

26 SETTEMBRE 2018

Il conflitto reale e il dialogo apparente
della Corte di giustizia e della Corte
costituzionale in merito al principio di
legalità e alla riserva di legge in materia
penale

di Fabio Ferraro

Professore associato di Diritto dell'Unione europea
Università degli Studi di Napoli Federico II

Il conflitto reale e il dialogo apparente della Corte di giustizia e della Corte costituzionale in merito al principio di legalità e alla riserva di legge in materia penale *

di Fabio Ferraro

Professore associato di Diritto dell'Unione europea
Università degli Studi di Napoli Federico II

Sommario: 1. Considerazioni preliminari. 2. Il *revirement* della Corte di giustizia. 3. Il dialogo apparente della Corte costituzionale. 4. Il principio di legalità: i corollari della prevedibilità, della determinatezza e dell'irretroattività. 5. La nozione di riserva di legge e le sentenze della Corte di giustizia. 6. Segue. La nozione di riserva di legge e gli atti legislativi dell'Unione. 7. Questioni ancora aperte e prospettive evolutive (o involutive).

1. Considerazioni preliminari.

La vicenda *Taricco* continua a far parlare di sé, anche se, come spesso accade per temi così sensibili e dalle molteplici implicazioni, con giudizi contrastanti in merito agli orientamenti espressi dalle due Corti supreme¹.

Un dato che emerge da questa vicenda è certo: i conflitti giurisdizionali possono essere considerati, in qualche modo, fisiologici, in quanto i rapporti tra i giudici e, soprattutto, tra le Corti supreme, europee e nazionali, vanno intesi in senso dinamico. Anzi, la compresenza di molteplici strumenti di tutela realizza

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Cfr., *ex multis*, F. CAPOTORTI, *Verso un revirement della Corte di giustizia in materia di prescrizione? Le conclusioni dell'avvocato generale nella causa Taricco e a.*, in *rivista.eurojus.it*, 20 luglio 2015; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 dicembre 2015; 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*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 settembre 2015; C. AMALFITANO, *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?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 5 ottobre 2016; M. BASSINI - O. POLLICINO, *Defusing the Taricco Bomb through Fostering Constitutional Tolerance: All Roads Lead to Rome*, *VerfBlog* (5 December 2017), verfassungsblog.de/defusingthe-taricco-bomb-through-fostering-constitutional-tolerance-all-roads-lead-to-rome; C. CUPELLI, *Il caso "Taricco" e l'ordinanza 24 del 2017: prove di dialogo "a senso unico"*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 2017, fasc. 1, 2017, p. 266; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, p. 63 ss.; E. LUPO, *La Sentenza Europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, n. 12, p. 109; R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di "controlimiti" costituzionali: è un vero dialogo?*, in questa Rivista, 2017, fasc. 7, p. 15; P. MORI, *La Corte costituzionale chiede alla Corte di giustizia di rivedere la sentenza Taricco: difesa dei controlimiti o rifiuto delle limitazioni di sovranità in materia penale?*, in *Rivista diritto internazionale*, 2017, fasc. 2, p. 407; R. BIN, *Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2 febbraio 2018; M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11 luglio 2018, consultabile sul sito *www.penalecontemporaneo.it*.

una migliore protezione dei diritti fondamentali, ma accresce al contempo le probabilità di orientamenti discordanti che riflettono il difficile equilibrio tra diversi sistemi giuridici². Le differenti valutazioni delle Corti supreme consentono un reciproco confronto delle loro argomentazioni, concorrendo generalmente, ma non sempre, a un'evoluzione del diritto europeo, nella prospettiva della realizzazione di uno standard di tutela più elevato dei diritti fondamentali³.

Tanto premesso in via generale, nel caso di specie l'originario conflitto tra Corte di giustizia⁴ e Corte costituzionale⁵ – perché di conflitto si trattava – sembrava risolto con un passo indietro della prima e una rivisitazione della sua posizione iniziale sul principio di legalità⁶. Ma così non è stato. Pur essendo definita dall'Ufficio Stampa della Corte costituzionale “una vicenda emblematica di dialogo tra Corti”, rimangono delle significative divergenze di vedute tra Corte di giustizia e Corte costituzionale. Difatti, l'ultimo arresto della Corte costituzionale ha deciso di andare ben oltre la sentenza *M.A.S* (nota come *Taricco II*), in quanto non si è affatto limitato a recepire le indicazioni della Corte di giustizia, ma ha “sbarrato” la strada all'ingresso delle norme dell'Unione in questione nel nostro ordinamento, senza lasciare spazio ad alcuna eccezione⁷. In questo quadro problematico e tutt'altro che definito, intendiamo ritornare sulla vicenda *Taricco*, soffermandoci, in particolare, sui rapporti del diritto dell'Unione con il principio di legalità e la riserva di legge in materia penale.

2. Il *revirement* della Corte di giustizia.

Prima di approfondire il principio di legalità e le sue declinazioni in materia penale, è utile ripercorrere brevemente il *revirement* della Corte di giustizia, che procede di pari passo con il progressivo rafforzamento del controllo accentrato della Corte costituzionale sul rispetto dei diritti fondamentali.

In realtà, un precedente mutamento di orientamento nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo è ravvisabile già nelle precedenti sentenze *Melki*⁸ e *A. c. B.*⁹, che avevano riconosciuto la possibilità di stabilire il carattere prioritario del giudizio di costituzionalità rispetto a quello pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, sia pure imponendo una serie di limitazioni e garanzie a tutela delle competenze del giudice nazionale, ivi compresa quella di disapplicare la norma interna contrastante con quella

² Al riguardo, ci permettiamo di rinviare al nostro *Conflitti tra organi giurisdizionali: evoluzione e (in)certezza del diritto europeo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, fasc. 1, p. 57.

³ Cfr. A. RUGGERI, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Rivista associazione italiana dei costituzionalisti*, 2011, p. 5.

⁴ Corte di giustizia, sentenza dell'8 settembre 2015, causa C105/14, *Taricco e a.*, EU:C:2015:555 (*Taricco I*).

⁵ Corte costituzionale, ordinanza del 26 gennaio 2017, n. 24, in G.U. 01.02.2017, n. 5.

⁶ Corte di giustizia, sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, ECLI:EU:C:2017:936.

⁷ Corte costituzionale, sentenza del 31 maggio 2018, n. 115, in G.U. 06.06.2018, n. 23.

⁸ Corte di giustizia, sentenza del 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363.

⁹ Corte di giustizia, sentenza dell'11 settembre 2014, causa C-112/13, *A c. B e a.*, EU:C:2014:2195.

dell'Unione al termine del giudizio incidentale¹⁰. È indubbio che questi arresti abbiano aperto una crepa nella giurisprudenza consolidata sulla *primauté* del diritto dell'Unione e sul modo di intendere i rapporti tra il giudizio pregiudiziale e quello costituzionale.

Questa inversione di tendenza non si intravedeva nella sentenza della Corte di giustizia *Taricco* I, la quale aveva ripreso a difendere il principio del primato nella parte in cui giudicava le disposizioni nazionali sulla prescrizione dei reati in materia di imposta sul valore aggiunto idonee a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325 TFUE, sia quelli concernenti i principi di effettività e dissuasività del sistema repressivo delle frodi comunitarie (primo paragrafo), sia quelli derivanti dal principio di equivalenza della disciplina dell'Unione rispetto a quella nazionale (secondo paragrafo). In considerazione dell'efficacia diretta di questo articolo, la Corte di giustizia legittimava il giudice nazionale a non applicare le disposizioni nazionali sulla prescrizione dei reati, nei casi e alle condizioni individuate, al fine di non compromettere l'effettività della sanzione¹¹.

È stata criticata in dottrina la posizione espressa originariamente dalla Corte di giustizia in merito all'efficacia diretta dell'art. 325 TFUE con riferimento agli obblighi imposti agli Stati per combattere le frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione¹². Certo è che non tutte le norme dei Trattati, così come non tutte le disposizioni dell'Unione, sono provviste di effetto diretto, ma solo quelle sufficientemente chiare, precise e la cui applicazione non richieda l'emanazione di ulteriori atti dell'Unione o nazionali, di esecuzione o comunque integrativi. In effetti, l'art. 325 TFUE non sembra che risponda a questi requisiti, poiché richiede l'emanazione di ulteriori atti al fine di rendere le sanzioni effettive e dissuasive, fermo restando che lo Stato italiano e gli altri Paesi dell'Unione sono tenuti a dare attuazione alle previsioni contenute in questo articolo.

