96, *Deutsche Telekom AG*, punto 43; 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz*, punto 21.

56 Applicando estensivamente la giurisprudenza che ammette la limitazione nel tempo delle pronunce pregiudiziali di (in)validità, che a sua volta applica analogicamente a tale tipologia di giudizio la regola che l'art. 264 TFUE fissa (in realtà) soltanto per le sentenze di annullamento ex art. 263 TFUE.

57 Cfr., per tutte, Corte giust., 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, punto 53; 19 ottobre 1995, causa C-137/94, *The Queen c. Secretary of State for Health, ex parte Richardson*, punto 37. Si ricorda che, quand'anche si procedesse alla menzionata limitazione, essa non potrebbe che operare dalla data della nuova pronuncia pregiudiziale, vietando una consolidata giurisprudenza "comunitaria" che con un nuovo rinvio interpretativo si possano limitare nel tempo gli effetti di una precedente pronuncia pregiudiziale (cfr., per tutte, Corte giust., 17 maggio 1990, causa 262/88, *Barber*, punto 41; 2 febbraio 1988, causa 24/86, *Blaizot*, punto 28. Per la prospettazione di una possibile diversa soluzione cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Tizzano nella causa C-292/04, *Meilicke e a.*, punti 43 ss.). Vero che ciò determinerebbe una disparità di trattamento tra gli imputati il cui regime di prescrizione è caduto sotto la scure della *Taricco* e quelli che potrebbero beneficiare del principio di non retroattività della norma penale sfavorevole in virtù della limitazione degli effetti della sentenza nel tempo, ma si eviterebbero comunque almeno le violazioni di tutti gli altri principi "messi in crisi", come visto, dalla pronuncia in esame.

quanto rilevato nel caso *Fragd*⁵⁸) il giudice di Lussemburgo ha ammesso la limitazione degli effetti nel tempo delle sentenze pregiudiziali di (in)validità escludendo dalla relativa efficacia le controversie che vi avevano dato luogo, per tutelare i diritti quesiti dei soggetti coinvolti nei giudizi *a quibus*, la cui posizione sarebbe stata altrimenti indebitamente pregiudicata. Non è quindi da scartare l'idea che – anche in questo caso per tutelare la posizione dei soggetti coinvolti nei giudizi penali già avviati, ed evitare che si applichi il controlimito – la Corte di giustizia decida di integrare o comunque rimodellare la propria giurisprudenza sulle condizioni che legittimano una limitazione nel tempo degli effetti delle sentenze pregiudiziali interpretative⁵⁹.

Tale limitazione sarebbe idonea a realizzare, come subito si dirà, un diverso bilanciamento degli interessi in gioco nel caso all'esame della Corte e a salvaguardare, insieme con gli interessi finanziari dell'Unione, comunque anche i diritti dell'imputato; in uno con il principio di certezza del diritto che – pur pacificamente riconosciuto quale principio generale di diritto dell'Unione⁶⁰ – non assume rilevanza alcuna nel ragionamento della Corte. Tutto ciò, come si vedrà, senza violare la giurisprudenza di Strasburgo e assicurando un dialogo proficuo con la Corte costituzionale italiana, tenendo in considerazione le specificità del nostro ordinamento costituzionale, ovvero il fatto che per la Consulta il regime della prescrizione ha natura sostanziale e non processuale, come invece è stato statuito dal giudice di Lussemburgo⁶¹.

58 Cfr. Corte cost., sentenza n. 232/1989, dove la Consulta, pur senza invocare il controlimito, lascia trasparire non poche perplessità sulla compatibilità, con il diritto di agire e resistere in giudizio di cui all'art. 24 Cost., di sentenze pregiudiziali di invalidità *ex art.* (allora) 177 TCEE che, producendo effetti *ex nunc* anziché *ex tunc*, non assicurassero protezione giurisdizionale ai soggetti in causa nei procedimenti *a quibus* o che avessero instaurato un giudizio prima della pronuncia del giudice di Lussemburgo.

