

IL CONTRO-ORDINE DI DISAPPLICAZIONE DELLA “REGOLA TARICCO”¹

di Jörg Luther

(Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università del Piemonte Orientale)

SOMMARIO: 1. Una sentenza che rigetta l'ITALEXIT giudiziario ma devitalizza la sentenza Taricco 2. I limiti costituzionali alle sentenze manipolative di trattati internazionali 3. Elementi per una interpretazione conforme alla Costituzione del contro-ordine di disapplicazione 4. Osservazioni conclusive sui contesti storici e sull'incerto seguito della sentenza n. 115/2018

1. La sentenza n. 115/2018 dichiara non fondate due questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130 (Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007), sollevate dalla Corte di cassazione e dalla Corte d'appello di Milano. Pertanto risulta conforme ai parametri della Costituzione esaminati la disposizione secondo la quale “piena ed intera esecuzione è data al Trattato di cui all'articolo 1, a decorrere dalla data della sua entrata in vigore, in conformità a quanto disposto dall'articolo 6 del Trattato stesso.” L'art. 6 del Trattato di Lisbona, non riprodotto dalla sentenza, disciplina peraltro non solo il meccanismo dell'entrata in vigore, ma statuisce al primo comma il seguente vincolo derivante dall'ordinamento comunitario e obbligo internazionale ai sensi dell'art. 117 co. 1 Cost.: “Il presente Trattato è ratificato dalle Alte Parti contraenti nel rispetto delle rispettive norme costituzionali.”

Il dispositivo di non fondatezza è corredato da una motivazione che riscontra invece un vizio di incostituzionalità di una fonte del diritto dell'UE e dichiara proprio alla fine: “la violazione del principio di determinatezza in materia penale sbarra la strada senza eccezioni all'ingresso della “regola Taricco” nel nostro ordinamento.” Si tratta di una sorta di contro-ordine apparentemente contraddittorio rispetto al dispositivo, una fondatezza nell'infondatezza quasi relegata e racchiusa in formule metaforiche di autoesaltazione. Prima di esaminare nei dettagli la censura e l'effetto vincolante di questo contro-ordine, conviene fare un passo indietro e chiedersi quali conseguenze avrebbe avuto l'accoglimento della questione prospettata dai giudici *a quibus*.

Alla Corte costituzionale era stato chiesto di dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione di legge che comanda di dare “piena ed intera esecuzione” al Trattato e, *ope constitutionis* in virtù dell'art. 136 Cost., tale norma avrebbe cessato di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. La sentenza di accoglimento non avrebbe colpito l'atto di ratifica e la relativa autorizzazione, bensì l'ordine di “piena ed intera

¹ Versione rielaborata di un commento alle osservazioni critiche di A. Ruggeri, Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?, presentate al convegno: Il “dialogo tra le corti” parla anche di processo penale. Implicazioni e ricadute della vicenda “Taricco” sui rapporti tra ordinamenti e tra istituti della giustizia penale, Alessandria 15 novembre 2018.-

esecuzione” che dispone un rinvio formale e dinamico alla fonte specifica istitutiva dell’ordinamento EU. A differenza dell’adattamento ex art. 10 co. 1 Cost., l’ordine non riproduce le norme pattizie nell’ordinamento e non copre le modifiche formali dei trattati – che richiedono nuovi procedimenti ex art. 80 Cost. – ma l’adesione o il recesso da parte di altri Stati, la loro interpretazione e le consuetudini applicative, condizionabili dagli organi costituzionali italiani solo nelle forme previste dall’ordinamento EU.

A ben vedere, tuttavia, l’ordine di piena esecuzione non sarebbe stato caducato integralmente, ma modificato da una sentenza manipolativa della corte costituzionale. Si sarebbe trattata di una sentenza doppiamente parziale perché limitata sia ad un articolo specifico del TFUE, sia all’interpretazione dello stesso sancita da una sentenza specifica della Corte di giustizia oppure di una sentenza additiva di una norma di deroga contenente un contro-ordine di disapplicazione delle norme sancite da tale sentenza. Il *petitum*, secondo il considerato in fatto della Corte costituzionale, era di dichiarare incostituzionale la disposizione de qua “nella parte in cui, imponendo di applicare l’art. 325 TFUE come interpretato dalla sentenza della Grande sezione della Corte di giustizia 8 settembre 2015, in causa C-105/14, Taricco, comporta l’omessa applicazione degli artt. 160, terzo comma, e 161, secondo comma, del codice penale, allorquando ne derivi la sistematica impunità delle gravi frodi in materia di imposta sul valore aggiunto (IVA)”.

Le norme desunte dalla sentenza Taricco sono state abbreviate dalla sentenza costituzionale in modo un po’ impreciso come “regola Taricco”. Questa regola imporrebbe al giudice nazionale di disapplicare “*gli artt. 160, terzo comma, e 161, secondo comma, cod. pen., omettendo di dichiarare prescritti i reati e procedendo nel giudizio penale, in due casi: innanzitutto, secondo una regola che è stata tratta dall’art. 325, paragrafo 1, TFUE, quando questo regime giuridico della prescrizione impedisce di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di gravi casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell’Unione; in secondo luogo, in base a una regola desunta dall’art. 325, paragrafo 2, TFUE (cosiddetto principio di assimilazione), quando il termine di prescrizione, per effetto delle norme indicate, risulta più breve di quello fissato dalla legge nazionale per casi analoghi di frode in danno dello Stato membro.*” (punto 3 del considerato in diritto).²

In sostanza, i giudici *a quibus* prospettavano un’operazione chirurgica sull’ordine di piena ed intera esecuzione della legge impugnata che lo trasformasse in un ordine di “meno che piena e parziale esecuzione” o, forse più correttamente in un ordine derogato da un preciso “contro-ordine” che intendeva vietare l’applicazione delle norme desunte dall’art. 325 TFUE dalla sentenza Taricco.

2. Ma sarebbe davvero conforme alla Costituzione italiana una tale sentenza manipolativa con un contro-ordine di non esecuzione parziale di un trattato internazionale? La Costituzione della giustizia costituzionale è notoriamente lacunosa ed elastica, ma il potere della Corte costituzionale non è solo legittimato, è anche limitato dalla Costituzione ed è compito del costituzionalista interrogarsi sui titoli di legittimazione e limitazione di questo potere. Non tutte le incostituzionalità sono giustiziabili dalla Corte costituzionale che non è dotata di una competenza giurisdizionale generale, né residuale, né universale, anzi per precisa scelta costituente non ha una giurisdizione su ricorsi dei cittadini contro sentenze delle supreme

² Il termine “regola Taricco” intende semplificare un complesso di tre norme, delle quale due sono derubricate a “porzioni” di una più generale (punto 13), finisce per equiparare alla legge, associata al nome dell’onorevole relatore, una fonte di cui sembra autore un imputato.

magistrature nazionali ed internazionali.³ L'art. 134 Cost. determina le funzioni, limitando l'oggetto dei giudizi di legittimità "alle leggi e agli atti aventi forza di legge" dello Stato ed escludendo non solo le fonti del diritto della Chiesa di cui all'art. 7 Cost, ma anche quelle delle organizzazioni internazionali di cui all'art. 11 Cost. Dal punto di vista formale, oggetto legittimo dei giudizi di costituzionalità può essere anche solo la legge in senso formale di cui all'art. 80 Cost., ma l'autorizzazione alla ratifica e la scelta del legislatore di aggiungere l'ordine di esecuzione non "trasforma" il trattato in legge dello Stato, semmai conferisce un valore e una forza di legge nazionale alla fonte internazionale pattizia. L'art. 136 disciplina gli effetti delle dichiarazioni d'incostituzionalità delle leggi dichiarate incostituzionale, stabilendo che è la legge o l'atto avente forza di legge a cessare di avere efficacia, non la loro interpretazione giurisprudenziale. L'art. 137 della Costituzione riserva solo alla legge costituzionale la definizione delle "condizioni, delle forme e dei termini" di proponibilità dei propri giudizi, condizioni tassativamente disciplinate dalla legge costituzionale n. 1/1948 e che escludono sia controlli preventivi sulla costituzionalità dei trattati internazionali praticati in altri stati costituzionali, sia alterazioni arbitrarie del *thema decidendum*. La legge costituzionale n. 1/1953 ha ulteriormente complicato il sistema delle fonti della giustizia costituzionale, consentendo un perfezionamento giurisprudenziale del diritto processuale costituzionale senza correttivi legislativi, in particolare lo sviluppo delle sentenze manipolative.⁴

La Corte costituzionale pratica da tempo anche un potere di manipolazione di ordini di esecuzione inseriti in una legge di autorizzazione alla ratifica di esecuzione di un trattato internazionale ex art. 80 Cost., peraltro in presenza di una giurisprudenza parlamentare, consolidata in consuetudine, che nega allo stesso parlamento ogni emendamento idoneo a manipolare il contenuto dell'accordo internazionale. Se anche un *treaty override* tramite *lex posterior* è stato precluso dalla riforma dell'art. 117 Cost., come può la Corte costituzionale rivendicare proprio quel potere di "mettere mano" alla legge dell'art. 80 Cost. che essa stessa deve negare al parlamento ?

Può essere utile ricostruire le origini di questa giurisprudenza, tornando indietro nel tempo. Nella sentenza 232/1989, relatore Ferri, si legge al riguardo un disagio espresso dalla Avvocatura dello Stato, secondo la quale "sarebbe assai arduo ipotizzare" che proprio la Corte di Giustizia possa interpretare ed applicare il Trattato in modo lesivo dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili della Costituzione che il sistema di tutela giurisdizionale della Corte di giustizia sarebbe già molto efficace: "Ma ciò non significa che possa venir meno la competenza di questa Corte a verificare, attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione, se una qualsiasi norma del Trattato, così come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari, non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o non attenti ai diritti inalienabili della persona umana. In buona sostanza, quel che è sommamente improbabile è pur sempre possibile (...)." Il contro-limite era stato notoriamente già abbozzato nella sent. n. 183/1973, relatore Astuti, che aveva a sua volta rinviato per l'ammissibilità di un'impugnazione indiretta

³ Cfr. da ultimo, in chiave comparata, A. von Bogdandy, D. Paris, Building Judicial Authority: A Comparison Between the Italian Constitutional Court and the German Federal Constitutional Court (January 10, 2019). Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2019-01. <https://ssrn.com/abstract=3313641> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3313641>

⁴ E appena il caso di osservare che il potere della Corte di sollevare questioni di diritto UE è fondato proprio sull'applicazione dell'ordine di esecuzione dello stesso Trattato sul quale interviene la sentenza.

di singoli articoli dei trattati di Roma alla sent. n. 98/1965, rel. Fragali, la quale aveva dichiarato “non fondata la questione di legittimità costituzionale proposta, in riferimento agli artt. 102 e 113 della Costituzione, con l'ordinanza del Tribunale di Torino 11 dicembre 1964, in relazione all'art. 2 della legge 25 giugno 1952, n. 766, che rese esecutivo il trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, per la parte in cui sono stati immessi nell'ordinamento dello Stato gli artt. 33, secondo comma, 41 e 92, ultimo comma, del trattato stesso.” La CECA si era allora addirittura costituita parte nel giudizio dinnanzi alla Corte costituzionale ed aveva sollevato una eccezione di irrilevanza, ma la sentenza aveva esaminato esclusivamente la fondatezza della questione.

La motivazione fu data nella successiva sent. n. 20/1966, rel. Mortati, in un giudizio avente per oggetto l'art. 1 del D.L.C.P.S. 28 novembre 1947, n. 1430, di esecuzione del trattato di pace fra l'Italia e le Potenze alleate ed associate, riferita in particolare all'art. 76 del trattato: *“allorché determinati trattati, resi esecutivi nelle debite forme, risultino in tutto o in parte lesivi di situazioni giuridiche tutelate dalla Costituzione, e sottratte quindi alla disciplina da parte del legislatore ordinario, spetta alla Corte costituzionale la competenza a conoscere della legittimità costituzionale delle norme immesse. Se altrimenti si pensasse, si costituirebbe nei riguardi delle leggi esecutive di trattati una situazione di privilegio rispetto alle altre leggi, perché esse verrebbero sottratte alla sanzione dell'annullamento, o rimarrebbero soggette alla disapplicazione da parte del giudice di merito; ad un trattamento cioè che il costituente ha voluto escludere per gli atti con forza di legge delle quali si contesti la costituzionalità.”*⁵

La Corte costituzionale seguiva, senza farne cenno nelle proprie sentenze, una giurisprudenza costituzionale consolidata in Germania, negli Stati Uniti e nel Messico. Nelle sentenze sul trattato riguardante lo Saarland del 1954 (BVerfGE 2 (1956), 157ss) e sugli accordi patrimoniali con la Svizzera del 1952 e 1953 (BVerfGE 6 (1957) 157ss.), il *Bundesverfassungsgericht* aveva iniziato ad esaminare anche questioni di compatibilità con diritti fondamentali. In *Reid v. Covert* e *Kinsella v. Krueger* (354 US 1), la Corte suprema statunitense aveva stabilito: “No agreement with a foreign nation can confer power on the Congress, or on any other branch of Government, which is free from the restraints of the Constitution.”⁶ In queste esperienze straniere, si praticavano tuttavia cautele di una political questions doctrine e si scontravano ancora le teorie della rilevanza/irrilevanza dell'incostituzionalità per la validità del trattato. La sentenza sullo Saarstatut del 1954 stabiliva pertanto che alla dichiarazione di incostituzionalità sarebbe preferibile un tentativo di interpretazione conforme e che l'interpretazione del trattato doveva tenere in particolare considerazione la situazione politica generale.