È ben nota poi la reazione della Corte costituzionale, che utilizzava lo strumento pregiudiziale e decideva di sollecitare un nuovo chiarimento da parte della Corte di giustizia sul significato da attribuire all'art. 325, primo e secondo paragrafo, TFUE sulla base della sentenza *Taricco*, prospettando un contrasto con il principio di legalità di cui all'art. 25 Cost., che costituisce un principio supremo dell'ordinamento

¹⁰ Cfr. R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 5, 2015, p. 4089.

¹¹ Più precisamente, la Corte riteneva violati i paragrafi 1 e 2, TFUE in due ipotesi: la prima quando “*detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea*”, la seconda quando “*preveda, 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 europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare*”.

¹² Cfr. C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una interlocuzione ad opera della Corte di giustizia*, consultabile sul sito www.forumcostituzionale.it, 5 ottobre 2016.

costituzionale italiano¹³. In presenza della violazione di questo principio, la Corte costituzionale ipotizzava la possibilità di applicare i noti controlimiti, ossia di dichiarare l'incostituzionalità della norma contenente l'ordine d'esecuzione del Trattato di Lisbona relativamente all'art. 325 TFUE (art. 2 legge 2 agosto 2008, n. 130).

Proprio per venire incontro alle esigenze manifestate dalla Corte costituzionale e risentendo verosimilmente della generale situazione di crisi in cui versa negli ultimi tempi l'Unione europea¹⁴, la Corte di giustizia è quindi ritornata sui propri passi, senza però mettere in discussione, di per sé, l'effetto diretto dell'art. 325 TFUE, ma focalizzandosi sulle conseguenze derivanti dall'applicazione immediata di questo articolo da parte del giudice nazionale sul principio di legalità in materia penale, al fine di giustificare il suo *revirement*.

Sotto questo profilo, la sentenza della Corte di Lussemburgo afferma due principi, strettamente connessi tra loro, i quali forniscono le linee direttrici che devono orientare i giudici nazionali. Per un verso, la Corte chiarisce che, in virtù del divieto di retroattività in *malam partem* della legge penale, la regola *Taricco* non può essere applicata ai fatti commessi anteriormente alla data di pubblicazione della sentenza che l'ha dichiarata. Per altro verso, la Corte demanda ai giudici nazionali di verificare la compatibilità della suddetta regola con il principio di determinatezza, ossia se la disapplicazione conduca a una situazione di incertezza nell'ordinamento giuridico italiano quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile. In definitiva, questi principi ridimensionano la regola *Taricco* senza svuotarla del suo contenuto essenziale e non riconoscendo espressamente il parziale cambiamento di orientamento, ma consentendo ai giudici nazionali di applicare, in presenza di determinate condizioni, lo standard più elevato di tutela dei diritti fondamentali garantito dalla nostra Costituzione. Si tratta evidentemente di un approccio più flessibile e comunque differente da quello della sentenza *Melloni*¹⁵, con la quale la Corte di giustizia si era mostrata intransigente nel difendere i principi del primato, dell'unità e dell'effettività del diritto dell'Unione, anche se in tal caso era già intervenuto un atto dell'Unione di armonizzazione esaustiva delle legislazioni nazionali. Invece, nella vicenda *Taricco* un atto dell'Unione (la direttiva 2017/1371/UE) è stato adottato solo recentemente e comunque successivamente all'avvio del giudizio in via principale, armonizzando solo in modo minimale la prescrizione per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione¹⁶.

¹³ Corte costituzionale, ordinanza 23.11.2016, n. 24 (in GU 1.02.2017, n. 5). Cfr. C. CUPELLI, *La Corte Costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 giugno 2018, consultabile sul sito www.penalecontemporaneo.it.

¹⁴ M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., p. 63.

¹⁵ Corte di giustizia, sentenza del 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*, EU:C:2013:107.

¹⁶ Cfr. il successivo par. 6.

3. Il dialogo apparente della Corte costituzionale.

Volgendo lo sguardo alla Corte costituzionale, si può ritenere che essa rivendichi nuovi spazi e nuove competenze, così come, del resto, le Corti Costituzionali di altri Stati membri¹⁷, facendo leva verosimilmente anche sull'attuale posizione di debolezza dell'Unione. In quest'ottica si inquadrano l'ordinanza n. 24/2017 e le sentenze nn. 269/2017 e 118/2018, con le quali la Corte costituzionale modifica il suo tradizionale approccio nei confronti della Corte di giustizia e dei giudici comuni.

Rileggendo la sentenza n. 232 del 1989 (nota come sentenza *Fragd*) e confrontandola con le ultime pronunce della Corte costituzionale, ci si rende conto delle differenze, anche di impostazione, nelle posizioni assunte dalla suprema Corte¹⁸. Pure in quella risalente decisione la Corte costituzionale aveva richiamato la teoria dei controlimiti e aveva evidenziato il suo dissenso rispetto all'orientamento formulato dalla Corte di giustizia, ma il suo ragionamento, articolato e dettagliato, si traduceva in una sollecitazione rivolta alla Corte di giustizia piuttosto che in una vera e propria minaccia, arrivando, peraltro, a dichiarare l'inammissibilità delle questioni sollevate¹⁹. Invece, nell'ordinanza di rinvio sulle frodi comunitarie la Corte costituzionale ha illustrato in modo deciso che, nel caso in cui la Corte di giustizia avesse mantenuto la propria interpretazione dell'articolo 325 TFUE in termini identici a quelli formulati nella sentenza *Taricco I*, essa avrebbe dichiarato l'illegittimità della legge nazionale di ratifica e di esecuzione del Trattato di Lisbona. Di fatto, la Consulta ha finito per individuare nel pieno riconoscimento del principio di legalità, da parte della Corte di giustizia, l'unica soluzione per scongiurare l'applicazione dei controlimiti.

Sulla stessa lunghezza d'onda si colloca anche l'*obiter dictum* contenuto nella sentenza 269/2017, che accentua la distanza della Corte costituzionale dalla Corte di giustizia. Invero, la Consulta è tornata in modo forte sulla questione dei controlimiti, non mostrandosi appagata dalla sentenza *M.A.S.*²⁰. Specificatamente, il Giudice delle leggi ha rivisto in senso estensivo la sua teoria dei controlimiti,

¹⁷ Cfr. D. SARMIENTO, *An Instruction Manual to Stop a Judicial Rebellion (before it is too late, of course)*, in <http://verfassungsblog>, 2 febbraio 2017; D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, in www.forumcostituzionale.it, 6 marzo 2017, p. 6; R. HOLDGAARD, D. ELKAN, G. KROHN SCHALDEMOSE, *From cooperation to collision: The ECJ's Ajos ruling and the Danish Supreme Court's refusal to comply*, in *CML Rev.*, 2018, p. 17.

¹⁸ Corte costituzionale, sentenza del 21 aprile 1989, n. 232, in G. U. 03.05.1989 n. 18.

¹⁹ In particolare, la sentenza *Fragd* affermava che "sarebbe assai arduo ipotizzare che proprio la Corte di Giustizia possa interpretare ed applicare il Trattato in modo lesivo di detti principi e diritti, e comunque sarebbe da escludere "anche in astratto" che le violazioni denunciate dal giudice remittente possano comportare una lesione siffatta".