59 Si noti che, di regola, anche le limitazioni all'effetto retroattivo delle sentenze pregiudiziali di interpretazione (rispetto a fattispecie di natura civile o amministrativa) – come di quelle di invalidità – non si applicano ai soggetti che, al momento della pronuncia della Corte, siano coinvolti nel procedimento *a quo* o abbiano già esperito un'azione giurisdizionale: ciò perché, diversamente procedendo, si violerebbe il «principio di tutela giurisdizionale effettiva [pregiudicando chi], a ragion veduta, [abbia] agito tempestivamente a salvaguardia dei propri diritti» e perché «se la limitazione degli effetti retroattivi della sentenza valesse anche per i giudizi pendenti, tale sentenza non produrrebbe effetti neanche nella causa *a quo*» (cfr. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 232). Specularmente (rispetto a giudizi che abbiano natura penale come quelli rilevanti nella specie) la limitazione degli effetti nel tempo della pronuncia della Corte deve essere tale da rendere operativa la “nuova” opzione interpretativa solo *pro futuro*, altrimenti realizzandosi un'irretroattività *in malam partem*, i soggetti coinvolti nei giudizi penali già avviati non vedendo tutelata adeguatamente la loro posizione giuridica.

60 Tra le prime pronunce sulla certezza del diritto quale principio generale di diritto (allora) comunitario cfr. Corte giust., 13 luglio 1965, *Lemmerz Werke c. Alta Autorità*; 14 luglio 1972, causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd c. Commissione*; poi confermata (anche con riferimento alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri) da, *inter alia*, 16 febbraio 1982, causa 258/80, *Rumi c. Commissione*; 22 febbraio 1984, causa 70/83, *Kloppenburg*; 21 settembre 1983, cause riunite da 205/82 a 215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH*. Più di recente, cfr., ad esempio, Trib. primo grado, 22 gennaio 1997, causa T-115/94, *Opel Austria c. Consiglio*; Corte giust., 18 novembre 2008, causa C-158/07, *Förster*; 10 settembre 2009, causa C-201/08, *Plantanol*.

61 Benché, come già rilevato in altra sede (sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, cit.), non possa non mettersi in luce l'incoerenza e la contraddizione in cui incorre la Corte di giustizia nel proprio ragionamento, dal momento che, pur formalmente sostenendo che il regime della prescrizione non impatta, non ha rilevanza sul trattamento sanzionatorio (come sostiene, invece, la nostra Corte costituzionale), di fatto essa lo considera tale, perché soltanto mediante la disapplicazione della disciplina sull'allungamento massimo dei termini di prescrizione si assicura la possibile applicazione di una sanzione (penale) efficace e dissuasiva laddove sia riscontrata la colpevolezza degli imputati. Per inciso, e pur con la consapevolezza che si tratta di contesto completamente differente, pare opportuno comunque ricordare che il giudice del Kirchberg riconosce valenza sostanziale al regime di prescrizione nel campo dell'azione di responsabilità extracontrattuale dell'Unione (*ex artt.* 268 e 340 TFUE): nel senso che il termine di prescrizione

Del resto, e seppur solo per inciso, non può ricordarsi un precedente in cui, proprio con riguardo al regime della prescrizione, la Corte di giustizia ha dato rilevanza alla natura di tale istituto quale riconosciuto nell'ordinamento "di origine". Si tratta del caso *Gasparini e a.*⁶², dove i giudici del Kirchberg hanno tenuto conto delle specificità della disciplina portoghese che veniva in rilievo nel caso sottoposto alla loro attenzione e che attribuiva natura sostanziale al regime della prescrizione, per riconoscere l'efficacia preclusiva di giudicato ad una sentenza di "assoluzione definitiva per prescrizione"⁶³. Così facendo la Corte di giustizia ha ammesso l'operatività, anche rispetto a tale pronuncia, del principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 54 della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (CAAS), assicurando una tutela ampia alla posizione del "destinatario" della sentenza, che ha infatti in tal modo evitato di essere nuovamente sottoposto a procedimento penale (in altro Stato membro) per gli stessi fatti già dichiarati prescritti dal giudice portoghese. Rischio in cui sarebbe però presumibilmente incorso se l'ordinamento di origine della pronuncia avesse riconosciuto alla prescrizione natura processuale (anziché sostanziale), il *ne bis in idem* di cui al menzionato art. 54 CAAS potendo operare soltanto rispetto a sentenze che siano (oltre che definitive e, se di condanna, esecutive) di merito, ovvero che abbiano valutato nella sostanza la colpevolezza o meno dell'imputato. Ciò a meno che, a fronte di tale differente situazione giuridica, la Corte di giustizia, per assicurare comunque la tutela dell'imputato, avesse deciso di procedere ad un esame comparato delle legislazioni dei diversi Stati membri con lo scopo di attestare – se ed in quanto riconosciuta come tradizione costituzionale comune ad essi – l'esistenza di un principio generale di diritto dell'Unione per cui la prescrizione deve essere considerata istituto di parte sostanziale, con la conseguenza che anche la sentenza controversa, benché di rito nell'ordinamento di origine, avrebbe potuto considerarsi coperta dal *ne bis in idem* in virtù, appunto, di un principio generale.