Successivamente fu approvata la Convenzione di Vienna del 1969, il cui art. 42 co. 1 vieta come corollario del principio “pacta sunt servanda” ogni contestazione della “validità di un trattato o del consenso di uno Stato ad essere vincolato da un trattato” fuori dall'applicazione delle disposizioni della Convenzione che disciplinano i procedimenti di notifica e composizione di cui gli artt. 65ss dello stesso. Anche l'estinzione, la denuncia, la sospetta lesione

⁵ Altre forme di sentenze manipolative di trattati si trovano ad es. nella sent. n. 54/1979 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del r.d. 30 giugno 1870, n. 5726, nella parte in cui consente l'estradizione per i reati sanzionati con la pena edittale della morte nell'ordinamento dello Stato richiedente”. In tal caso si operava tuttavia in presenza di trattative per una nuova convenzione ed era stato osservato anche dalla dottrina internazionalista che la fonte forse era già estinta per mutamento fondamentale delle circostanze, M. Giuliano, T. Scovazzi, T. Treves, *Diritto internazionale*, Milano 1991, 582.

⁶ Cfr. la ricostruzione con riferimenti ulteriori di W. Geck, *Die völkerrechtliche Wirkungen verfassungswidriger Verträge*, Köln 1963, 220ss.

dell'applicazione o il ritiro di uno Stato da un trattato “non possono aver luogo che in applicazione delle disposizioni del trattato o della presente convenzione” (co. 2). Al riguardo si potrebbe argomentare che una sentenza che dichiara incostituzionale la legge che autorizza la ratifica di un trattato internazionale ratificato produce un effetto di caducazione parziale dell'ordine di esecuzione in relazione ad una singola disposizione del trattato, effetto equiparabile a una sospensione parziale della sua applicazione che renderebbe necessaria l'attivazione del procedimento internazionale anzidetto, essendo altrimenti ingiustificabile ai sensi dell'art. 27 della Convenzione il mancato adempimento conseguente.

L'art. 46 della Convenzione di Vienna ha cercato di risolvere le controversie sugli effetti dei trattati internazionali incostituzionali: *“Il fatto che il consenso di uno Stato ad essere vincolato da un trattato sia stato espresso violando una disposizione del suo diritto interno concernente la competenza a concludere trattati, non può essere invocato da tale Stato per infirmare il proprio consenso, a meno che tale violazione non sia stata manifesta e non concerna una norma di importanza fondamentale del proprio diritto interno.”* Nel caso Taricco non è stata censurata la violazione di norme che attribuiscono la competenza a concludere il trattato, ma di norme che pongono limiti all'esercizio delle funzioni di esecuzione dello stesso. Sono legati infatti sia ai diritti fondamentali, sia ai principi fondamentali della Costituzione i richiami all'art. 25, secondo comma, Cost. “per i profili della riserva di legge in materia penale, posto che il regime della prescrizione cesserebbe di essere legale” e all'art. 101, secondo comma, Cost., perché “verrebbe demandata al giudice un'attività implicante una «valutazione di natura politico-criminale» che spetterebbe invece al legislatore”.

Ora si potrebbe parlare di un vizio di manifesta violazione di una “norma di importanza fondamentale”, se

l'eccezione di cui all'art. 46 vale anche per vizi diversi da quelli della competenza a concludere. Nel caso del TUE/TFUE, come già in quello dell'art. 247 co. 1 del trattato istitutivo della CEE del 1957, a favore di questa soluzione si potrebbe anche argomentare con la più ampia ed elastica clausola che prevede la ratifica secondo “nel rispetto delle rispettive norme costituzionali”. Una simile interpretazione elasticizzante del diritto internazionale potrebbe essere stata anche immaginata dai giudici della sent. n. 183/1973, per legittimare l'interpretazione dell'art. 11 Cost. comunemente riassunta nella figura dei cd. contro-limiti.

Se così fosse, una dichiarazione di incostituzionalità parziale dell'ordine di esecuzione del trattato di Lisbona potrebbe non violare il diritto internazionale, ma l'Italia potrebbe essere tenuta ad avviare il procedimento di notifica del provvedimento di sospensione parziale dell'esecuzione di cui all'art. 65 della Convenzione di Vienna. Non può essere questa la sede per approfondire tutti i dettagli di questi problemi non ancora diffusamente trattati nella manualistica. Sotto il profilo del diritto costituzionale processuale, resterebbe da chiarire anche l'impatto delle norme internazionali sulle sentenze interpretative di rigetto che tentano un'interpretazione conforme del trattato. Un'alternativa pratica alla sentenza manipolativa potrebbe essere un preavviso tramite ordinanza interlocutoria della Corte costituzionale simile a quella adottata nel caso Cappato, al fine di avviare il procedimento di cui sopra prima della conclusione del giudizio. Al riguardo, va segnalata anche una sentenza della Corte costituzionale ungherese del 27 gennaio 1997 secondo la quale in virtù dell'art. 46 co. 3 della propria legge istitutiva si potrebbe anche differire nel tempo l'efficacia della dichiarazione di

incostituzionalità del trattato.⁷ Nella dottrina tedesca è stata peraltro ipotizzata l'adozione di una dichiarazione di mera incompatibilità al posto delle declaratorie d'incostituzionalità.⁸ Nel caso qui in esame, la Corte costituzionale ha evitato un dispositivo di accoglimento, inserendo piuttosto nella motivazione una sorta di contro-ordine di disapplicazione della "regola Taricco" creata dall'omonima sentenza della Corte di giustizia. Il fatto che la sentenza da un lato rigetti la questione, ma dall'altro desuma dalla Costituzione questa sorta di contro-ordine potrebbe anche essere interpretato come un'elusione incompatibile con il principio della buona fede (art. 26 Convenzione di Vienna). In ogni caso, la creatività della Corte costituzionale al riguardo incontra limiti nel principio fondamentale dell'apertura al diritto internazionale che esige anche il rispetto dei giudicati internazionali, specialmente in giudizi nei quali applica fonti di diritto internazionale come l'art. 267 TFUE. Fino a quando essa interviene sulla legge ex art. 80 Cost. e sulle disposizioni del Trattato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale italiana, rispetta i limiti costituzionali delle proprie funzioni. Qualora disponesse invece la disapplicazione di una sentenza, violerebbe questi limiti funzionali, trasformando il giudizio sulle leggi in una sorta di conflitto di attribuzione a difesa della propria giurisdizione. Le sentenze parziali possono anche colpire norme di diritto vivente, ma i dispositivi non hanno mai specificato le sentenze della Corte di cassazione o del Consiglio di Stato che hanno reso vivente la norma. Se ai sensi della seconda clausola dell'art. 11 Cost., la giustizia fra le nazioni è assicurata da un ordinamento internazionale con giudici propri, la Corte costituzionale può invalidare norme internazionali, ma forse non può annullare sentenze internazionali, rischiando di produrre sentenze *ultra vires*. Nel caso in questione, tali limiti sono stati forse ancora rispettati, anche se la motivazione della sentenza si presta a più d'una critica.

3. Il dispositivo della sentenza non solo non accoglie il *petitum* di manipolazione, ma non si tratta neanche di una sentenza interpretativa in senso tecnico perché la non fondatezza della questione non è subordinata a una clausola di "nei sensi di cui in motivazione". Dal punto di vista formale, pertanto non tutta la motivazione deve essere presunta *ratio decidendi*, ben potendo essere qualche parte interpretata solo come *obiter dictum*.

Se si guarda al considerato in diritto della motivazione, la Corte costituzionale parte con un diplomatico ringraziamento raccolto alla Grande sezione della Corte di giustizia, perché con "la sentenza 5 dicembre 2017, in causa C-42/17, M.A. S. e M. B., ha compreso il dubbio interpretativo di questa Corte". Pertanto "alla luce del chiarimento interpretativo offerto dalla sentenza M.A. S., tutte le questioni sollevate da entrambi i rimettenti risultano non fondate, perché la "regola Taricco" non è applicabile nei giudizi *a quibus*." (punto 6). Se il complesso di norme identificato da questa etichetta concretizza l'oggetto del giudizio costituzionale ex art. 134 Cost., la sua inapplicabilità nei giudizi *a quibus* farebbe venire meno la rilevanza,

⁷ Trad. ingl. Uff.: "The Constitutional Court, in its proceedings conducted in the exercise of its competences, may establish in its decision those constitutional requirements which originate from the regulation of the Fundamental Law and which enforce the constitutional requirements of the Fundamental Law with which the application of the examined legal regulation or the legal regulation applicable in court proceedings must comply." Cfr. [http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/hun/hun-1997-1-001?fn=document-frameset.htm&f=templates\\$3.o](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/hun/hun-1997-1-001?fn=document-frameset.htm&f=templates$3.o).

⁸ T. Giegerich, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt im europäisch-atlantischen Verfassungsstaat: Vergleichende Bestandsaufnahme mit Ausblick auf die neuen Demokratien in Mittel- und Osteuropa, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 1997, 545ss. http://www.zaoerv.de/57_1997/57_1997_2_3_a_409_564.pdf

ragione per la quale l'avvocatura aveva ipotizzato addirittura la restituzione degli atti. Invece, a giudizio della Corte, l'irrilevanza nei giudizi *a quibus* non sussiste, perché "riconoscere solo sulla base della sentenza M.A.S. l'avvenuta prescrizione significherebbe comunque fare applicazione della "regola Taricco"" (punto 10). Il ragionamento sembra intendere che il giudice a quo applica prima una regola che impone la disapplicazione delle norme di prescrizione e poi disapplica l'ordine di disapplicazione sulla base di una regola M.A.S.. Detto altrimenti, la sentenza Taricco avrebbe "creato" una norma e la sentenza M.A.S. l'avrebbe modificata rendendola non retroattiva, non potendo decidere di retroagire l'"interpretazione autentica" della prima sentenza da parte della seconda.

Forse la Corte costituzionale si accontenta anche solo della rilevanza iniziale e non condivide la tesi della sopravvenuta irrilevanza per poter pervenire al "compimento del relativo scrutinio di legittimità costituzionale, che in questo peculiare caso è anche adempimento della verifica sollecitata dalla Corte di giustizia" (punto 10). Insomma, non vuole accontentarsi della possibile e ragionevolmente anche prevedibile "non applicazione" da parte dei giudici *a quibus*, perché vuole sancire un dovere di disapplicazione della norma di diritto UE, dovere desunto dal "principio di legalità penale sostanziale enunciato dall'art. 25, secondo comma, Cost." indipendentemente dall'analoga garanzia del diritto UE. Il giudizio di legittimità costituzionale della legge di autorizzazione alla ratifica del tratto di Lisbona si trasforma in questo modo in un giudizio sull'"inapplicabilità" di una norma creata dalla sentenza Taricco e considerata anche dopo la sentenza M.A.S. ancora troppo pericolosa per quella norma di principio della Costituzione.

L'interpretazione costituzionale aggiuntiva rispetto a quella offerta dalla Corte di giustizia conclude peraltro: "l'inapplicabilità della "regola Taricco", secondo quanto riconosciuto dalla sentenza M.A. S., ha la propria fonte non solo nella Costituzione repubblicana, ma nello stesso diritto dell'Unione, sicché ha trovato conferma l'ipotesi tracciata da questa Corte con l'ordinanza n. 24 del 2017, ovvero che non vi sia alcuna ragione di contrasto." (punto 14). Questa conclusione nasconde tuttavia le differenze sulle sorti della "regola Taricco", mantenuta potenzialmente in vita nell'ordinamento dell'UE, ma almeno ripudiata in quello italiano.

La sentenza M.A.S. aveva mantenuto la regola Taricco con questa aggiunta: "*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.*"

In sostanza, la "inapplicabilità" della regola Taricco era resa possibile individuando dei margini di discrezionalità nell'attuazione dell'art. 325 TFUE rimessi alla valutazione dei giudici nazionali.

La sent. n. 115/2018 trasforma la possibile non applicazione in una "disapplicazione costituzionalmente vincolata": "la violazione del principio di determinatezza in materia penale sbarra la strada senza eccezioni all'ingresso della "regola Taricco" nel nostro ordinamento." (punto 14).

Il "contro-ordine" di disapplicazione opposto all'ordine di disapplicazione contenuto nella "regola Taricco" si giustifica in ultima analisi come una difesa del principio dell'unità della giurisdizione costituzionale o del monopolio della Corte costituzionale già rivendicato anche nell'*obiter dictum* della non citata sent. n. 267/2017: "*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.*" (punto 8)

Si può discutere se questo contro-ordine sia in contrasto o rispettoso della risposta della sentenza M.A.S.. In ogni caso, dal compito della difesa della Costituzione non necessariamente discende anche il potere di accertare un contrasto e di ordinare la disapplicazione di una sentenza della Corte di giustizia. Se viene inserito nella motivazione di una sentenza di rigetto di una questione di legittimità costituzionale della legge di autorizzazione alla ratifica del trattato, difficilmente la limitata forza di giudicato di tale sentenza può rendere l'ordine vincolante *erga-omnes*. Altro è prognosticare realisticamente una adesione totale all'interpretazione proposta, altro sarebbe ritenere qualsiasi non allineamento al contro-ordine di per sé già violazione del giudicato costituzionale (art. 137 Cost.).

Nel merito della censura bisogna inoltre dare atto che la motivazione non qualifica il principio di legalità necessariamente come "principio supremo" o come nucleo di una "identità costituzionale" solo italiana, limitandosi a considerarlo piuttosto un principio costituzionale comune europeo rispettoso di tale identità: *"Perlomeno nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia, ciò avvalora (finanche in seno al diritto dell'Unione, in quanto rispettoso dell'identità costituzionale degli Stati membri) l'imprescindibile imperativo che simili scelte si incarnino in testi legislativi offerti alla conoscenza dei consociati."* (punto 11)

Se la disapplicazione della "regola Taricco" risulta comandata non tanto da un diritto inviolabile o principio fondamentale della Costituzione, quanto piuttosto da un "principio costituzionale" che concretizza quello comune europeo dello stato di diritto, la sentenza lo interpreta tuttavia in modo estensivo perché, a giudizio della Consulta, impone di considerare la prescrizione un istituto di diritto sostanziale, modulabile sì, ma "premessa costituzionale inderogabile" (punto 10).