²⁰ Cfr. C. SCHEPISI, *La Corte Costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all'efficacia diretta?*, in *Osservatorio europeo*, 2017; R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, consultabile sul sito www.osservatoriosullefonti.it; L. S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in questa *Rivista*, n. 3, 2018.

considerato che ha ipotizzato l'obbligo di sollevare una questione di legittimità costituzionale, laddove una legge sia oggetto di dubbi di legittimità, tanto in relazione ai diritti protetti dalla Costituzione italiana quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali in ambito di rilevanza comunitaria. Completa questo ragionamento, funzionale alla valorizzazione del controllo accentrato di costituzionalità sul rispetto dei diritti dell'uomo (e sui principi fondamentali del nostro ordinamento), l'espresso riferimento al principio secondo cui in presenza di una doppia pregiudiziale il diritto dell'Unione "non osta" al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità di competenza delle Corti costituzionali nazionali. Il che significa che la Corte costituzionale fa proprio un principio la cui legittimità è stata espressamente riconosciuta dalla stessa Corte di giustizia nelle suddette sentenze *Melki e A c. B.*, lasciando però irrisolti diversi interrogativi in merito alla sua competenza a pronunciarsi sulla Carta dei diritti fondamentali.

L'ultima sentenza della Corte costituzionale che chiude, almeno formalmente, la saga *Taricco* va ancora oltre. Tale arresto ha posto in evidenza delle frizioni non solo con la Corte di Giustizia, bensì anche, e soprattutto, con i giudici comuni, rivendicando in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell'Unione sia in contrasto "con i principi supremi dell'ordine costituzionale e con i diritti inalienabili della persona". In altre parole, la Corte costituzionale non condivide che la sentenza *M.A.S.* abbia rimesso agli organi giurisdizionali nazionali la valutazione circa l'applicabilità nel nostro ordinamento dei principi in essa contenuti. Diversamente da quanto affermato dalla Corte di Lussemburgo, nessuno spazio viene lasciato alla valutazione dei giudici interni, i quali possono soltanto limitarsi a sollevare la questione di legittimità costituzionale della normativa interna che consente l'ingresso della norma europea generatrice del contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale. Sulla base di queste premesse, il Giudice delle leggi afferma a chiare lettere che la regola *Taricco* non è applicabile, indipendentemente dalla collocazione dei fatti, prima o dopo l'8 settembre 2015, poiché in contrasto con il principio di determinatezza in materia penale ai sensi dell'art. 25, secondo comma, Cost.

Così facendo, la Corte costituzionale sembra manifestare una certa insofferenza nei confronti di principi consolidati della Corte di giustizia in merito al ruolo dei giudici interni nell'applicazione e interpretazione del diritto dell'Unione e all'insussistenza di un rapporto di tipo gerarchico tra questi organi nazionali. È ben noto, infatti, che la Corte di giustizia ha affermato che è incompatibile una norma o una prassi nazionale che non consenta al giudice di disapplicare immediatamente la norma contrastante con il diritto dell'Unione e lo costringa ad attenderne la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale²¹. È altrettanto noto che la Corte di giustizia ha evidenziato che neppure una

²¹ Corte di giustizia, sentenza del 9 marzo 1978, 106/77, *Simmenthal*, ECLI:EU:C:1978:49.

sentenza della Corte costituzionale o la pendenza dinanzi a quest'ultima di una questione di legittimità costituzionale fanno venire meno l'autonomo potere di valutazione del diritto dell'Unione da parte degli altri giudici interni²². Ad avviso della Corte costituzionale, invece, questo potere dei giudici comuni viene meno se l'applicazione della regola *Taricco* “venga a trovarsi in conflitto con l'identità costituzionale dello Stato membro e in particolare implichi una violazione del principio di legalità penale”. Pur non richiamando espressamente l'art. 4, n. 2 TUE, la Corte costituzionale pone l'accento sulla identità costituzionale, in quanto non accetta l'idea di una “comunitarizzazione” dei controlimiti sottratta al suo sindacato²³. Un orientamento, questo, già sostanzialmente presente nella giurisprudenza costituzionale, la quale affida in via esclusiva alla Consulta la soluzione dei conflitti delle norme dell'Unione con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona umana, nonché i casi di c.d. ribellione del legislatore²⁴, ma che si manifesta ora concretamente e con un'efficacia dirompente visto il contenuto della precedente sentenza della Corte di giustizia. In questo ragionamento della Corte Suprema nazionale viene omissivo qualsiasi riferimento all'art. 11 Cost., che costituisce il fondamento costituzionale per le limitazioni di sovranità necessarie ad assicurare il funzionamento dell'ordinamento dell'Unione e che era stato pure menzionato nell'ordinanza di rimessione, così come viene escluso che il conflitto possa essere sanato in via d'interpretazione.

Il rischio paventato dalla Consulta sull'incertezza del diritto, con l'adozione di orientamenti profondamente differenti tra i giudici nazionali, è reale e va tenuto in debito conto. Nondimeno, inizia a delinearsi un nuovo assetto dei rapporti tra diritto dell'Unione e ordinamento nazionale, che sembra indebolire i rimedi della disapplicazione e dell'interpretazione conforme da parte del giudice nazionale e il suo ruolo privilegiato con la Corte di giustizia in qualità di “giudice di diritto comune dell'Unione” ovvero di “giudice decentrato del diritto dell'Unione”²⁵.

Lo smarrimento degli organi giurisdizionali è dimostrato dall'ordinanza n. 3831 del 2018, *Bolognesi*, con la quale la Corte di Cassazione ha chiesto alla Consulta di chiarire se la competenza del giudice nazionale a disapplicare le norme nazionali nonché a ricorrere alla Corte di giustizia dopo una dichiarazione di infondatezza della questione di legittimità costituzionale possa riguardare altri profili di violazione del

²² Corte di giustizia, sentenza 16 dicembre 2008, causa C- 210/06, *Cartesio*, ECLI:EU:C:2008:723, p.to 94; sentenza del 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchinov*, ECLI:EU:C:2010:581, p.to 30; sentenza del 15-1-2013, causa C-416/10, *Križan e a.*, ECLI:EU:C:2013:8, p.to 69.

²³ Cfr. A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni*, Torino, 2006, p. 827.

²⁴ Corte costituzionale, sentenza 8 giugno 1984, *Granital*, n. 170. Cfr. G. TESAURO, *Sui limiti all'applicazione di norme esterne*, in E. TRIGGIANI – F. CHERUBINI – I. INGRAVALLO – E. NALIN – R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, 1027.

²⁵ A. BARAV, *Le juge et le justiciable*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano, II, 1998, p. 3.

diritto dell'Unione o i medesimi profili oggetto di valutazione della Corte costituzionale²⁶. La *ratio* di questa decisione della Corte di Cassazione è quella di conformarsi al cambio di rotta imposto dalla Corte costituzionale e di coinvolgere quest'ultima prima di avviare un eventuale dialogo con la Corte lussemburghese²⁷.

4. Il principio di legalità: i corollari della prevedibilità, della determinatezza e dell'irretroattività.

In questo delicato e mutevole quadro di rapporti tra Corte di giustizia, Corte costituzionale e giudici comuni, rischia di essere offuscata l'esigenza di chiarire il significato e la portata del principio di legalità in materia penale alla luce del diritto dell'Unione, che è stata posta in evidenza dalla vicenda *Taricco* e necessita di ulteriori approfondimenti.

Senza entrare nel merito di questioni teoriche-ricostruttive sulle quali si è ampiamente soffermata la dottrina, si può convenire che il principio di legalità rappresenti uno dei caratteri essenziali dello Stato di diritto e sia generalmente applicato in tutte le branche del diritto²⁸, sebbene con sfumature e contenuti parzialmente differenti, traducendosi in campo penale nel brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

È il caso di aggiungere che strettamente connesso al principio di legalità è l'istituto della riserva di legge²⁹, inserito in diverse disposizioni costituzionali, il quale prescrive che la disciplina di una materia o di un settore sia riservato alla legge parlamentare. Invece, possono essere considerati sotto-principi o corollari del principio di legalità: la prevedibilità e determinatezza della fattispecie penale, il divieto di retroattività o irretroattività della legge penale e il divieto di analogia in materia penale.

Con riferimento a questi corollari del principio di legalità, la Corte EDU ha utilizzato l'espressione “qualità di legge”, arrivando poi ad elaborare una vera e propria dottrina, che è stata richiamata anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia³⁰. Secondo questa dottrina la legge deve essere sufficientemente accessibile, precisa e prevedibile, poiché deve consentire al cittadino di prefigurare le conseguenze del suo comportamento³¹. In particolare, la “legge” deve essere sufficientemente chiara³² e

²⁶ Cfr. R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, cit.

²⁷ Questa tendenza volta a valorizzare il giudizio centralizzato di legittimità costituzionale si intravede anche nella recente ordinanza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, n. 1 del 3 maggio 2018, in Bollettino n. 17 del 7 maggio 2018. Cfr. L. CASSETTI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, in questa Rivista, 4 luglio 2018.

²⁸ R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Digesto disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994, p. 84.

²⁹ Cfr. G. U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 247.

³⁰ Cfr. P. MORI, *Il principio di legalità e qualità della legge e il ruolo del giudice comune tra Corte Costituzionale e Corti europee*, in G. CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018, p. 103.

³¹ Avv. Gen. P. Cruz Villalón, *Scarlet Extended SA*, cit., p. 95.

³² Corte EDU, sentenza del 3 luglio 2007, *Tan/Turchia*, ricorso n. 9460/03, §§ 22-26.

prevedibile per quanto riguarda il significato e la natura delle misure applicabili³³, nonché deve definire con sufficiente chiarezza l'estensione e le modalità dell'esercizio del potere di ingerenza nell'esercizio dei diritti fondamentali³⁴.

Si tratta di principi generalmente condivisi anche dall'Unione europea, in quanto i requisiti della prevedibilità, determinatezza e irretroattività sono principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri e sono espressamente sanciti dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali, che arriva finanche a riconoscere, a differenza dell'art. 7 CEDU, il principio della retroattività favorevole. Fatta eccezione per quest'ultimo principio, l'articolo 49, paragrafi 1 e 2, della Carta corrisponde all'articolo 7 della CEDU, sicché in forza dell'art. 52, par. 3, il significato e la portata dei diritti contenuti nella Carta sono sostanzialmente analoghi a quelli conferiti dalla CEDU, ancorché non sia precluso che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa. Al contempo, l'articolo 53 della Carta permette agli Stati membri di far ricorso, nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, a norme costituzionali interne che garantiscono un livello di protezione più elevato di un diritto fondamentale, a condizione che non siano compromessi il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione³⁵.

Sennonché, nel nostro ordinamento questi principi di legalità penale assurgono al rango di principi supremi ai sensi dell'art. 25, comma 2, Cost. e sono stati nel corso degli anni sviluppati dalla Corte costituzionale in tutte le loro espressioni, beneficiando di una tutela privilegiata³⁶. La Corte costituzionale non sembra perfettamente allineata alle supreme Corti europee in merito al contenuto e alla portata dei suddetti principi di legalità penale, in particolare il Giudice costituzionale attribuisce una rilevanza centrale alla riserva di legge, che è invece "estranea al principio convenzionale di legalità penale"³⁷.

Basti pensare al noto caso *Varvara*, in relazione al quale si è manifestato un conflitto tra Corte EDU³⁸ e Corte costituzionale³⁹, avendo quest'ultima messo in evidenza che i giudici nazionali sono tenuti a

³³ Corte EDU, sentenza del 24 aprile 1990, *Kruslin/Francia*, ricorso n. 11801/85, § 30; sentenza del 25 settembre 2006, *Coban/Spagna*, ricorso n. 17060/02.

³⁴ Corte EDU, sentenza del 14 settembre 2010, *Sanoma Uitgevers/Paesi Bassi*, ricorso n. 38224/03, §§ 81 e 82.

³⁵ Corte di giustizia, sentenza 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*, EU:C:2013:107, p.to 60.

³⁶ P. GROSSI, *La invenzione del diritto; a proposito della funzione dei giudici*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 2017, p. 831; G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge ... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in *costituzionalismo.it*, n. 1/2018, p. 114.

³⁷ Corte costituzionale, sentenza dell'8 ottobre 2012, n. 230. Cfr. P. MORI, *Il principio di legalità e qualità della legge e il ruolo del giudice comune tra Corte Costituzionale e Corti europee*, cit., p. 104.

³⁸ Corte EDU, sentenza del 29 ottobre 2013, *Varvara contro Italia*, ricorso n. 17475/09.

³⁹ Corte costituzionale, sentenza del 14 gennaio 2015, n. 49. Cfr., *ex multis*, V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2015, fasc. 1, p. 61; P. MORI, *Il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU: Corte costituzionale 49/2015 ovvero della "normalizzazione" dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, in www.sidi-isil.org, 2015; G. REPETTO, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU "consolidato": una prospettiva di adeguamento interpretativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2015, p. 411;

conformarsi alla giurisprudenza europea consolidata, mentre possono ignorare gli orientamenti non ancora definitivi della Corte europea senza sollevare una questione di legittimità costituzionale ex art. 117 Cost. Di particolare rilevanza, ai fini che qui interessano, è il passaggio della sentenza della Corte costituzionale dove si afferma che " l'esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto ... vale anche per le norme della CEDU, che hanno ricevuto ingresso nell'ordinamento giuridico interno grazie a una legge ordinaria di adattamento".

La vicenda *Taricco* rappresenta un altro esempio tangibile di queste frizioni tra Corti supreme, sebbene l'iniziale conflitto sia stato successivamente appianato nella prospettiva di riprendere il rapporto dialogico tra Corte di giustizia e Corte costituzionale.

Nel ripercorrere i passaggi più significativi del diverso modo di intendere il principio di legalità, occorre ribadire che la Corte di giustizia non giudicava inizialmente la disapplicazione del diritto nazionale in contrasto con i diritti degli imputati ed escludeva la violazione dell'art. 49 della Carta e dell'art. 7 CEDU, muovendo dalla premessa che il regime di prescrizione costituisce un istituto di diritto processuale. Nella parte motiva di questo primo arresto veniva altresì chiarito che tale disapplicazione non avrebbe violato l'articolo 49 della Carta, poiché avrebbe avuto per effetto soltanto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale pendente, di consentire un effettivo perseguimento dei fatti incriminati nonché di assicurare, all'occorrenza, la parità di trattamento tra le sanzioni volte a tutelare, rispettivamente, gli interessi finanziari dell'Unione e quelli della Repubblica italiana.

Queste affermazioni della Corte di giustizia rappresentavano uno dei motivi di attrito con la Corte costituzionale, che ribadiva invece il suo orientamento sulla riconducibilità del regime di prescrizione al diritto sostanziale e invitava in modo deciso la Corte dell'Unione ad ampliare l'oggetto del proprio scrutinio e ad esaminare - o più precisamente a riesaminare per arrivare a differenti conclusioni - se la norma relativa al regime di punibilità fosse sufficientemente determinata, anche al fine di circoscrivere la discrezionalità del giudice. Invero, la Corte costituzionale riteneva vaghi e generici, pure a seguito della prima pronuncia della Corte di giustizia, i criteri utilizzabili dai giudici nazionali per disapplicare le disposizioni del codice penale.

È interessante notare che nella successiva causa *M.A.S.* le conclusioni dell'Avvocato Generale si erano contraddistinte per una posizione ancor più netta della Corte di giustizia nell'interpretare l'art. 49 della Carta e l'art. 7 della CEDU, poiché affermavano che tali norme sui diritti fondamentali non ostano alla

V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in www.osservatorioaic.it, 2015.

disapplicazione delle disposizioni nazionali in contrasto con l'art. 325 TFUE, non considerando meritevoli di tutela le preoccupazioni sollevate dal Giudice delle leggi in merito all'esigenza di salvaguardare il principio di legalità⁴⁰. Per la precisione, l'Avvocato generale arrivava a dichiarare che ogni sistema incaricato di dare attuazione al diritto dell'Unione “ma che, di fatto, si risolve nella mancanza di sanzioni o in un rischio manifesto e grave di impunità, è per definizione in contrasto con il principio del primato del diritto dell'Unione e con il principio di effettività sul quale si fonda, in particolare, l'articolo 325 TFUE”⁴¹.

Successivamente, la Corte di Lussemburgo non ha seguito le conclusioni dell'Avvocato generale, bensì ha accolto i rilievi critici della Corte costituzionale e ha fatto un passo indietro tanto sull'irretroattività quanto sui requisiti di prevedibilità e determinatezza inerenti ai principi di legalità dei reati e delle pene, considerando legittimo che il giudice nazionale possa non conformarsi all'obbligo di disapplicare le disposizioni nazionali che avevano modificato il termine di prescrizione, al fine di impedire l'applicazione della precedente disciplina sulla prescrizione, meno favorevole per l'imputato.

Dopo il *revirement* della Corte di giustizia sulla vicenda *Taricco* ci si sarebbe aspettati una risposta dialogica della Corte costituzionale, che invece non è arrivata. Pur dichiarando infondate le questioni di legittimità costituzionale, la Corte costituzionale ha affermato 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”. Al di là di mere dichiarazioni di principio⁴², questo orientamento della Corte costituzionale non sembra improntato ad un dialogo vero e proprio, pervenendo alla conclusione *tranchant* che la regola *Taricco* risulta “irrimediabilmente indeterminata”, sicché tale regola non può avere “cittadinanza” nel nostro ordinamento.

Incidentalmente, occorre rilevare che la Corte di giustizia, dopo avere sacrificato gli interessi finanziari dell'Unione, in quanto recessivi rispetto al principio di legalità in materia penale, ha ripreso in una recente sentenza a difendere questi interessi, facendoli rientrare nelle esigenze generali che possono giustificare una limitazione al principio del *ne bis in idem*, ai sensi dell'art. 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti

⁴⁰ Avv. Gen. Y. Bot, 18 luglio 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, ECLI:EU:C:2017:564.

⁴¹ Avv. Gen. Y. Bot, conclusioni *M.A.S. e M.B.*, cit., p.to 83.

⁴² V. il comunicato ufficiale della Corte costituzionale del 10 aprile 2018, con il quale la Corte costituzionale, all'esito dell'udienza tenutasi in pari data, ha informato della decisione assunta nell'ambito della vicenda *Taricco*, consultabile sul sito www.cortecostituzionale.it/comunicatiAttualita.do. È il caso di ricordare che la Corte di Cassazione ha dato applicazione alla sentenza *M.A.S.* non consentendo la disapplicazione delle norme nazionali in tema di prescrizione con riferimento ai reati commessi antecedentemente alla data di deposito della sentenza *Taricco I* (Sez. IV, sentenza del 20 marzo 2018, n. 17401). Cfr. C. CUPELLI, *Aspettando (di nuovo) la Corte Costituzionale...sul caso Taricco ritorna la Cassazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 aprile 2018, consultabile sul sito www.penalecontemporaneo.it.

fondamentali⁴³. Da ciò sembra ricavarsi che la Corte abbia riservato un valore preminente alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione rispetto al principio del *ne bis in idem*. Viceversa, una successiva sentenza della Corte di giustizia ha evitato di prendere posizione in merito a problematiche di carattere generale concernenti il principio di legalità in materia penale, giudicando conforme all'art. 325 TFUE - in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE e con la direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto - una normativa nazionale che prevede una pena privativa della libertà unicamente qualora l'importo IVA non versato superi una determinata soglia di rilevanza penale⁴⁴.

5. La nozione di riserva di legge e le sentenze della Corte di giustizia.

La vicenda *Taricco* ha fatto emergere anche la questione relativa alla nozione della riserva di legge, che si rileva di particolare interesse e richiede un'attenta riflessione su questioni finora poco esplorate nel diritto dell'Unione. Difatti, l'esigenza di svincolare la portata della riserva di legge dalle qualificazioni nazionali non costituisce una questione soltanto formale, ma anche sostanziale, che finisce per investire il rapporto delle fonti interne con quelle dell'Unione.

È ben noto che nel nostro ordinamento ritroviamo diverse disposizioni costituzionali che prescrivono di riservare la disciplina di determinate materie ad una fonte di rango legislativo con esclusione delle fonti ad essa subordinate, essenzialmente per motivi garantistici, in quanto soltanto all'interno del Parlamento si realizza quel confronto dialettico tra maggioranza ed opposizione tale da tutelare gli interessi dei cittadini, ivi compresi quelli delle minoranze⁴⁵.

Lo stesso art. 25, comma 2, Cost. demanda alla legge approvata dal Parlamento la definizione degli ambiti di responsabilità penale e, al tempo stesso, preclude al giudice ogni funzione creatrice.

Nondimeno, occorre fare i conti con il fatto che l'attività del legislatore è per definizione vincolata, per volontà dello Stato medesimo, dalla necessità di rispettare gli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea. Il diritto dell'Unione ha contribuito in modo rilevante, se non determinante, al

⁴³ Corte di giustizia, sentenza del 20 marzo 2018, causa C-524/15, *Menci*, ECLI:EU:C:2018:197V. anche sentenze del 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*, ECLI:EU:C:2018:193; cause riunite C-596/16 e C-597/16, *Di Puma*, ECLI:EU:C:2018:192. Cfr. P. DE PASQUALE, *Note a margine delle conclusioni nel caso Menci: la storia del divieto di ne bis in idem non è ancora finita*, in *Osservatorio europeo*, 2017, consultabile sul sito www.dirittounioneeuropea.eu; A. GILIBERTO, *Legittima l'applicazione di sanzioni tributarie e penali per il medesimo fatto quando i soggetti puniti siano diversi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, fasc. 3, p. 1224.

⁴⁴ Cfr. anche Corte di giustizia, sentenza 2 maggio 2018, causa C-574/15, *Scialdone*, ECLI:EU:C:2018:295.

⁴⁵ In questi termini, v. S. FOIS, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963; R. BALDUZZI - F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1989, p. 1219. In termini differenti sulla nozione di riserva di legge, cfr. L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990; A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969.

ripensamento della sovranità statale quale potere illimitato, mettendo in discussione un concetto fondamentale del diritto pubblico nazionale. Il dogma dell'irresponsabilità del legislatore è stato superato, in quanto è ormai priva di giustificazione l'idea di un potere insindacabile dello Stato. Né tanto meno l'investitura popolare del Parlamento può consentire che il controllo sull'operato di questo potere fondamentale dello Stato sia soltanto di natura politica, libero cioè nei fini e sottratto perciò a qualsiasi sindacato giurisdizionale.

Sulla base di questa premessa ormai consolidata e in considerazione della crisi della centralità della legge di formazione parlamentare, c'è da chiedersi se la nozione di riserva di legge, intrinsecamente legata al principio di legalità, debba essere in qualche modo ripensata o comunque perfezionata alla luce del diritto dell'Unione.

L'istituto della riserva di legge nel diritto dell'Unione è più volte richiamato nella Carta dei diritti fondamentali (ad es. dall'art. 8 sulla protezione dei dati personali e dall'art. 17 sul diritto di proprietà), in particolare, la clausola limitativa generale dell'art. 52, par. 1, richiede che le restrizioni dei diritti fondamentali siano «previste dalla legge», anche se le relative “Spiegazioni” non forniscono alcun chiarimento in merito al significato da attribuire a quest'espressione del principio di legalità.

In questo quadro variegato e complesso sul significato da attribuire al concetto di riserva di legge, un primo ordine di problemi concerne l'equiparazione della fonte legislativa alla fonte giurisprudenziale, vista anche la presunzione di corrispondenza dei diritti della Carta dei diritti fondamentali rispetto ai diritti garantiti dalla CEDU.

A ben vedere, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto più volte modo di precisare che il termine “legge” deve essere inteso non solo nella sua accezione formale, bensì anche in quella materiale, includendo così sia il diritto scritto che il diritto non scritto o il diritto elaborato dai giudici⁴⁶. Di conseguenza, una giurisprudenza costante, pubblicata e seguita dai giudici inferiori, può risultare idonea a completare una disposizione legislativa ed a chiarirla al punto da renderla prevedibile. Vale a dire che il dispositivo della sentenza e la norma di legge interpretata tendono a fondersi in un precetto unico, che può limitare il contenuto di taluni diritti e libertà⁴⁷.

⁴⁶ Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times/Regno Unito* (n. 1), ricorso n. 6538/74, § 49; 13 luglio 1995, *Tolstoy Miloslavsky/Regno Unito*, ricorso n. 18139/91, § 37, e *Sanoma Uitgevers*, cit., § 83.

⁴⁷ Basti pensare, ad esempio, alla sentenza della Corte EDU *S.W. c. Regno Unito*, che ha ritenuto conforme all'art. 7 CEDU il superamento giurisprudenziale della c.d. *marital immunity* e il riconoscimento dell'illiceità della violenza sessuale indipendentemente dal rapporto tra l'autore e la vittima. Le conclusioni a cui la Corte di Strasburgo è pervenuta in merito alla rilevanza penale degli atti sessuali tra coniugi sono state considerate un esito interpretativo ragionevolmente prevedibile e hanno trovato il proprio fondamento nei cambiamenti socio-culturali.

Il nostro ordinamento non ricomprende, invece, le fonti giurisprudenziali nell'ambito delle fonti legislative, anche se inizia ad emergere una tendenza di segno contrario⁴⁸. In questa nuova prospettiva volta ad estendere i confini della nozione di legge, occorre mettere in risalto la sentenza della Corte di Cassazione in tema di *punitives damages* nella parte in cui statuisce che il principio di legalità postula che una condanna a “risarcimenti punitivi” provenga da fonte normativa riconoscibile, vale a dire che il giudice a quo abbia pronunciato sulla scorta di basi normative adeguate, che rispondano ai principi di tipicità e prevedibilità⁴⁹. Sebbene non riguardi la materia penale, ma la riserva di legge in tema di imposizione di nuove prestazioni patrimoniali ai sensi dell'art. 23 Cost., la sentenza si riferisce non solo alla legge, ma anche a “simile fonte, che abbia regolato la materia secondo principi e soluzioni di quel paese, con effetti che risultino non contrastanti con l'ordinamento italiano”. Pertanto, non si può ignorare l'affermazione del principio secondo cui il riconoscimento di una sentenza straniera sul risarcimento dei danni punitivi non è ontologicamente incompatibile con l'ordinamento normativo, anche se è necessario verificare, in sede di delibazione, gli effetti dell'atto straniero e la loro compatibilità con l'ordine pubblico. In coerenza con questa tendenza, c'è da chiedersi se il diritto dell'Unione e quello nazionale possano muoversi nella stessa direzione della Corte EDU in ordine all'equiparazione tra fonte legislativa e giurisprudenziale senza mettere in discussione i corollari del principio di legalità. In particolare, occorre riflettere sul fatto se la posizione tradizionale sulla nozione di legge sia da rivedere, quantomeno in relazione alle sentenze della Corte di giustizia.

Nell'Unione europea sembra indubitabile l'affermazione di un diritto di matrice giurisprudenziale, che risulta da un'attività di elaborazione sistematica, che integra e completa il dettato normativo. In tal senso, la Corte di giustizia è competente ad assicurare «il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati» ai sensi dell'art. 19 TUE, esercitando in questa sua funzione nomofilattica anche un'attività integratrice o finanche creatrice di regole e principi. Del resto, la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto alle sentenze della Corte di giustizia la medesima efficacia immediata delle disposizioni interpretate, integrando il loro significato e le loro possibilità applicative nonché vincolando il giudice nazionale all'interpretazione fornita, sia in sede di rinvio pregiudiziale che in sede di procedura d'infrazione⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. S. MILONE, *Legalità e ruolo creativo della giurisprudenza nei rapporti tra diritto penale e processo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, n. 2, p. 8; P. GROSSI, *La invenzione del diritto; a proposito della funzione dei giudici*, cit.

⁴⁹ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza del 5 luglio 2017, n. 16601. Cfr. A. BRIGUGLIO, *Danni punitivi e delibazione di sentenza straniera: "turning point nell'interesse della legge"*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, fasc. 5, p. 1597.

⁵⁰ Corte costituzionale, cfr., *ex multis*, sentenza dell'11 luglio 1989, n. 389 (in G. U. 26.07.1989, n. 30); sentenza del 18 aprile 1991, n. 168 (in G.U. 24.04.1991, n. 17); sentenza del 13 luglio 2007, n. 284 (in G.U. 18.07.2007, n. 28).

Se è inequivocabile il ruolo della giurisprudenza della Corte di giustizia nel sistema delle fonti, meno nitida è la possibilità di includere tale giurisprudenza nella nozione di riserva di legge in materia penale. In realtà, la stessa sentenza *M.A.S.* non offre una soluzione chiara in merito alla possibilità di comprendere nell'ambito di questa nozione le pronunce della Corte di giustizia. Nondimeno, nella parte in cui statuisce che spetta, in prima battuta, al legislatore nazionale stabilire norme sulla prescrizione che consentano di ottemperare agli obblighi derivanti dall'articolo 325 TFUE, in quanto è compito di questo potere dello Stato garantire che il regime di prescrizione in materia penale non conduca all'impunità di un numero considerevole di casi di frode grave in materia di IVA, la Corte di giustizia sembra lasciare spazio ad un successivo intervento giurisprudenziale in caso di inerzia del legislatore. Se questa è la posizione della Corte di giustizia, netta è, invece, quella della Corte costituzionale nell'opporvi a qualsiasi estensione della nozione di riserva di legge, poiché una scelta relativa alla punibilità deve essere autonomamente ricavabile dal testo legislativo al quale i consociati hanno accesso. Seguendo questo ragionamento del Giudice delle leggi, se anche la "regola *Taricco* potesse assumere, grazie al progressivo affinamento della giurisprudenza europea e nazionale, un significato meno sfocato, ciò non varrebbe a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto".

Dunque, la Corte costituzionale esclude in modo assoluto che una fonte giurisprudenziale possa ottemperare agli obblighi derivanti dall'articolo 325 TFUE, poiché la competenza a stabilire norme sulla prescrizione è devoluta in via esclusiva al legislatore.

Questo ragionamento non appare condivisibile in relazione ai reati commessi dopo, quantomeno, l'ultima pronuncia della Corte di giustizia (*Taricco II*), la quale dovrebbe soddisfare i requisiti qualitativi della legge individuati dalla giurisprudenza della Corte EDU, ossia i principi di irretroattività, prevedibilità e determinatezza, dando così attuazione al principio di effettività delle sanzioni per i reati in materia di IVA. Dopo che le sentenze della Corte di giustizia sul caso *Taricco* hanno chiarito il contenuto delle regole ricavabili dall'art. 325 TFUE, sollevando un ampio dibattito dottrinale che ha avuto grande risalto e visibilità, c'è da chiedersi se ciò sia sufficiente a colmare l'originaria carenza di precisione del precetto o se invece possa rimanere invariata una situazione di impunità di fatto in attesa dell'intervento legislativo. Peraltro, il riconoscimento del significato precettivo delle sentenze della Corte di giustizia e della loro idoneità a sanare il deficit di determinatezza in materia penale non implica la svalutazione dell'importanza della certezza del diritto e della prevedibilità delle decisioni giudiziarie, che conservano la loro validità e attualità⁵¹. Difatti, l'interpretazione della Corte di giustizia è strettamente ancorata al contenuto delle norme primarie dell'Unione da interpretare (art. 325 TFUE), è determinata dall'inerzia del legislatore e

⁵¹ Cfr. V. SPEZIALE, *Il declino della legge, l'ascesa del diritto giurisprudenziale e i limiti all'interpretazione giudiziale*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo I, 2018.

ha un rilievo concreto piuttosto circoscritto, vale a dire i fatti commessi dopo la pubblicazione della sentenza.

6. Segue. La nozione di riserva di legge e gli atti legislativi dell'Unione.

Una seconda questione, strettamente connessa alla precedente, concerne la possibilità di ricomprendere nella nozione di legge anche gli atti dell'Unione, giacché non sussiste in questo ordinamento sovranazionale una fonte formalmente paragonabile a quelle legislative utilizzate negli Stati membri.

Sebbene la questione non sia stata affrontata dalle due Corti supreme nella vicenda *Taricco*, si può ritenere che la nozione di riserva di legge comprenda gli atti giuridici dell'Unione adottati mediante procedura legislativa, ordinaria e speciale, vuoi perché tali atti sono definiti atti legislativi dall'art. 289, par. 3, TFUE, vuoi perché il Parlamento europeo costituisce l'istituzione rappresentativa della volontà e degli interessi dei cittadini europei.

Sulla stessa lunghezza d'onda si collocano le conclusioni formulate dall'Avv. Gen. Cruz Villalón nella causa *Scarlet Extended SA*⁵², confermate successivamente dalla Corte di giustizia⁵³, poiché interpretano la nozione di legge «nel senso parlamentare del termine», «come diritto deliberato», vale a dire «democraticamente legittimato», senza richiedere che la limitazione trovi sostegno in un fondamento legislativo del diritto interno. In proposito, non lascia adito ad alcun dubbio la sentenza resa dalla Corte di giustizia nella causa *J.N.*, nella parte in cui chiarisce che «siccome la limitazione in discussione discende da una direttiva che costituisce un atto legislativo dell'Unione, siffatta limitazione è prevista dalla legge»⁵⁴.

La giurisprudenza dell'Unione può apparire non del tutto chiara e lineare, in quanto nella successiva sentenza resa dalla Corte di giustizia nella causa *Al Chodor* si è affermato che i criteri obiettivi che definiscono la sussistenza di un rischio di fuga per il richiedente asilo devono essere fissati in una norma nazionale, cogente e di portata generale, escludendo, tra l'altro, che possa risultare sufficiente, al riguardo, una giurisprudenza consolidata che sancisca una prassi costante della polizia degli stranieri⁵⁵. In realtà, tale pronuncia non mette in discussione la riconducibilità degli atti legislativi dell'Unione alla nozione parlamentare di legge, poiché non si limita a statuire che il trattenimento dei richiedenti, realizzando un'ingerenza grave nel loro diritto alla libertà, è soggetto al rispetto di garanzie rigorose, tra le quali assume una particolare rilevanza la sussistenza di un fondamento normativo nazionale, oltre che la chiarezza, la prevedibilità, l'accessibilità e la protezione contro l'arbitrarietà. Al contempo, la Corte chiarisce, per un

⁵² Avv. Gen. P. Cruz Villalón, 14 aprile 2011, causa C-70/10, EU:C:2011:255, p.to 113.

⁵³ Corte di giustizia, sentenza del 15 febbraio 2016, causa C-601/15 PPU, *J.N.*, EU:C:2016:84; sentenza dell'8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd*, EU:C:2014:238, p.ti 38 e ss.

⁵⁴ Corte di giustizia, sentenza *Digital Rights Ireland*, cit., p.to 51.

⁵⁵ Corte di giustizia, sentenza del 15 marzo 2017, causa C-528/15, EU:C:2017:213, in particolare p.to 45.

verso, che il regolamento (UE) 604/2013 (c.d. regolamento Dublino III) costituisce un atto legislativo e, per altro verso, che è lo stesso regolamento che, a sua volta, fa riferimento al diritto nazionale per quanto attiene alla definizione di criteri obiettivi che evidenzino un rischio di fuga. Pertanto, la limitazione di un diritto fondamentale deve essere in questo caso stabilita dal diritto nazionale per volontà dello stesso legislatore dell'Unione e, quindi, anche del Parlamento europeo.

Invece, gli atti dell'Unione adottati mediante procedure diverse da quelle legislative, pur se talvolta assumono una particolare rilevanza sul piano politico-istituzionale, dovrebbero essere esclusi dalla nozione di riserva di legge non solo da un punto di vista formale, ma anche perché appare difficilmente ipotizzabile che la materia penale possa essere disciplinata senza il pieno coinvolgimento del Parlamento europeo (o di quello nazionale)⁵⁶.

Siccome la direttiva 2017/1371/UE⁵⁷, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, è stata adottata sulla base della procedura legislativa ordinaria, si può affermare che sia ormai intervenuta un'assemblea parlamentare rappresentativa degli interessi dei cittadini a disciplinare la materia di cui si discute, soddisfacendo in tal modo la riserva di legge in materia penale. Specificatamente, l'art. 12 della direttiva interviene armonizzando, sia pure parzialmente, il regime della prescrizione, poiché richiede agli Stati membri di dotarsi di norme sui termini necessari che consentano di contrastare le attività illegali ai danni degli interessi finanziari dell'Unione. Tale obiettivo viene perseguito, da un lato, imponendo agli Stati di prevedere un termine di prescrizione che consenta di condurre le indagini, esercitare l'azione penale, svolgere il processo e prendere la decisione giudiziaria entro un congruo lasso di tempo successivamente alla commissione di tali reati, dall'altro lato, consentendo agli Stati membri di fissare un termine di prescrizione più breve di cinque anni, ma non inferiore a tre anni, purché tale termine possa essere interrotto o sospeso in caso di determinati atti. Prima dell'adozione di tale direttiva lo Stato italiano poteva giustificare la mancata applicazione dell'art. 325 TFUE, facendo ricadere il regime della prescrizione nel diritto penale sostanziale e, quindi, nella riserva di legge. Successivamente all'entrata in vigore di questa direttiva, evocata dalla stessa sentenza *M.A.S.*, il quadro è cambiato, ma non sembra che la questione dell'impunità di fatto per i reati finanziari in materia di IVA sia stata risolta.

A prescindere dalla sfera di applicazione della direttiva, circoscritta ai soli casi di reati gravi contro il sistema comune dell'IVA, l'ostacolo maggiore deriva dal fatto che la normativa nazionale in tema di prescrizione appare conforme alle corrispondenti previsioni dell'atto dell'Unione, poiché tale normativa

⁵⁶ In senso contrario, v. P. MORI, *Il principio di legalità e qualità della legge e il ruolo del giudice comune tra Corte Costituzionale e Corti europee*, cit., p. 111 e ss.

⁵⁷ Sulla direttiva in generale, v. N. PARISI, *Chiari e scuri nella direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione*, in *Giurisprudenza Penale*, consultabile sul sito www.giurisprudenzapenale.com, 2017.

stabilisce che il termine minimo di prescrizione dei delitti tributari è di sei anni, a partire dal *tempus delicti commissi*, e che tale termine può essere aumentato in talune ipotesi di interruzione e sospensione o in quello di prescrizione della pena⁵⁸. Sotto questo profilo, ancorché non siano chiariti gli effetti delle cause interruttive o sospensive, non sembra che vi siano frizioni tra la normativa interna e il diritto dell'Unione, atteso che i termini di prescrizione della prima risultano più lunghi di quelli della direttiva.

Ma anche se si riuscisse a dimostrare la contrarietà della normativa nazionale alla direttiva, le lacune del nostro sistema non potrebbero, almeno nell'immediato, essere sanate. Il che significa che rimane invariato il deficit di effettività del sistema sanzionatorio dei reati finanziari in materia di IVA. Difatti, non si può ignorare, per un verso, che tale atto dell'Unione impone agli Stati membri di recepirlo entro il 6 luglio 2019 e, per altro verso, che non è ammissibile una sua applicazione all'"inverso" e in *mala partem*⁵⁹. In particolare, pur gravando sullo Stato italiano l'obbligo di astenersi dall'adottare qualsiasi misura che possa compromettere il conseguimento del risultato prescritto dalla direttiva, è indubbio che lo Stato inadempiente non possa pretendere, in assenza di trasposizione, l'esecuzione della suddetta direttiva nei confronti dei privati né ampliare o aggravare figure di reato già esistenti.

Tirando le fila di questo ragionamento, il recepimento della direttiva 2017/1371/UE, che potrebbe realizzarsi con la prossima legge di delegazione europea⁶⁰, risulta necessario, ma non sufficiente a risolvere la questione dell'impunità delle frodi carosello. Con tale recepimento, infatti, lo Stato italiano non potrà limitarsi a trasporre formalmente la direttiva, bensì dovrà dare piena attuazione anche ai principi di effettività e dissuasività del sistema repressivo, così come precisati nelle sentenze *Taricco*.

7. Questioni ancora aperte e prospettive evolutive (o involutive).

Si possono comprendere le motivazioni del *revirement* della Corte di Lussemburgo, vista la debolezza della sua posizione originaria in merito all'efficacia diretta dell'art. 325 TFUE, così come le preoccupazioni sollevate dalla Corte costituzionale in relazione ai suddetti corollari del principio di legalità penale. Tuttavia, in prospettiva futura resta ferma l'esigenza, soprattutto dopo l'ultimo arresto della Corte costituzionale, di evitare che il regime favorevole della prescrizione possa determinare una generalizzata impunità di fatto. Tanto più che le conseguenze negative di questa impunità, che rischiano di protrarsi ulteriormente a causa dell'inerzia del legislatore, non sono irrilevanti, ma ricadono sull'intera collettività.

⁵⁸ In questi termini, v. S. M. RONCO, *Frodi 'gravi' IVA e tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea: quali ricadute nell'ordinamento interno alla luce della Direttiva 2017/1371 del 5 luglio 2017?*, in *Archivio penale*, 2017, p.1. Cfr. anche E. LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, cit., p. 118.

⁵⁹ Corte di giustizia, sentenza del 3 maggio 2005, cause C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, ECLI:EU:C:2005:270.

⁶⁰ V. art. 3 della bozza di legge di delegazione europea 2018, del 1 agosto 2018, consultabile sul sito www.infoparlamento.it.

Né vi è il rischio di una deriva, per così dire, “giustizialista” dell'Unione europea, in quanto in molteplici occasioni la Corte del *Kirchberg* ha assunto orientamenti ben più garantisti di quelli degli ordinamenti nazionali. A titolo esemplificativo, si ricorda che la Corte di giustizia ha messo in chiara evidenza che uno Stato membro non può applicare una sanzione penale per il mancato espletamento di una formalità amministrativa allorché l'adempimento di tale formalità venga rifiutato o sia reso impossibile dallo stesso Stato membro in violazione del diritto dell'Unione⁶¹. Ciò significa che gli illegittimi comportamenti “a monte” delle autorità competenti in materia di rilascio di un titolo abilitativo contrari al diritto dell'Unione paralizzano la pretesa punitiva “a valle”.

Ad ogni modo, non può considerarsi definitivamente risolta la questione della riserva di legge, in quanto rimangono ancora aperti diversi problemi interpretativi che potrebbero essere sollevati dai giudici comuni per dimostrare la loro “fedeltà comunitaria” e, quindi, consentire alla Corte di giustizia di pronunciarsi sull'ultimo orientamento espresso dalla Corte costituzionale⁶², pur essendo il caso *Taricco* formalmente chiuso. In considerazione dell'estensione delle competenze concorrenti dell'Unione anche alla materia penale, non si condivide l'orientamento della Corte costituzionale che esclude in modo assoluto dalla nozione di riserva legge in materia penale le sentenze della Corte di giustizia e/o gli atti adottati dall'Unione secondo la procedura legislativa ordinaria o speciale. Sotto questo profilo, sembra che il differente modo di intendere i controlimiti da parte delle due Corti supreme finisca per riflettersi sulla nozione di riserva di legge in materia penale.

Nella vicenda *Taricco* queste problematiche non sono state affrontate in modo approfondito e necessitano di ulteriori chiarimenti, soprattutto se a seguito della sentenza *M.A.S.* e dell'approvazione della direttiva 2017/1371/UE lo Stato italiano continuerà a persistere nel suo inadempimento agli obblighi derivanti dall'art. 325 TFUE.

Pertanto, l'esigenza di riflettere ulteriormente sul rapporto tra diritto dell'Unione e nozione di riserva di legge è indipendente dall'eventuale avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione europea nei confronti dello Stato italiano, che non consente di risolvere tempestivamente la questione dell'impunità, visto anche il progressivo indebolimento di questo rimedio.

Ciò premesso, nella nozione di cui si discute può essere ricompresa la direttiva 2017/1371/UE, in quanto adottata da un'assemblea parlamentare democraticamente eletta, ma il suo utilizzo immediato per dare attuazione concreta all'art. 325 TFUE appare problematico, vuoi per la sua limitata sfera di applicazione

⁶¹ Corte di giustizia, sentenza del 15 dicembre 1983, causa 5/83, *Rienks*, ECLI:EU:C:1983:382, p.ti 10 e 11; 06.03.2007, cause riunite C-338/04, C-359/04 e C-360/04, *Placanica*, ECLI:EU:C:2007:133, p.to 69.

⁶² Cfr. R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e “controlimiti” costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7 novembre 2016, p. 17.

ai reati gravi, vuoi perché il suo regime della prescrizione non appare idoneo ad incidere sulla carenze sistemiche della normativa nazionale, vuoi per il divieto di utilizzare in *malam partem* una direttiva non attuata nei confronti dei privati.

La soluzione di compromesso poteva essere quella di far ricadere la sentenza della Corte di giustizia nella nozione di riserva di legge, in modo da consentire con la sua pubblicazione di soddisfare i requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività in materia penale. In questa prospettiva, il giudice nazionale avrebbe potuto disapplicare la normativa interna soltanto in relazione alle fattispecie criminose poste in essere dopo la sentenza *Taricco I* e, pertanto, si sarebbe pervenuti ad un risultato analogo a quello realizzabile per mezzo di una limitazione nel tempo degli effetti della pronuncia interpretativa della Corte di giustizia. Soluzione, quest'ultima, non praticabile nel caso di specie, in considerazione dell'impossibilità della sentenza *M.A.S.* di limitare nel tempo gli effetti della precedente pronuncia *Taricco I*⁶³. Tuttavia, la possibilità di applicare direttamente l'art. 325 TFUE alle frodi in materia IVA commesse dopo la sentenza *Taricco I* o, quanto meno, dopo la sentenza *M.A.S.* è stata esclusa dalla Corte costituzionale, che ha ripetutamente richiamato l'esigenza irrinunciabile di fare affidamento su un testo legislativo scritto in materia penale. Ne discende che non si può sanare il conflitto tra norme dell'Unione e norme nazionali in mancanza di un intervento del legislatore nazionale, in quanto rimangono in vigore gli artt. 160, ultimo comma, e 161 del Codice penale, senza che il giudice interno possa applicare direttamente l'art. 325 TFUE.

Non si tratta di questioni di poco conto, poiché si ricollegano all'obbligo di dare immediata attuazione al diritto dell'Unione, che era stato messo in evidenza nella risalente sentenza *Simmenthal*⁶⁴ e costantemente ribadito nella successiva giurisprudenza, ma che ormai sembra affievolito. Parafrasando proprio la sentenza *Simmenthal*, possiamo affermare che “Il riconoscere una qualsiasi efficacia giuridica ad atti legislativi nazionali [anche in materia penale] che invadano la sfera nella quale si esplica il potere legislativo della [Unione], o altrimenti incompatibili col diritto [dell'Unione], equivarrebbe infatti a negare, sotto questo aspetto, il carattere reale d'impegni incondizionatamente ed irrevocabilmente assunti, in forza del Trattato, dagli Stati membri, mettendo così in pericolo le basi stesse della [Unione]”⁶⁵.

Pertanto, per ridare vigore a questi principi fondamentali del diritto dell'Unione si pone l'esigenza di rivedere il concetto tradizionale di riserva di legge in materia penale, senza compromettere i corollari del principio di legalità, che garantiscono la prevedibilità, la determinatezza e l'irretroattività della pena.

⁶³ Corte di giustizia, sentenza del 17 maggio 1990, causa C- 262/88, *Barber*, ECLI:EU:C:1990:209, p.to 41. In questi termini, cfr. C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in Eurojus.it, in rivista.eurojus.it, 29.01.2017.

⁶⁴ Corte di giustizia, sentenza del 9 marzo 1978, causa 106/77, ECLI:EU:C:1978:49, p.to 18.

⁶⁵ Corte di giustizia, sentenza *Simmenthal*, cit., p.to 18.

Nell'attuale situazione di difficoltà del processo di integrazione europea, non appare tuttavia agevole realizzare questo segnale di discontinuità rispetto ai più recenti orientamenti della Corte costituzionale, che sembrano, invece, rafforzare la nozione tradizionale di riserva di legge. Ne consegue che l'unica strada al momento percorribile per risolvere tempestivamente la questione dell'impunità per i reati in materia di IVA rimane, a torto o a ragione, quella indicata dalla Corte costituzionale, ossia un intervento del legislatore che rimuova il conflitto al quale ha dato origine.