Meno complicata nelle conclusioni, ma analoga nell'impostazione avrebbe potuto essere la verifica della Corte di giustizia nel caso *Taricco*; verifica che, come si diceva e si auspica, essa potrebbe effettuare nel nuovo rinvio pregiudiziale che le fosse sottoposto sul tema.

Qualora da una siffatta analisi comparata delle legislazioni degli Stati membri si riscontrasse che la pluralità di esse (o comunque anche solo alcune⁶⁴) configurano il regime di prescrizione come istituto di parte sostanziale

quinquennale fissato dall'art. 46 dello Statuto della Corte di giustizia non riguarda in sé la presentazione del ricorso, ma «si riferisce al diritto sostanziale» al risarcimento del danno di cui è titolare la persona lesa, per cui, decorso siffatto lasso temporale, l'azione diretta a far valere tale diritto si estingue, cfr., per tutte, Corte giust., 8 novembre 2012, causa C-469/11 P, *Evropaiki Dynamiki c. Commissione*, punti 52, 55 e 66.

62 Cfr. Corte giust., 28 settembre 2006, causa C-467/04.

63 Cfr. in particolare i punti 22 e 23.

64 È risaputo che la Corte di giustizia, nell'accertamento dei diritti fondamentali dell'individuo quali principi generali di diritto dell'Unione, svolge un'attività assai spesso creativa e molto poco comparativa: in tal senso cfr. già F. CAPOTORI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1983, p. 409 ss., e, più di recente, O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovvero l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in *Consulta online*, 20 aprile 2015, anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Tra i casi più noti in cui la Corte di giustizia ha dichiarato l'esistenza di un principio generale desumendolo dalle tradizioni costituzionali comuni, anche se il rilevante diritto o principio era conosciuto solo dalla normativa di un numero ridotto di Stati membri cfr. le sentenze 3 maggio 2005,

(soggetto dunque al principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*), la Corte di giustizia, infatti, potrebbe elevarlo a principio generale di diritto, integrando così di fatto il controlimito (almeno secondo l'impostazione del nostro ordinamento) nel sistema dell'Unione ed utilizzandolo, quindi, come fattore di integrazione e non di sfaldamento dell'ordinamento sovranazionale (nei suoi rapporti con quelli degli Stati membri)⁶⁵. A seguito di tale operazione, si potrebbe giungere ad un diverso bilanciamento dei due valori in gioco – finanze dell'Unione e diritti dell'imputato – entrambi ormai propri dell'ordinamento dell'Unione.

Il ragionamento della Corte di giustizia, dunque, avrebbe potuto o potrebbe delinearli secondo i seguenti passaggi.

Fermo restando l'accertamento della violazione dell'art. 325, parr. 1 o 2, TFUE alle condizioni enucleate nella pronuncia *Taricco* (e la cui sussistenza spetta al giudice nazionale riscontrare), la Corte avrebbe potuto o potrebbe evitare di appiattirsi acriticamente sulla giurisprudenza della Corte EDU, anche in considerazione del fatto che, come ricordato, la fattispecie di cui alla sentenza *Taricco* e quella esaminata nella sentenza *Coëme* non sono perfettamente sovrapponibili. Ciò, ad ogni modo, senza violare tale giurisprudenza, dal momento che la clausola di omogeneità di cui all'art. 52, par. 3, Carta, impone sì di interpretare le norme della Carta (in questo caso l'art. 49) in linea con il contenuto e la portata della corrispondente norma CEDU (l'art. 7), ma non esclude, anzi legittima un innalzamento del livello di tutela garantito in tale sistema⁶⁶. Nulla, pertanto, avrebbe impedito o impedirebbe alla Corte di giustizia di interpretare l'art. 49 Carta come idoneo a "coprire" anche l'istituto della prescrizione, ovvero a dare al principio ivi sancito una lettura più ampia di quella assicurata dalla Corte EDU, in considerazione della portata più estesa che esso ha negli ordinamenti di alcuni Stati membri (ad esempio, come visto, Italia e Portogallo)⁶⁷. In tal modo, il giudice del Kirkberg avrebbe

cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, cit.; 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*; 14 settembre 2010, C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals*. Più risalenti, ma sempre con una ricostruzione sommaria del principio generale, la cui esistenza comune negli Stati membri era stata negata dagli avvocati generali, cfr., ad esempio, le sentenze 23 ottobre 1974, causa 17/74, *Transocean Marine Paint Association*, e 17 novembre 1976, causa 110/75, *Mills*.