Questa interpretazione rappresenta un passo più equivocabile e problematico. Il principio costituzionale di "legalità" generale (o di stato di diritto) - implicito negli artt. 1, 2 e 3 della Costituzione - vieta anche al giudice costituzionale di trasformare scelte legislative in norme costituzionali inderogabili e impone di distinguere la premessa della scelta qualificativa del codice Rocco, diversa dal resto delle legislazioni europee, dalle premesse costituzionali inderogabili dello stesso principio di legalità penale in virtù del quale è solo il legislatore a dover decidere in modo ragionevole, ascoltando anche la dottrina, che cosa è legge penale e che cosa è legge di procedura penale.

Lo stesso Alfredo Rocco, nei lavori preparatori, motivava le particolarità del sistema italiano della prescrizione sulla base di una argomentazione giusnaturalistica e politica: *"Sarebbe andar contro una legge inesorabile di natura disconoscere tale azione corroditrice del tempo; o anche considerare il rapporto giuridico-penale fra quelli, in verità rari, che l'ordinamento giuridico sottrae alla influenza estintiva del tempo. Data la natura squisitamente pubblicistica di tale rapporto, il problema consiste nel non eccedere nella valutazione di questo elemento naturale e nel non largheggiare nell'ammissione di questa causa di estinzione."*⁹ Rocco aggiungeva un richiamo un po' ipocrita a Beccaria che in verità aveva trattato la prescrizione come una norma processuale, affermando peraltro un principio molto più significativo e sostanziale di quello usato dalla sentenza n. 115/2018: "il giudice diverrebbe legislatore se egli dovesse decidere del tempo necessario per provare un delitto".¹⁰

Tornando alla sent. n. 115/2018, si potrebbe concludere che allo stato attuale della legislazione penale, il principio costituzionale di legalità vieta al giudice italiano di svincolarsi dalle leggi

⁹ Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, vol. V, parte I, Roma 1929, 210ss. <https://www.omeka.unito.it/omeka/files/original/89a2e8151fe03dd5327a7b3f973do3ae.pdf>

¹⁰ C. Beccaria, Dei delitti e delle pene (1764), Torino 1978, 73s.

sulla prescrizione dei reati di frode ai danni dell'UE, ma la sentenza M.A.S. ammonisce che qualora ne derivasse una situazione nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione, spetterebbe sempre al legislatore nazionale adottare le misure necessarie. Secondo quanto deciso dalla sentenza Taricco e non colpito dal contro-ordine di disapplicazione, *“nella parte in cui tali disposizioni prevedono che un atto interruttivo della prescrizione verificatosi nell'ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di IVA comporti il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata”*, il loro combinato disposto è *“idoneo a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE, nell'ipotesi in cui tali disposizioni nazionali impediscano di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, o in cui prevedano, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione”*. Spetterà pertanto al governo e al parlamento italiano prima verificare il numero dei casi di frodi impunte e poi provvedere se non vuole incorrere in una procedura di infrazione. In virtù dell'art. 117 co. 1. Cost., questo obbligo internazionale si trasforma anche in un obbligo costituzionale e la sentenza n. 115/2018 non può giustificare alcuna inadempienza al riguardo.

4. Antonio Ruggeri ha giustamente evocato la doppia “anima”, giurisdizionale e politica, della Corte costituzionale.¹¹ Se si guarda ai contesti giurisdizionali della sentenza n. 115/2018, occorre ricordare innanzitutto l'aspirazione del “dialogo” tra Corti, anche se alla fine sarebbe forse più corretto parlare di un difficile “confronto”. L'ordinanza n. 24 del 2017 aveva cercato un tono decisamente più garbato rispetto a quello usato dai giudici di Karlsruhe nelle loro *querelles* riguardanti i poteri della Banca centrale europea.¹² Anche nelle acque agitate della dottrina qualcuno chiedeva addirittura di liquidare la sentenza Taricco con un “manifestamente incostituzionale”, senza ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia. Si percepivano anche emozioni forti, forse perfino una sorta di attese di “giustizialismo” nei confronti dei giudici del Lussemburgo e dell'avvocata generale, Juliane Kokott.¹³

¹¹ A. Ruggeri, Trasformazioni della Costituzione e trasformazioni della giustizia costituzionale, in Osservatorio

sulle fonti, n. 2/2018, <http://www.osservatoriosullefonti.it>

¹² Cfr. solo i commenti di A. Anzon Demmig, La Corte è ferma sui “controlimiti” ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione, *Giur. cost.* 2017, 507 ss.; A. Celotto, Un rinvio pregiudiziale per il dialogo o per il monologo?, *GIUSTAMM.IT* 2017, 183 ss.; M. Esposito, Il potere deliberativo della Corte costituzionale sulle sentenze interpretative della Corte di Giustizia, *Giur. cost.* 2017, 186 ss.; M. Luciani, Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna

(catafratto) alla Corte costituzionale, *Giur. cost.* 2017, 535 ss.; V. Faggiani, Lo strategico rinvio pregiudiziale della Consulta sul caso Taricco, [www.osservatorioaic .it](http://www.osservatorioaic.it) 1/2017; G. Repetto, Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco, www.diritticomparati.com (20. 2.2017).

¹³ Di “piano ordito dall'avvocato generale Juliane Kokott per scardinare il diritto penale nazionale” parlava ad es. D. Micheletti, [http://www.la legislazione penale.eu/wp-content/uploads/2016/02/approfondimenti Micheletti 2016.pdf](http://www.la legislazione penale.eu/wp-content/uploads/2016/02/approfondimenti_Micheletti_2016.pdf)

Per il clima non sempre sereno cfr. anche i contributi raccolti da A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017.

L'argomento principale della sent. n. 115/2018 a favore della violazione del principio costituzionale di determinatezza riecheggia questo stato d'animo: *“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.”* (punto 12). Il richiamo allo stupore della “comunità dei giuristi”, che nel seminario di Ferrara erano stati invece assai divisi, può essere letto oggi come un coraggioso appello al *common sense* che deve anche guidare l'uso futuro della stessa sent. n. 115/2018.

Se si guarda al contesto politico della decisione che è stata presa il 10 aprile 2018 e depositata in data 31 maggio 2018, si può leggere nel contratto di governo il cui testo era stato diffuso il 18 maggio 2018 che *“è necessaria una efficace riforma della prescrizione dei reati, parallelamente alle assunzioni nel comparto giustizia: per ottenere un processo giusto e tempestivo ed evitare che l'allungamento del processo possa rappresentare il presupposto di una denegata giustizia.”* Questa riforma deve anche dare seguito alla sentenza Taricco e rispettare le premesse costituzionali rievocate dalla sent. n. 115/2018 che, dal punto di vista qui sostenuto, non pregiudicano una trasformazione radicale dell'intero regime giuridico della prescrizione.

Sotto la voce riforme istituzionali, il contratto di governo auspica invece *“l'affermazione del principio della prevalenza della nostra Costituzione sul diritto comunitario, in analogia al modello tedesco, fermo restando il rispetto dell'articolo 11 della Costituzione”*. La Corte costituzionale potrebbe essere interessata da una simile riforma, ma il disegno costituzionale del sistema della giustizia costituzionale italiana, priva di forme di controllo preventivo sui trattati e di controllo successivo su ricorso diretto, preclude anticipazioni o condizionamenti di tali riforme. La sentenza in questione va interpretato come un caso eccezionale che non dovrebbe ripetersi.

Sul piano europeo si delinea peraltro non solo una BREXIT che rende l'UE più continentaleuropea e il suo diritto meno “common law”, ma anche un rafforzamento di tendenze di sovranismo nei governi e parlamenti europei. Essendo tuttora in notevole ripresa gli stereotipi nazionali, anche quelli dell'infedeltà fiscale, dei falsi in bilancio e dell'inefficienza del sistema giustizia italiana, sono da evitare letture delle sentenze costituzionali che possano agevolare la circolazione di sospetti e pregiudizi pericolosi per l'affidamento nell'imparzialità dei giudici costituzionali. Sono da evitare anche immagini ambigue.

Lo “sbarramento della strada” e dell'“ingresso” di norme che sembrano “migrare” potrebbero essere immagini infelici perché insensibili ai contesti politici odierni. Se si afferma che norme del diritto UE non possano *“avere cittadinanza nel nostro ordinamento”* (punto 12), si rischia di dimenticare che non sono le norme UE a circolare e a chiedere cittadinanza. Sono i giudici e le altre autorità a doverle applicare o disapplicare.

La Corte ha tentato di evitare la forzatura del dispositivo manipolativo, ma non ha potuto evitare l'impressione di una forzatura della motivazione con l'inserimento di un contro-ordine di disapplicazione che neutralizza l'ordine di disapplicazione contenuto nella sentenza Taricco. Se resta un'eccezione in qualche modo consentita dalla corte di giustizia e non giustifica l'inattività del legislatore, può essere una soluzione pragmatica, ma le incertezze del diritto processuale costituzionale non sono destinate a diminuire. La Corte è stata insieme coraggiosa e diplomatica, ma non deve incoraggiare duelli e forgiare armi per ulteriori

forzature altrui.¹⁴ Nell'opera "la pescatrice" di J. W. Goethe, la poesia del Re degli Elfi (Erlkönig) del 1782 racconta come il bambino muore proprio quando il Re minaccia di imporsi con la forza dei propri poteri: "Und bist Du nicht willig so brauch ich Gewalt !" (E se non sei volenteroso, userò la forza).

ILP

¹⁴ Cfr. Il ruolo delle Corti costituzionali nel confermare ed applicare i principi costituzionali (2017), p. 31: "per ora accantonata l'arma" dei "controlimiti"; https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_303.pdf