65 Su tale funzione dei controlimiti cfr. C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015, p. 176; G. TESAURO, *Costa/Enel: qualche riflessione col senno di oggi*, e M. CONDINANZI, *I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, 2015, rispettivamente, p. 55 ss., spec. p. 65, e p. 119 ss., spec. p. 123. Per la prospettazione di una "funzione positiva" dei controlimiti, finalizzata ad un "confronto dialettico" tra Corte di giustizia e corti costituzionali nazionali per l'individuazione del grado più elevato di tutela dei diritti fondamentali cfr. già A. TIZZANO, *La protection des droits fondamentaux en Europe: la Cour de justice et les juridictions constitutionnelles nationales*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2006, p. 9 ss., spec. p. 17.

66 Per un esempio di innalzamento del livello di protezione cfr. la sentenza 22 dicembre 2010, causa C-279/09, *DEB*, dove il diritto al gratuito patrocinio, quale espressione del diritto al giusto processo ex art. 47 Carta, pare riconosciuto anche in capo alle persone giuridiche, oltre quanto assicurato in linea di principio dalla Corte di Strasburgo ex art. 6 CEDU.

67 E, del resto, lo stesso art. 53 CEDU consente alle Parti contraenti di innalzare il livello di tutela garantito dalla convenzione (sancendo che «[n]essuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi»), per cui la lettura data dalla Corte EDU all'art. 7 CEDU non impedisce ai nostri giudici costituzionali di dare una lettura più garantista del principio di legalità di cui all'art. 25, co. 2, Cost. (risultando peraltro paradossale che uno strumento di tutela dei

potuto o potrebbe ampliare la tutela assicurata all'imputato, statuendo nel senso che la disapplicazione della normativa nazionale controversa operi (non anche per i reati già commessi alla data della sua pronuncia e rispetto ai quali la prescrizione deve ancora maturare, bensì) soltanto rispetto alle fattispecie criminose poste in essere dopo la sua pronuncia (così, per l'appunto, limitandone gli effetti nel tempo): in questo modo, infatti, senza pregiudicare (se non in minima parte) la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, si eviterebbe la retroattività della norma penale sfavorevole, garantendo la prevedibilità del trattamento sanzionatorio applicabile alle fattispecie rilevanti al momento della loro commissione (e, al contempo, il rispetto del principio della certezza del diritto).

Una siffatta soluzione di compromesso sarebbe stata evidentemente più rispettosa di quello che è stato definito un "principio di ordine costituzionale" dai giudici nazionali che sono ricorsi alla Consulta invocando l'applicazione dei controllimiti.

Tale principio, forse, avrebbe potuto o potrebbe essere garantito dalla Corte di giustizia anche per altra via, ovvero attribuendo rilevanza autonoma all'interpretazione che dell'art. 25, co. 2, dà il nostro giudice costituzionale, riconoscendolo quale espressione della "*identità costituzionale*" di uno Stato membro (l'Italia) di cui essa può, *rectius* deve tenere conto ex art. 4, par. 2, TUE⁶⁸. Questo differente approccio, tuttavia – escludendo qualsiasi forma di bilanciamento tra interessi tutelati dall'Unione, e dando di fatto prevalenza all'identità costituzionale nazionale – avrebbe impedito o impedirebbe al giudice di Lussemburgo di assicurare, seppur anche solo per il futuro (come accade sulla base dell'impostazione poc'anzi riprodotta), la tutela delle finanze dell'Unione: ciò perché – a detta della stessa Corte di giustizia – la disapplicazione della normativa nazionale controversa può avvenire solo laddove non si violino i diritti dell'imputato⁶⁹ e tale violazione si verificherebbe qualora si abbracciasse l'impostazione del nostro giudice delle leggi (essa impedendo la disapplicazione). E non è un caso, dunque, che la Corte di giustizia non abbia neppure preso in esame l'invocabilità dell'art. 4, par. 2, TUE, avendo quale obiettivo prioritario (se non unico, come visto) la tutela degli interessi finanziari dell'Unione⁷⁰.

diritti fondamentali dell'individuo imponesse una limitazione della protezione ad essi offerta dalle Costituzioni nazionali).

68 Su tale previsione pattizia cfr., per tutti, A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity Under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1417 ss.; G. DI FEDERICO, *Identifying National Identities in the Case Law of the Court of Justice of the European Union*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2014, p. 769 ss.

69 Cfr. punti 53-57 della sentenza *Taricco*.

70 Anche l'ulteriore soluzione per cui la verifica ultima della violazione dell'art. 49 Carta fosse realmente rimessa al giudice nazionale non sembra prospettabile, dal momento che la Corte di giustizia è consapevole che il giudice nazionale – alla luce della giurisprudenza della Consulta – riterrebbe più probabilmente violata la tutela degli imputati laddove si procedesse alla disapplicazione, che dunque verrebbe esclusa (con pregiudizio della tutela delle finanze dell'Unione). Non a caso, dunque, anche questa "delega" di valutazione al giudice nazionale è di fatto imposita dalla Corte di giustizia, che, come visto, pur formalmente rimettendo la verifica della violazione dei diritti fondamentali dell'imputato al giudice nazionale (cfr. punti 53 e 55 della sentenza *Taricco*), di fatto statuisce seccamente nel senso che la menzionata violazione non è riscontrabile in base alla giurisprudenza della Corte EDU.

7. Brevi riflessioni conclusive.

Si è già avuto modo di evidenziare che, se la Corte di giustizia avesse seguito il diverso ragionamento sopra descritto, si sarebbe probabilmente evitato il ricorso alla Consulta con la richiesta di applicare i controlimiti. E che tale differente approccio avrebbe assicurato un effettivo e proficuo dialogo (seppur a distanza) tra Corti, costituzionale e di giustizia, ed una evoluzione più “pacifica” del processo di integrazione, di cui c’è particolare bisogno in questo momento di crisi dell’Unione, non solo sul piano politico, ma anche (e ancor prima, forse) giuridico. Una siffatta apertura del giudice del Kirchberg alle specificità del nostro ordinamento costituzionale sarebbe stata una prova “forte” di tenuta dei rapporti tra ordinamenti e di “sintonia” tra Corti, appunto, evitando fughe (indietro) verso forme di integrazione differenziata.

Ma non è tardi. Come anche in questo caso già anticipato, nulla esclude la possibilità di un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. E se a sollevarlo fosse la stessa Corte costituzionale⁷¹ (ritenendo ammissibili le questioni dinanzi ad essa sollevate), il giudice dell’Unione forse sarebbe anche più ben disposto a tenere nella dovuta considerazione la nostra identità costituzionale, ex art. 4, par. 2, TUE o comunque almeno a cercare di elaborare un principio generale di diritto (quello del *nullum crimen, nulla poena sine lege* dotato di portata più ampia di quella riconosciuta all’art. 7 CEDU) da poter adeguatamente bilanciare (insieme con il principio di certezza del diritto) con un altro valore dell’Unione (la tutela delle finanze), mediante una limitazione degli effetti della sua pronuncia nel tempo.

Una siffatta apertura potrebbe evitare l’applicazione, da parte del nostro giudice delle leggi, del controlimite⁷², cui invece si rischierebbe (ancor più) di incorrere se la Corte di giustizia decidesse di confermare il precedente *Taricco*; conferma che, per questa ragione e per quelle che si è cercato di evidenziare nel lavoro, si tende pertanto a scongiurare.

** Professore associato di diritto dell’Unione europea presso l’Università degli Studi di Milano

71 Come noto, con l’ordinanza 207/2013 la Corte costituzionale ha per la prima volta sollevato una questione pregiudiziale nell’ambito di un incidente di costituzionalità (cfr. causa C-418/13, *Napolitano e a.*, poi decisa dalla Corte di giustizia con sentenza del 26 novembre 2014), con un *revirement* della propria consolidata giurisprudenza sulla doppia pregiudizialità (o, come meglio definita, sulle pregiudizialità successive: cfr. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell’Unione europea*, cit., p. 204), in base alla quale in caso di dubbi di compatibilità della norma nazionale con il diritto dell’Unione e con la Costituzione – non ritenendosi la Consulta «organo giurisdizionale nazionale» ai sensi dell’art. 267 TFUE – spettava al giudice *a quo* sollevare prima una questione pregiudiziale e poi, se fosse residuo il dubbio di costituzionalità dopo la pronuncia del giudice di Lussemburgo, sollevare un questione di legittimità costituzionale (cfr., *inter alia*, Corte cost., ordinanza n. 206/1976; ordinanza n. 144/1990; ordinanza n. 85/2002; ordinanza n. 454/2006; sentenza n. 284/2007).

72 Per un’approfondita disamina delle ragioni per cui la nostra Corte costituzionale non dovrebbe comunque applicare il controlimite cfr. F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit.