

Ci può essere dialogo tra le Corti senza leale cooperazione tra i legislatori? Dal caso *Taricco bis* al sindacato di costituzionalità “in supplezza” sulla legge penale

di Flavio Guella

Abstract: *Is it possible a dialogue among Courts without a fair cooperation among legislators? From the Taricco bis case to a “substitutive” constitutional adjudication on criminal law* – The article analyzes the *Taricco bis* case, discussing the short term results of this decision in the perspective of a broader fair cooperation among Courts and an effective European integration. The dialogue among the European Court of Justice and the Italian Constitutional Court is described focusing on the different patterns used to partially achieve the same goal (to avoid disapplication without a denial of the infringement of EU law). Looking to the possible future developments of cases like *Taricco*, the second part of the article is dedicated to an overview on the spaces for a constitutional adjudication on criminal law, to verify pros and cons of a possible direct and detrimental intervention of the Constitutional Court on the criminal statute of limitations, to comply with the EU duties of criminal protection in the hypothesis of an omission of the Parliament to legislate.

43

Keywords: *Controlimiti*; Non-retroactivity and precision in criminal law; Constitutional adjudication and the dialogue among Courts.

1. Il caso c.d. *Taricco bis* disattiva i controlimiti rinunciando alla disapplicazione, in “fiduciosa” attesa della determinatezza delle scelte parlamentari

Con la sentenza 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, la Grande sezione della Corte di giustizia si è pronunciata per la seconda volta nell’ambito della “saga *Taricco*”, accogliendo nei suoi tratti essenziali la soluzione “diplomatica” proposta dalla Corte costituzionale¹. Dal dialogo tra le due Corti emerge l’assenza dell’obbligo di disapplicare il regime italiano di interruzione della prescrizione penale, sebbene esso sia contrastante con il diritto dell’Unione; ciò in quanto tale disapplicazione sarebbe lesiva del principio di legalità, e costringerebbe pertanto il giudice costituzionale ad attivare i c.d. controlimiti. Permane quindi il contrasto della legislazione nazionale con il diritto dell’Unione, in violazione del principio del primato, e tuttavia il rimedio a ciò non può essere offerto dal giudice mediante disapplicazione così che la soluzione dell’antinomia sembrerebbe dover rimanere

¹ Cfr. C. Cupelli, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l’attesa sentenza della Corte di Giustizia*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 12, 2017, 177 ss.

onere del (solo) legislatore nazionale².

La vicenda, già ampiamente commentata³, pare quindi essersi risolta entro binari di fisiologico dialogo. L'assenza di strappi da parte sia della Corte costituzionale, sia della Corte di giustizia, accontenta entrambi gli attori giurisdizionali, ma non fissa tuttavia un punto finale alla questione: la risoluzione del contrasto – accertato ma non eliminato – resta in sospeso, affidata alle prossime mosse della Corte costituzionale o del legislatore italiano. Se gli attori nazionali non sapranno risolvere il contrasto con l'ordinamento dell'Unione, pertanto, si determinerà una violazione permanente e già accertata degli obblighi europei, relativamente alla quale attendersi ulteriori censure della Corte di giustizia.

Il dialogo tra le due Corti ha dato per assodato il fatto che nell'ordinamento italiano è mancata, per responsabilità dello Stato, una salvaguardia effettiva di valori europei. La Corte di giustizia ha nondimeno accettato di “ritardare” l'*enforcement* della mai negata supremazia del diritto dell'Unione, rinunciando allo strumento della disapplicazione, per non ledere incidentalmente valori costituzionali non solo nazionali, ma propri dell'Unione europea stessa (principio di irretroattività della legge penale, in questo caso però applicato ad un regime della prescrizione di natura sostanziale in quanto non armonizzato e, soprattutto, principio di determinatezza). La lesione del diritto UE, tuttavia, permane e grava sulle prossime mosse dell'ordinamento nazionale: se da un lato la posizione difesa dalla Corte costituzionale è stata rispettata grazie ad un'interpretazione che – nei risultati applicativi – è compatibile con i (non esplicitati) controlimiti, d'altro lato la stessa Corte costituzionale diviene in ultima istanza garante dell'obbligo per il legislatore di adeguarsi agli impegni europei, e proprio sul piano della giustizia costituzionale si andrà inevitabilmente a traslare la ricerca di una soluzione adeguata alle esigenze sia nazionali che europee (ciò, appunto, quale ultima istanza, se il Parlamento rimarrà inerte e se non si potranno rinvenire adeguate novità già nella c.d. riforma Orlando⁴).

² Per i primi commenti alla c.d. *Taricco bis*, cfr. C. Piermaria, *La quiete dopo la tempesta: la prescrizione dei reati tributari va applicata anche secondo la CGUE*, in *Corriere tributario*, fasc. 2, 2018, 114 ss.; R. Bin, *Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in *forumcostituzionale.it*, 2018; 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*, fasc. 12, 2017; M. Nisticò, *Taricco II: il passo indietro della Corte di giustizia e le prospettive del supposto dialogo tra le Corti*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 1, 2018; M. Bassini, O. Pollicino, *Defusing the Taricco Bomb through Fostering Constitutional Tolerance: All Roads Lead to Rome*, in *Verfassungsblog*, 2017.

³ Tra i numerosi contributi si rinvia agli atti raccolti in C. Paonessa, L. Zilletti, *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di Giustizia Taricco*, Pisa, 2016 e A. Bernardi, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, nonché agli atti del convegno “*Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*”, in *Rivista AIC*, n. 4/2016.

⁴ Peraltro, ferme le necessarie valutazioni anche empiriche a fronte dei futuri risultati applicativi in termini di abbattimento del prescritto, non sembra che sul piano meramente normativo possa essere ritenuto già un idoneo adeguamento – nella prospettiva degli argomenti della Corte di giustizia – quanto realizzato con la c.d. riforma Orlando di cui alla legge 103/2017; ciò posto che il nuovo regime della prescrizione conserva il sistema del tetto massimo a seguito di interruzione (solo aumentato alla metà per alcuni reati contro la PA), limitandosi ad introdurre nuove ipotesi di sospensione del termine nei gradi di giudizio successivi al primo (per un massimo di 18 mesi ciascuno, subordinato alla condanna e con

Un monito della Corte costituzionale al Parlamento italiano era peraltro già implicito nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale e, su un piano di ipotizzabile ulteriore inerzia, una seria verifica della percorribilità del sindacato *in malam partem* delle norme penali italiane non effettive rispetto ai vincoli UE – con ulteriori evoluzioni nell'approccio della giustizia costituzionale al sindacato sulla norma penale – pare indispensabile nella prospettiva di un dialogo tra le Corti che sia davvero “leale”⁵.

2. L'oggetto della vicenda Taricco: il regime di prescrizione penale pregiudizievole per gli interessi dell'Unione, tra principio di legalità e principio del primato

Riassumendo una vicenda giurisprudenziale già molto nota, in questa sede si può ricordare come la pronuncia pregiudiziale citata verta sull'esegesi dell'art. 325, par. 1 e 2, TFUE come già interpretato dalla sentenza dell'8 settembre 2015, *Taricco e a.*⁶, sempre della Grande sezione. Si tratta quindi dell'interpretazione di un'interpretazione precedente, in vista della quale la Corte costituzionale è interessata ad introdurre una prospettiva di maggior attenzione al “bilanciamento” tra valori, rispetto ad un'impostazione invece “funzionalistica” tipica del giudice europeo, che aveva lasciato in secondo piano alcuni diritti fondamentali⁷.

In sostanza, l'ordinamento dell'Unione europea impone di perseguire con misure “equivalenti” ed “effettive” (richiamando i due limiti all'autonomia procedurale degli Stati membri) i reati in materia di imposta sul valore aggiunto, in quanto un'effettiva riscossione del gettito IVA è fondamentale per il finanziamento del bilancio europeo⁸. Pertanto, il contrasto all'evasione costituisce interesse fondamentale per l'Unione, sulla base del quale il diritto primario o derivato può legittimamente imporre agli Stati anche l'adozione di determinati standard di repressione penale⁹.

causa sopravvenuta di perdita dell'efficacia sospensiva in caso di mancata conferma). Cfr. art 159, co. 2 e 3, c.p.

⁵ Cfr. *infra* i par. 7 ss.

⁶ C-105/14, EU:C:2015:555.

⁷ Tra i numerosi commenti, su posizioni funzionaliste e di bilanciamento cfr. G. Mobilio, *Dal caso Taricco al “redde rationem” tra Corte di Giustizia e Corte Costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, fasc. 4, 1009 ss.

⁸ Cfr. decisione 2014/335/UE, Euratom, 26 maggio 2014, relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione, GU 2014, L168, p. 105.

⁹ Cfr. Corte di giustizia 26 febbraio 2013, *Akerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 26; sul tema del diritto penale nella prospettiva dell'integrazione europea si rinvia a M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011; C. Grandi, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010; E. Pistoia, *Cooperazione penale nei rapporti fra diritto dell'Unione europea e diritto statale*, Napoli-Roma, 2008; U. Guerini, *Il diritto penale dell'Unione europea: la normativa, la dottrina, la giurisprudenza europea in materia penale e la cooperazione giudiziaria*, Torino, 2008; R. Sicurella, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea: linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005; V. Musacchio, *Diritto penale dell'Unione europea: questioni controverse e prospettive future*, Padova, 2005.

Il regime della prescrizione penale italiano¹⁰ fa decorrere i termini anche dopo l'esercizio dell'azione penale e, soprattutto, prevede tetti massimi assoluti non derogabili nonostante l'avvenuta interruzione della prescrizione (rendendo il termine massimo più simile ad una decadenza piuttosto che ad una prescrizione vera e propria, tanto che le conclusioni dell'Avvocato generale lo qualificano sostanzialmente come un *délai préfixé*¹¹). Nella prospettiva funzionale citata in precedenza, la Corte di giustizia ha ritenuto questo assetto normativo come potenzialmente lesivo dell'interesse finanziario dell'Unione; ciò in quanto, ove applicato ai reati di presentazione fraudolenta di dichiarazione IVA, che menzionino fatture o altri documenti relativi a operazioni inesistenti (c.d. frodi carosello¹²), un tetto massimo al termine prescrizionale rischierebbe di determinare una sistematica impunità per gli autori del reato.

Nel 2015 la prima sentenza *Taricco* riscontrava quindi una lesione degli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, par. 1 e 2, TFUE, in quanto le disposizioni del codice di procedura penale italiano impediscono di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un "numero considerevole" di casi di "frode grave". In questo modo, tuttavia, la prima sentenza della Grande sezione individuava almeno due parametri applicativi non determinati (numero considerevole e gravità della frode). Nonostante tale indeterminazione la Corte di giustizia affermava che il giudice nazionale competente è tenuto a dare piena efficacia al diritto dell'Unione disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali (riconoscendo quindi al Trattato un c.d. effetto verticale diretto "invertito", essendo l'applicazione a discapito del privato ma a vantaggio dell'effettività dell'ordinamento UE). Il tutto per vero, già nella prima sentenza, accompagnando l'obbligo di disapplicazione con la precisazione che il giudice – nell'ambito di tale operazione – deve comunque assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati¹³.

Il giudice ordinario italiano si è così trovato nella condizione di dover valutare la disapplicabilità della disciplina della prescrizione penale (in particolare, del tetto massimo a seguito di interruzione). La Cassazione e la Corte d'appello di Milano, riscontrando problemi di compatibilità con l'art. 25 Cost., hanno rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità della legge di ratifica dei Trattati europei, nella parte in cui tali accordi permetterebbero di disapplicare retroattivamente, e senza adeguata determinatezza nella fattispecie, la disposizione penale vantaggiosa in materia di prescrizione, sacrificando così – per garantire il primato del diritto UE – il principio di legalità penale.

La Corte costituzionale, a sua volta, condividendo i dubbi sollevati, non ha preteso dai giudici *a quibus* che essi stessi si fossero in via preliminare onerati del sollevare ulteriore questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, per verificare se – considerato il regime costituzionale italiano – altre disposizioni di diritto dell'Unione fossero interpretabili nel senso che già l'ordinamento europeo prevede che tale disapplicazione non debba avvenire in caso di lesione del principio di

¹⁰ Cfr. gli art. 157, 160 e 161 c.p.

¹¹ Cfr. il punto 79.

¹² Cfr. l'art. 2 del decreto-legislativo del 10 marzo 2000, n. 74.

¹³ Cfr. il punto 53.

legalità (argomentando dalla Carta di Nizza) oppure in caso di lesione dell'identità costituzionale nazionale (argomentando dall'art. 4, par 2, TUE); ipotesi in cui già l'ordinamento UE avrebbe neutralizzato il contrasto con la Costituzione italiana. Vista la stretta attinenza di questa questione con la Costituzione, invece, il giudice delle leggi italiano ha optato per sollevare esso stesso – senza mediazione del giudice *a quo* – il rinvio pregiudiziale, instaurando così un diretto dialogo con la Corte di giustizia¹⁴.

3. La posizione della Corte costituzionale: minaccia implicita dei controlimiti ma rispettando il ruolo nomofilattico della Corte di giustizia

Le prospettazioni della Corte costituzionale in sede di rinvio pregiudiziale sono state nette ma al contempo molto diplomatiche, evitando una diretta minaccia della logica dei controlimiti ed un'ingerenza negli spazi interpretativi propri della Corte di giustizia analoga a quella che altra corte nazionale aveva tentato nel caso *Melloni*¹⁵.

Il giudice costituzionale italiano non pretende di indicare alla Corte di giustizia quale sia l'interpretazione corretta del TFUE. La Corte costituzionale riconosce invece che effettivamente vi è una violazione del diritto UE, ma – semplicemente – evidenzia come l'ordinamento italiano non possa accettare, in quelle circostanze concrete, una tutela del primato mediante disapplicazione. Ciò in quanto il disapplicare sarebbe incompatibile non solo con l'irretroattività della norma penale sfavorevole (posto che la prescrizione penale è in Italia regola ritenuta sostanziale) ma, più radicalmente, anche con le esigenze di determinatezza della fattispecie penale, visto lo spazio di discrezionalità lasciato al giudice dalla prima sentenza *Taricco*¹⁶.

¹⁴ A commento dell'ordinanza 24/2017, tra i numerosi contributi si rinvia a A.C. Visconti, *Integrazione europea e "controlimiti". Una necessaria "actio finium regundorum"?*, in *DPCE*, fasc. 2, 2017, 543 ss.; R. Calvano, *Una questione pregiudiziale al quadrato ... o forse al cubo: sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 1, 2017, 301 ss.; P. Faraguna, *Diritto UE e principio di legalità penale: il "caso Taricco" ritorna alla Corte di Giustizia*, in *Studium iuris*, fasc. 5, 2017, 532 ss.; A. Franco, *Disapplicazione della prescrizione per i reati iva, principi costituzionali e controlimiti: l'ordinanza di rinvio della Corte costituzionale alla Corte di Giustizia UE*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, fasc. 2, 2017, 489 ss.; M. Gambardella, *Irretroattività e determinatezza della regola Taricco: la valutazione, nel rispetto del primato del diritto dell'Unione, spetta alla Corte costituzionale*, in *Cassazione penale*, fasc. 4, 2017, 1342 ss.; F. Giunchedi, *La Consulta, la "regola Taricco" ed il rapporto tra fonti europee*, in *Archivio penale*, fasc. 1, 2017, 141 ss.; M. Luciani, *"Intelligenti pauca". Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 1, 2017, 535 ss.; V. Manes, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco", note minime all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, fasc. 5, 2017, 333 ss.; F. Rossi, *Luci e ombre della reazione della Corte costituzionale alla sentenza "Taricco"*, in *Giurisprudenza italiana*, fasc. 6, 2017, 1425 ss.

¹⁵ Cfr. la sentenza 26 febbraio 2013, C-399/11, EU:C:2013:107; cfr. anche A.A. Demmig, *La Corte costituzionale è ferma sui controlimiti, ma rovescia sulla Corte europea di giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, fasc. 1, 507 ss., in particolare par. 4, e G. Lattanzi, *Il dialogo tra le Corti nei casi Melloni e Taricco*, in *Cassazione penale*, fasc. 6, 2017, 2131 ss.

¹⁶ Mentre non si fa cenno alla riserva di legge in sé, maggiormente problematica ove calata nella prospettiva dell'ordinamento sovranazionale. Sul diverso modello di legalità penale

Diplomaticamente, i controlimiti non sono mai citati in modo diretto, ma rimangono sempre sullo sfondo dell'argomentazione¹⁷. Con nettezza e decisione, d'altra parte, la Corte costituzionale non si accontenta di porre una barriera per il passato (con l'irretroattività), ma nell'avanzare la sua questione pregiudiziale chiarisce che – pur senza negare la violazione del diritto UE – essa non potrà accettare la disapplicazione nemmeno per la prescrizione futura, posto il perdurante contrasto con l'esigenza di determinatezza.

In sostanza, la Corte costituzionale prospetta come il disapplicare sia in assoluto troppo rischioso per i diritti fondamentali, lasciando residuare a tutela dell'ordinamento dell'Unione la sola iniziativa del Parlamento; organo legislativo di cui la Corte costituzionale però – in queste peculiari fattispecie – sostanzialmente non risponde, a meno di non introdurre un sindacato maggiormente effettivo sulle norme penali di favore, senza il quale l'ordinanza della Corte costituzionale finirebbe per presentarsi come l'atto di avvio di un dialogo in cui si è “promesso il fatto del terzo”. In sostanza il problema che la mediazione proposta dalla Corte costituzionale lascia aperto è quello del cosa farà la Corte costituzionale stessa, a tutela dell'ordinamento dell'Unione, nell'ipotesi in cui il Parlamento italiano non dovesse poi modificare il regime della prescrizione¹⁸.

Escluso l'orizzonte conseguente alla disapplicazione, nell'impostazione della Corte costituzionale la minaccia dei controlimiti rimane comunque solo tacita e non si disconosce l'avvenuta violazione del diritto UE. Per raggiungere l'obiettivo del riconoscimento della non disapplicazione, si lascia intravedere alla Corte di giustizia uno spazio di argomentazione coerente anche con l'ordinamento dell'Unione, al quale comunque rimarrebbe lo strumento di tutela della procedura di infrazione. La non disapplicazione, in questo senso, diventa una soluzione plausibile tanto nella prospettiva interna (per effetto dei controlimiti), quanto nella prospettiva sovranazionale (per effetto degli stessi diritti fondamentali propri dell'Unione), senza che la rinuncia a tale rimedio si traduca in una negazione del

accolto dalla Corte EDU si rinvia a V. Manes, “Common law-isation del diritto penale”? *Trasformazioni del “nullum crimen” e sfide prossime future*, in *Cassazione penale*, fasc. 3, 2017, 955 ss., in particolare par. 4 e 5.

¹⁷ Per commenti all'ordinanza della Corte cost. che pongono in discussione il grado di maggiore o minore significato “diplomatico” assunto dagli argomenti dell'ordinanza, e che di conseguenza pongono più o meno al centro della posizione della Corte un esplicito o implicito uso dei controlimiti, cfr. A. Bernardi, *La Corte costituzionale sul caso “Taricco”: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 1, 2017, 109 ss.; F. Palazzo, *La Consulta risponde alla “Taricco”: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Diritto penale e processo*, fasc. 3, 2017, 285 ss.; G. Repetto, *Una ragionevole apologia della “supremacy”*. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso “Taricco”, in *Diritto pubblico*, fasc. 1, 2017, 229 ss.; A. Celotto, *Un rinvio pregiudiziale verso il dialogo o per il monologo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 1, 2017, 183 ss.; G. Civello, *La Consulta, adita sul caso “Taricco”, ricorre alla Corte di Giustizia UE: orientamenti e disorientamenti nel c.d. “dialogo fra le corti”*, in *Archivio penale*, fasc. 1, 2017, 148 ss.; C. Cupelli, *Il caso “Taricco” e l'ordinanza 24 del 2017: prove di dialogo “a senso unico”*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 1, 2017, 266 ss.

¹⁸ L'ordinanza 24/2017 lascia anzi trasparire che – in caso di rinuncia alla disapplicazione da parte della Corte di giustizia – il sindacato di costituzionalità non dovrà svolgere, al punto 10 essendo qualificate in tal caso come “superate” le questioni di costituzionalità. Sugli spazi invece per un intervento della Corte costituzionale (e le problematiche che ciò comporterebbe) cfr. *infra* i par. 7 ss.

principio del primato. Principio che tuttavia esce fortemente menomato da questa soluzione, in assenza di una tutela interna (né disapplicazione, né giudizio di costituzionalità) e trovando rimedio nella sola procedura d'infrazione (con i suoi noti limiti strutturali, tali per cui se l'integrazione europea si fosse fondata su sole procedure di inadempimento, anziché su un primato garantito da disapplicazione, il mercato unico non avrebbe raggiunto l'attuale livello di integrazione e l'Unione sarebbe meno credibile come soggetto istituzionale unitario).

La Corte costituzionale suggerisce così alla Corte di giustizia una via d'uscita comunque dignitosa, accettabile nella prospettiva di breve periodo e che rinvia al futuro un approfondimento sulle garanzie per l'ordinamento UE susseguenti all'eventuale decisione di non disapplicare. Via d'uscita che è focalizzata sui profili di peculiarità – non evidenziati dal giudice del rinvio pregiudiziale nella prima causa *Taricco* – conseguenti alla natura sostanziale della prescrizione penale italiana (la quale, pur senza rappresentare un *unicum* nell'area europea¹⁹, certamente costituisce un'anomalia nel panorama comparato).

La Corte costituzionale evidenzia quindi alla Corte di giustizia come il regime italiano della prescrizione in materia penale rivesta natura sostanziale anziché processuale, rientrando pertanto nell'ambito di applicazione del principio di legalità penale²⁰. La via d'uscita prospettata sottende così la circostanza che la Corte di giustizia non conoscesse della natura della prescrizione penale italiana, o meglio non ne avesse approfondito le conseguenze in assenza di impulso del giudice del rinvio nella pronuncia *Taricco* del 2015 (giudice nazionale che aveva peraltro chiesto l'interpretazione di parametri diversi dall'art. 325, par. 1 e 2, TFUE, individuato d'ufficio dalla Grande sezione ma sul quale – quindi – non si sarebbe sviluppato né un adeguato contraddittorio, né un effettivo scambio di prospettive ed argomentazioni con la giurisprudenza nazionale).

Per queste ragioni la Corte costituzionale ritiene di avviare un nuovo dialogo con la Corte di giustizia, la cui giustificazione pratica si fonda sull'esigenza di un allargamento del *thema decidendum*. La Grande sezione, nella sentenza *Taricco*, si era infatti pronunciata sulla questione omettendo di valutare la compatibilità con il principio di determinatezza e riferendosi al principio di irretroattività senza prendere specificamente in considerazione la natura sostanziale della prescrizione²¹.

¹⁹ Cfr. ad esempio l'ordinamento spagnolo, greco, lettone, rumeno e svedese (mentre in Polonia e in Portogallo la prescrizione ha natura sia sostanziale che processuale).

²⁰ Pe sottolineare quanto sia cruciale nell'ordinanza della Corte costituzionale il problema di qualificare la prescrizione come istituto sostanziale e non processuale, cfr. A Bernardini, *L'ordinanza "Taricco" della Corte costituzionale alla prova della "pareidolia"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 1, 2017, 48 ss., in particolare la prima questione analizzata (par. sub 3.), e P. Mori, *La Corte costituzionale chiede alla Corte di giustizia di rivedere la sentenza Taricco: difesa dei controllimiti o rifiuto delle limitazioni di sovranità in materia penale?*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 2, 2017, 407 ss., in particolare il par. 4.

²¹ Per commenti alla prima pronuncia *Taricco* che riassumono le critiche di inadeguata "cognizione" – da parte della Corte di giustizia – della reale portata della questione nell'ordinamento italiano, cfr. S. Manacorda, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, in *Archivio penale*, fasc. 3, 2015, 867 ss.; C. Paonessa, *Lo strano caso Taricco, ovvero le garanzie del "tempori cedere" alla mercé di una eccentrica decisione europea?*, in *Criminalia*, 2015, 249 ss.; F. Rossi, *La sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia e il*

4. La decisione della Corte di giustizia: ribadire il primato e la sua violazione, ma cedendo sul fronte dei rimedi richiesti

La proposta della Corte costituzionale alla Corte di giustizia, anche se diplomatica sul piano formale (non toccando le prerogative interpretative della Corte di giustizia), si presentava nondimeno molto rigida nella sostanza: spostare l'attenzione sulla determinatezza evita infatti la disapplicazione anche *pro futuro*, e impone alla Grande sezione di “fidarsi” della leale cooperazione del Parlamento italiano (rinunciando alla tutela offerta dalle magistrature nazionali che – quale potere diffuso – avrebbero invece potuto disapplicare con effetto immediato per assicurare il primato del diritto dell'Unione).

Se l'Avvocato generale nelle sue conclusioni aveva minimizzato la questione della tassatività²², la Corte di giustizia nella sua sentenza è stata invece più aperta al dialogo, accogliendo l'impostazione della Corte costituzionale; soluzione che, come prospettata, lascia però appunto aperta la “saga”, in funzione delle future mosse del legislatore italiano.

In attesa dei possibili sviluppi interni, la Corte di giustizia ha quindi ridimensionato la portata della pronuncia *Taricco*: l'art. 325, par. 1 e 2, TFUE – a seguito delle precisazioni della Corte costituzionale in tema di natura sostanziale della prescrizione e conseguente problematica compatibilità con la determinatezza e l'irretroattività – non viene interpretato nel senso che esso imponga inderogabilmente al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di IVA, le disposizioni interne sulla prescrizione che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

Pur esclusa la disapplicazione, rimane però ferma l'interpretazione per cui tale disposizione del Trattato sul funzionamento impone agli Stati membri di contrastare le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure almeno equivalenti a quanto adottato per combattere le frodi lesive dei loro stessi interessi finanziari e, in ogni caso, effettive e dissuasive (se la sola equivalenza non risultasse sufficiente).

Rimane quindi fermo l'obbligo per gli Stati membri di garantire una riscossione effettiva delle risorse destinate all'Unione²³, con repressione delle frodi ed effettivo recupero delle somme. Tale obbligo di repressione – da realizzare necessariamente con sanzioni penali, dotate di carattere effettivo e dissuasivo – anche se non più assistito dallo strumento della disapplicazione delle disposizioni

problema degli obblighi di disapplicazione in “malam partem” della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE, in *Diritto penale e processo*, fasc. 12, 2015, 1564 ss.; G. Tarli Barbieri, *La “scommessa” dei controllimiti. Problemi e prospettive del giudizio di costituzionalità a margine della vicenda Taricco*, in *Criminalia*, 2015, 275 ss.; A. Vallini, *La portata della sentenza CGCE “Taricco”: un'interferenza grave in un sistema discriminatorio*, in *Criminalia*, 2015, 295 ss.

²² Cfr. R. Bin, *Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot*, in *DPC*, 20 novembre 2017. In sostanza le conclusioni dell'Avvocato generale cercano di supplire alla indeterminatezza facendo rinvio alla convenzione PIF (cfr. punti 116 e 117)

²³ Cfr. Corte di giustizia 7 aprile 2016, *Degano Trasporti*, C-546/14, EU:C:2016:206.

nazionali ad essa ostative continua comunque ad imporre a carico dell'ordinamento nazionale il perseguimento di un obiettivo non derogabile.

Il contrasto all'evasione non muta quindi di natura, e si pone sempre come un incondizionato obbligo di risultato a carico dello Stato membro²⁴. Esso semplicemente non è più assistito da disapplicazione (con conseguente mancata assunzione in capo alla magistratura del compito di colmare i margini di discrezionalità che residuano), ma ciò solo nei casi in cui la disapplicazione lederebbe il principio di legalità e comunque sempre salva la responsabilità per inadempimento imputabile all'ordinamento italiano.

4.1. La prescrizione penale come istituto non armonizzato a livello UE, che gli Stati membri rimangono liberi di qualificare in termini sostanziali anziché processuali

L'esclusione della disapplicazione è inoltre argomentata dalla Corte di giustizia senza alcuna concessione con la teoria dei pretesi controlimiti insiti negli ordinamenti nazionali, senza derogare quindi al tradizionale approccio monista alla giustificazione della supremazia. Per la Corte di giustizia tutta la questione muoverebbe infatti non da un problema di incompetenza dell'Unione ad armonizzare tale settore, ma semplicemente da una non avvenuta armonizzazione in concreto, che ha lasciato liberi gli ordinamenti nazionali di contrastare l'evasione IVA adottando regimi di prescrizione penale tendenzialmente non predeterminati.

Si ribadisce così che ove un legislatore nazionale prorogasse il termine di prescrizione con applicazione immediata, anche con riferimento a fatti addebitati che non sono ancora prescritti, ciò non verrebbe a ledere – in via generale – il principio di legalità dei reati e delle pene, come inteso a livello europeo²⁵. La tutela mediante sanzioni penali degli interessi finanziari dell'Unione, infatti, rientra nella competenza concorrente dell'Unione e degli Stati membri²⁶.

Nonostante tale competenza in astratto, la Corte di giustizia riconosce poi²⁷ che nella fattispecie concreta, al tempo dei fatti del procedimento principale, il regime della prescrizione applicabile ai reati IVA non era stato fatto oggetto di armonizzazione, ed anche successivamente tale armonizzazione è stata operata solo in modo parziale²⁸. In questo stato di cose (e, parrebbe, solo ed esclusivamente in questo stato di cose), “la Repubblica italiana era quindi libera, a tale data, di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico, detto regime ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati e alla determinazione delle pene, nel diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto, come queste ultime norme, al principio di legalità dei reati e delle pene”.

²⁴ Cfr. la sentenza *Taricco*, punto 51.

²⁵ In particolare in base all'art. 7 CEDU; cfr. Corte EDU, sentenze *Coëme e a. c. Belgio*, 22 giugno 2000, § 149; *Scoppola c. Italia (n. 2)*, 17 settembre 2009, § 110; *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia*, 20 settembre 2011, §§ 563, 564 e 570.

²⁶ Cfr. l'art. 4, par. 2, TFUE.

²⁷ Cfr. il punto 44.

²⁸ Cfr. la direttiva (UE) 2017/1371.

Tali passaggi argomentativi legittimano a ritenere che l'interpretazione prospettata dalla Corte costituzionale sia stata accolta dalla Corte di giustizia tenendo in conto un assetto normativo non armonizzato. Ove l'Unione dovesse imporre una concezione armonizzata di prescrizione a natura processuale, invece, le conclusioni della sentenza qui annotata non necessariamente potrebbero essere replicate (e già l'approvazione della direttiva (UE) 2017/1371 potrebbe far prevedere un atteggiamento meno permissivo in eventuali future riproposizioni della questione)²⁹.

4.2. La previsione già nella sentenza *Taricco* del valore preclusivo alla disapplicazione da accordare ai diritti fondamentali (quali diritto primario UE, anziché controlimiti)

La Corte di giustizia stempera l'impostazione della Corte costituzionale – pur se in pratica seguita – anche ricordando come già nella prima sentenza *Taricco* si fosse affermato che i giudici nazionali competenti, quando devono eventualmente valutare la disapplicazione delle norme contenute nel codice penale, sono tenuti ad assicurarsi che i diritti fondamentali delle persone accusate di aver commesso il reato siano comunque rispettati³⁰.

52

La Grande sezione sembra considerare già pacifico, nella sua precedente sentenza, che debba restasse consentito alle autorità e ai giudici nazionali di applicare gli standard (europei o nazionali³¹) di tutela dei diritti fondamentali; ciò sempre a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta e i principi del primato, dell'unità e dell'effettività del diritto dell'Unione³².

La Corte di giustizia ricorda l'importanza che riveste la legalità dei reati e delle pene, tanto nell'ordinamento giuridico dell'Unione quanto negli ordinamenti giuridici nazionali; principio che è riconosciuto anche a livello europeo nelle sue specificazioni di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile (e la *foreseeability* – dà per scontato la Corte di giustizia – deve applicarsi anche alle interpretazioni offerte dalle sue stesse sentenze, fermo restando che tale giudizio di “prevedibilità” o “calcolabilità” del precetto penale non può che essere operato in concreto dal giudice del singolo caso).

La Grande sezione non prende però neppure in considerazione la prospettiva nazionale di un eventuale controlimite a tutela di tali valori, evidenziando come i principi citati siano riconosciuti dall'art. 49 della Carta (oltre che dall'art. 7, par. 1, CEDU³³), il quale si impone agli Stati membri quando attuano il diritto dell'Unione (conformemente all'art. 51, par. 1, della medesima Carta). Il rispetto

²⁹ Cfr. il considerando 22 e l'art. 12 della direttiva 2017/1371/UE, specificamente dedicati al regime della prescrizione.

³⁰ Cfr. la sentenza *Taricco*, punto 53.

³¹ Restava aperto nella sentenza precedente il dubbio di qualificare la fonte dei diritti fondamentali cui ci si riferiva (se quelli di diritto interno o quelli propri della stessa Unione europea). Nella sentenza *Taricco bis* questo dubbio è stato sciolto, individuando nel parametro UE il solo riferimento utile (cfr. *infra* il par. 4.3.), senza possibilità per l'ordinamento nazionale di invocare più elevati standard di tutela di diritto interno (cfr. *infra* il par. 5).

³² Cfr. le sentenze *Melloni*, punto 60, e *Åkerberg Fransson*, punto 29.

³³ Cfr. la sentenza del 3 maggio 2007, *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05, EU:C:2007:261.

dei diritti fondamentali è quindi imposto agli Stati membri dall'ordinamento europeo stesso, allorché essi prevedano – nell'ambito degli obblighi loro imposti dall'articolo 325 TFUE – di infliggere sanzioni penali per i reati in materia di IVA.

L'obbligo di garantire l'efficace riscossione delle risorse dell'Unione non può contrastare con il principio di legalità non tanto perché il primato soffra di un controlimito, ma perché è lo stesso diritto primario dell'Unione ad imporre tale soluzione³⁴. Nell'argomentazione della Corte di giustizia il carattere costituzionale e nazionale del principio di legalità penale rileva quindi unicamente per definire le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, in quanto parte dei principi generali dell'Unione stessa³⁵.

4.3. Una legalità penale europea: il mancato riconoscimento dei controlimiti anche grazie all'incorporazione della questione dei diritti fondamentali nell'ordinamento UE

Pur giungendo al risultato pratico auspicato dalla Corte costituzionale, la Corte di giustizia non rivoluziona l'impostazione di fondo del proprio precedente del 2015, ma semplicemente specifica la portata dei principi affermati tenendo conto della peculiare natura della prescrizione italiana. Le coordinate generali del principio del primato rimangono le stesse e la Grande sezione insiste nel leggere i limiti applicativi di tale supremazia in un'ottica comunque interna all'ordinamento UE: non c'è riconoscimento della dottrina dei controlimiti, neppure "interiorizzandola" in un'ottica fondata sui trattati mediante una valorizzazione dell'art. 4, par. 2, TUE sulle identità nazionali (costituzionali) degli Stati membri³⁶.

La Corte di giustizia sottolinea invece che le coordinate sulla base delle quali il giudice nazionale deve decidere se disapplicare (come sarebbe tenuto a fare in linea di principio) o non disapplicare (come possibile solo ove si debbano tutelare diritti fondamentali) sono quelle individuate dallo stesso catalogo di diritti UE, in particolare per come specificato dal rinvio alla CEDU e – pertanto con rilevanza solo incidentale dei singoli ordinamenti nazionali – alle tradizioni costituzionali comuni.

Si ribadisce così che per valutare l'eventuale antinomia tra disapplicazione imposta dal principio del primato e diritti fondamentali il primo parametro è costituito dall'articolo 49 della Carta dei diritti; parametro che – coerentemente con le spiegazioni alla Carta dei diritti fondamentali³⁷ e con l'art. 52, par. 3, della Carta stessa – deve presentare significato e portata identici al diritto garantito dall'art. 7, par. 1, della CEDU³⁸.

³⁴ Cfr., per analogia, la sentenza del 29 marzo 2012, *Belvedere Costruzioni*, C-500/10, EU:C:2012:186, punto 23.

³⁵ In questa prospettiva i principi costituzionali nazionali di irretroattività della legge penale erano già stati elevati a fonte di un principio generale dell'Unione dalla sentenza 13 novembre 1990, *Fedesa e a.*, C-331/88, EU:C:1990:391, punto 42.

³⁶ Sull'uso dell'art. 4 TUE al fine di "europeizzare" i controlimiti cfr. A. Ruggeri, *Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corti nazionali*, in *federalismi.it*, fasc. 18, 2014.

³⁷ GU 2007, C 303, p. 17.

³⁸ Secondo quell'osmosi tra ordinamenti su cui si rinvia, da ultimo e per lo specifico settore del processo penale, a M. Daniele, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione*

L'interpretazione del principio di legalità penale operata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo risulta quindi dirimente – in tema di necessaria determinatezza della fattispecie penale – anche senza che siano invocate le disposizioni costituzionali nazionali, come fatto invece dalla Corte italiana; risulta infatti pacifico che il diritto penale, anche di matrice giurisprudenziale, non rispetta lo standard di tutela CEDU qualora i requisiti di accessibilità e prevedibilità non siano soddisfatti, e già questo limite di derivazione convenzionale escluderebbe in concreto la disapplicabilità nei termini “indeterminati”³⁹ prospettati dalla prima sentenza *Taricco*⁴⁰.

Soluzione che peraltro rimane aperta ad alcuni dubbi, nella misura in cui l'ordinamento italiano presenta peculiarità che impongono un'applicazione delle sole pronunce della Corte EDU adeguatamente consolidate e meditate anche alla luce delle specificità nazionali⁴¹. Rimane infatti fermo – ad esempio – il fatto che un ruolo risolutivo della giurisprudenza della Corte di Strasburgo non può essere prospettato in tema di principio di irretroattività della legge penale, applicato al regime della prescrizione; ciò posto che in ambito CEDU la prescrizione penale è normalmente qualificata – così come peraltro emerge quale soluzione prevalente anche nel panorama comparato – come un istituto di carattere processuale⁴², mentre la Grande sezione nella sentenza di fine 2017 ha riconosciuto la legittimità di un regime nazionale non (ancora) armonizzato in materia.

4.4. Un dialogo fatto di “non detti”: pragmatica convergenza sul risultato finale senza prendere posizione sui controlimiti e senza negare la violazione del diritto UE

In concreto, la Corte di giustizia assume quindi una decisione pragmatica che evita di prendere posizione sui profili che la stessa Corte costituzionale ha collocato solo sullo sfondo della propria ordinanza (controlimiti e ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE).

Pur realizzando l'obiettivo applicativo avuto di mira dalla Corte costituzionale, la sentenza *Taricco bis* – sul piano giuridico e teorico-sistematico – non può essere considerata una “resa incondizionata” alla prospettiva nazionale.

La Grande sezione interviene infatti sulla base di una serie di argomentazioni pienamente coerenti con una prospettiva di protagonismo delle dinamiche dell'integrazione: si riafferma l'avvenuta violazione del diritto dell'Unione da parte dell'ordinamento italiano; si indica nel diritto primario dell'Unione la fonte nella quale individuare i valori fondamentali che possono portare ad omettere la disapplicazione; si ricorda che questa possibilità era già stata prospettata nella prima sentenza, nonostante le lacune nella questione sollevata dal giudice del rinvio pregiudiziale; si precisa – a sfondo di tutta l'argomentazione – che una simile

Europea, CEDU e sistemi nazionali, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 4, 2016

³⁹ Cfr. il riferimento al numero considerevole di casi e alla gravità della frode, punto 47 della sentenza *Taricco* del 2015.

⁴⁰ Cfr. Corte EDU, 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*; 7 febbraio 2002, *E.K. c. Turchia*; 29 marzo 2006, *Achour c. Francia*; 20 settembre 2011, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia*.

⁴¹ Cfr. a partire da Corte cost. 311 e 317/2009.

⁴² Cfr. Corte EDU, sentenze 22 giugno 2000, *Coëme e a. c. Belgio*; 12 febbraio 2013, *Previti c. Italia*; 22 settembre 2015, *Borcea c. Romania*.

eccezione all'ordinario dovere di disapplicare è legata anche al peculiare regime non armonizzato della prescrizione penale rispetto ai reati di evasione IVA, che ha permesso il permanere di un istituto a natura sostanziale del tutto peculiare (che – resta sotteso – avrebbe invece ceduto alle esigenze di integrazione, in caso di avvenuta armonizzazione).

Il tutto è affermato in modo asettico, e nulla nella motivazione della Corte di giustizia pare prospettare cedimenti a favore di una dottrina dei controlimiti, neppure in una sua versione “interiorizzata” nel sistema dell'Unione (che pure nel lungo periodo pare una prospettiva utile e condivisibile)⁴³. Nonostante questa impostazione coerente con la ricostruzione teorica di fondo consolidatasi in passato, l'esito pratico perseguito dalla Grande sezione è esattamente lo stesso prefigurato dalla Corte costituzionale.

In pratica la sentenza riconosce come i requisiti di prevedibilità, determinatezza ed irretroattività, inerenti al principio di legalità, si applichino – nell'ordinamento “sostanzialistico” italiano – anche al regime di prescrizione relativo ai reati in materia di IVA.

Come conseguenza, in primo luogo, spetta al giudice nazionale verificare se la condizione già richiesta della sentenza *Taricco*⁴⁴ sia rispettata: se la disapplicazione conduce ad una situazione di incertezza nell'ordinamento giuridico italiano quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile anche ai reati in materia di IVA commessi dopo la sentenza del 2015, la disapplicazione sarebbe in contrasto con il diritto dell'Unione (prima ancora che con il diritto nazionale).

In secondo luogo, e preso atto delle peculiarità della natura della prescrizione in Italia, senza rinviare alla valutazione del giudice nazionale è la stessa Corte di giustizia ad affermare che il principio di legalità riconosciuto dalla Carta dei diritti osta certamente a che la prescrizione sia ridotta retroattivamente per coloro che hanno commesso reati in materia di IVA prima della pronuncia della sentenza *Taricco* (applicazione retroattiva che sarebbe invece ammissibile negli ordinamenti nazionali che accordano alla prescrizione natura processuale, vista l'autonomia statale nel qualificare tale profilo non armonizzato).

La disapplicazione è quindi esclusa dallo stesso diritto primario dell'Unione europea, ed è esclusa anche se la stessa rappresenterebbe mezzo idoneo per rimediare ad una oramai accertata e strutturale situazione nazionale incompatibile

⁴³ Per le esperienze e le prospettive di europeizzazione della logica dei controlimiti, cfr. R. Caponi, *La tutela della identità nazionale degli Stati membri dell'U.E. nella cooperazione tra le corti: addio ai “controlimiti”?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, fasc. 4, 2011, 915 ss. e P. Faraguna, *Il caso Sayn-Wittgenstein: la Corte di giustizia traccia un modello di “controlimiti europeizzati”?*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 2, 2011, 437 ss. Sull'auspicabilità di tale risultato interpretativo raggiungibile a partire dall'art. 4 TUE, per un'analisi di come primato ed identità siano concetti che si condizionano reciprocamente (e di come il loro conflitto sia stemperabile entro la fisiologia dell'ordinamento dell'Unione), cfr. A. Ruggeri, *Primato del diritto sovranazionale “versus” identità costituzionale? Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i “controlimiti”*, in *Lo Stato*, fasc. 6, 2016, 47 ss.

⁴⁴ Cfr. il punto 53.

con il diritto dell'Unione⁴⁵. Spetta pertanto al solo legislatore nazionale di adottare le misure necessarie⁴⁶, la soluzione della carenza di effettività lesiva dell'ordinamento europeo potendo transitare o per una rinnovata leale cooperazione del legislatore italiano o per una eventuale procedura di infrazione.

5. Ciò su cui una tutela massimalista dell'ordinamento costituzionale non ha trovato soddisfazione: la non invocabilità dell'identità nazionale/costituzionale e la non introducibilità di standard di tutela dei diritti più elevati rispetto a quelli dell'Unione

La legittimazione della permanenza anche in futuro di questa situazione di eccezione/trasgressione all'effettività dell'ordinamento dell'Unione è stata quindi esclusa, ed essa peraltro si sarebbe potuta conseguire solamente sulla base di un percorso argomentativo radicalmente diverso – in cui neppure l'ordinanza della Corte costituzionale dimostrava di credere molto – da svolgersi ponendo al centro di un dialogo tra le due Corti i parametri dell'art. 4, par. 2, TUE e dell'art. 53 della Carta dei diritti. Una vera “deroga” permanente alle esigenze di integrazione europea, fondata sui diritti costituzionali nazionali, non pare quindi prefigurabile.

L'approfondimento dei parametri citati avrebbe infatti fatto emergere la radicale divergenza di impostazioni – dualista e monista – seguite dalla giurisprudenza nazionale ed europea, forzando le due Corti a convergere o su una concezione dei controlimiti “accentrata” in capo all'ordinamento dell'Unione (preclusiva di riserve di sovranità legittimate in ottica dualista), o ad un riconoscimento esplicito delle dottrine elaborate dalle Corti costituzionali nazionali in tema di principi supremi (con rinuncia da parte dell'Unione ad una visione monista dell'ordinamento europeo, e riconoscimento di legittime “rotture” interne al processo di integrazione). Un'interpretazione estensiva delle disposizioni citate può infatti legittimare la dottrina dei controlimiti, o riconoscerne la preesistenza all'integrazione (dualismo), o fondandone a livello di ordinamento dell'Unione stesso la legittimità (monismo).

L'art. 4, par. 2, TUE prevede infatti che «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale»; disposizione che, nell'interpretazione più ampia che poteva prospettarsi (ma solo sottesa all'ordinanza 24/2017), verrebbe a consentire al giudice nazionale di sottrarsi all'obbligo fissato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Taricco* se l'ottemperanza alla stessa andasse a ledere principi supremi che definiscono l'identità costituzionale italiana.

L'art. 53 della Carta afferma invece che «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto

⁴⁵ A tale riguardo la sentenza c.d. *Taricco bis* richiama in analogia la sentenza 10 luglio 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, punti 58 e 59, evidenziando come la disapplicazione del giudicato non costituisca rimedio comunque dovuto, a prescindere dalle peculiarità delle circostanze.

⁴⁶ Cfr. i punti 41 e 42.

dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri»; disposizione che, sempre sulla base di un'esegesi favorevole ai controlimiti, potrebbe essere intesa come un'autorizzazione per gli Stati membri ad applicare il più elevato livello di tutela dei diritti fondamentali riconosciuto dalle Costituzioni nazionali, e ciò anche a discapito dell'attuazione del diritto dell'Unione.

L'uso di entrambe le previsioni del diritto primario UE risulta però sottodimensionato nell'argomentazione della Corte di giustizia, che dà per scontata un'interpretazione delle stesse con la quale se ne stempera l'utilità in ottica di controlimiti: la portata dell'art. 53 della Carta dei diritti è circoscritta perché l'unità dell'ordinamento dell'Unione europea prevale sul più elevato standard nazionale di tutela dei diritti; l'utilità dell'art. 4, par. 2, TUE è ridimensionata perché l'identità costituzionale/nazionale risulta essere un qualcosa di diverso e più eccezionale rispetto ai principi fondamentali.

Riguardo l'art. 53 della Carta, il margine di discrezionalità statale nel fissare il livello di tutela dei diritti fondamentali garantito nell'attuazione del diritto dell'Unione è limitato dalla necessità che tale livello di protezione sia «consono al diritto dell'Unione»⁴⁷; in altri termini, la salvaguardia dei diritti fondamentali, quando entra in gioco la competenza dell'Unione, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità di essa⁴⁸. Impostazione che osta, quindi, ad un'inottemperanza nazionale agli obblighi europei che sia motivata sulla base di esigenze di maggior tutela dei diritti, pena la negazione di fatto del principio del primato. Anche se un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, rimane consentito alle autorità e ai giudici nazionali di applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali solo se ciò non compromette né il livello di tutela previsto dalla Carta, né il primato, né l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione⁴⁹.

Riguardo l'art. 4, par 2, TUE la Corte omette di entrare nel merito, seguendo invece il percorso argomentativo pragmatico descritto in precedenza⁵⁰. A riguardo, certamente la giurisprudenza della Corte di giustizia non nega la necessità di tener conto dell'identità nazionale (in specie, costituzionale) degli Stati membri, ai sensi del dato letterale del Trattato essendo consentito ad ogni Stato membro di contestare le disposizioni del diritto dell'Unione (anche primario) che ritenga eventualmente lesive di tale identità. Il problema è tuttavia definire cosa tale identità sia: operazione interpretativa nella quale la Grande sezione non si avventura, ma che le conclusioni dell'Avvocato generale parevano operare in termini restrittivi⁵¹. In ogni caso, un vero dialogo con la Corte costituzionale su

⁴⁷ Cfr. le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, GU 2007, C 303, p. 17.

⁴⁸ Cfr. la sentenza del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, EU:C:1970:114, punto 4.

⁴⁹ Cfr. ancora la sentenza *Melloni*, punto 60.

⁵⁰ Nell'intera sentenza non è mai preso in considerazione il parametro dell'art. 4, TUE.

⁵¹ Cfr. i punti 169 ss. delle conclusioni dell'Avvocato generale.

tale questione definitoria non si è svolto, posto che l'ordinanza di rinvio pregiudiziale omette di definire metodologicamente quali principi fondamentali costituiscano principi supremi e, quindi, possano integrare il concetto di identità.

6. Dopo il dialogo, permanenza dell'inadempimento e obblighi ulteriori di leale cooperazione: fiducia nella politica (penale) o supplenza della Corte costituzionale?

Nell'impostazione dell'Unione europea, poste le premesse di cui sopra, certamente non tutti i diritti fondamentali costituiscono principi supremi⁵², e non sono quindi fornite indicazioni chiare su quali aspetti del principio di legalità penale possano essere ritenuti caratterizzanti di un'identità costituzionale italiana. In passato, peraltro, la stessa difesa erariale italiana aveva identificato i principi supremi o fondamentali con le sole garanzie costituzionali "essenziali" quali, a titolo esemplificativo, la natura democratica della Repubblica e il principio di uguaglianza, mentre si era escluso che i principi supremi potessero essere individuati in garanzie processuali, per quanto importanti nella – diversa – ottica dei diritti fondamentali⁵³.

Omettendo di richiamare questi parametri normativi "politicamente" difficili, tuttavia, il problema del caso *Taricco* transita dal presentarsi come questione di rapporti tra ordinamenti (i principi supremi dell'uno confliggendo con il primato dell'altro) al rimanere una questione di mera definizione in concreto dei diritti fondamentali (riconosciuti da entrambi, ed affermati nell'ordinamento UE perché sia il giudice nazionale a valutarne l'applicazione con disapplicazione del diritto interno, o meno). Se la questione è di diritti fondamentali, la questione è interna all'ordinamento dell'Unione: si ammette la non disapplicazione perché è lo stesso diritto UE ad escluderla, ma non si nega l'avvenuta lesione dell'ordinamento europeo.

Rimane quindi indiscusso il primato e rimane accertato l'inadempimento, nessun principio supremo (sostanziale) operando ad impedire l'adeguamento dell'ordinamento penale italiano alle esigenze di effettività dell'ordinamento europeo. La "saga" *Taricco* attende quindi gli ulteriori episodi del dialogo, posto che la soluzione del contrasto tra ordinamenti non è ancora in concreto stata raggiunta: spetta alla Corte costituzionale indicare al giudice di non disapplicare (perché ciò contrasterebbe non solo con la Costituzione ma anche con i diritti fondamentali riconosciuti dall'Unione europea) ma, al contempo e per dare prova di dialogo leale, alla stessa Corte spetta anche di operare quantomeno un monito credibile al legislatore nel senso che il contrasto con l'ordinamento europeo va risolto⁵⁴.

⁵² Sulla differenza tra diritti fondamentali e principi supremi si rinvia a S. Gambino, *I diritti fondamentali dell'Unione europea fra "trattati" (di Lisbona) e Costituzione*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2009, 29 ss.

⁵³ Cfr. i punti 10 e 11 delle osservazioni presentate nella causa C 62/14, *Gauweiler*, EU:C:2015:400.

⁵⁴ In modo più radicale di quanto già fatto con la riforma Orlando (legge 103/2017), la quale non offre un rimedio strutturale alle problematiche di impunità aperte da un regime di

Se è vero che la leale cooperazione grava sul Parlamento, che è l'unico attore – una volta esclusa la disapplicazione – nelle cui mani è ora posto il rimedio avverso un'interruzione della prescrizione contraria alle esigenze dell'Unione, d'altro lato la Corte costituzionale, che ha dialogato con la Corte di giustizia, dovrebbe assumere nei rapporti istituzionali interni all'ordinamento italiano posizioni coerenti con il dialogo istituzionale che ha intrattenuto con il livello di governo europeo.

La questione che rimane aperta è quindi quella del se la Corte costituzionale abbia a propria disposizione un armamentario adeguato a “coartare” il Parlamento alla leale cooperazione con l'Unione europea, in particolare impiegando (o al limite “minacciando”) un sindacato “in supplezza” sulla legge penale *in malam partem* che possa essere idoneo a tutelare l'effettività dell'ordinamento UE in caso di perdurante inerzia del legislatore⁵⁵. La Corte costituzionale nella sua ordinanza invece pare aver già prospettato che l'esito finale auspicato sarebbe una sentenza di rigetto secca, nella quale i giudici *a quibus* saranno invitati a non disapplicare⁵⁶. Nulla viene prospettato in tema di sindacato di costituzionalità sul regime della prescrizione per contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost.

Ci si deve quindi chiedere se la Corte costituzionale non potrebbe – se non in prima battuta, perlomeno in caso di perdurante inerzia – intervenire a dichiarare l'incostituzionalità del termine finale inderogabile di prescrizione, perché contrastante *tout court* con il diritto dell'Unione europea. Sarebbe più di quanto chiesto dalla Corte di giustizia nel caso *Taricco* (dove si domandava al giudice nazionale di disapplicare previo accertamento del se le frodi erano gravi e del se le violazioni erano sistematiche); ma questi apprezzamenti, giustamente preclusi al giudice ordinario da un'interpretazione condivisibile dell'art. 25 Cost italiana (e, stando ora alla sentenza qui analizzata, anche del diritto UE), non sono senz'altro estranei al raggio di azione della giurisdizione della Corte costituzionale⁵⁷.

Può sembrare quindi auspicabile che la Corte costituzionale, in caso di inerzia del Parlamento, si ritenga legittimata a ragionare di incostituzionalità a

prescrizione dotato di un termine massimo inderogabile anche a seguito di interruzione; ciò in quanto né si è innalzato da un quarto alla metà l'incremento dello stesso, come invece operato per i soli reati contro la PA (intervento che almeno avrebbe eliminato la possibilità di individuare un problema di equivalenza tra tutela degli interessi della UE e di quelli nazionali), né la sospensione della prescrizione nei gradi di giudizio successivi al primo pare offrire una tutela in assoluto effettiva (dovendosi valutare se lo strumento della sospensione può soddisfare quelle censure specifiche svolte invece dalla Corte di giustizia ad un regime di interruzione con tetto massimo che rende la prescrizione italiana più simile ad una decadenza, e che rimane vigente). Oltre alle considerazioni nel merito circa l'adeguatezza di una mera sospensione per massimo 18 mesi a grado a mutare una situazione di sistematica prescrizione delle frodi carosello, peraltro, va considerato anche come tale riforma introduca un effetto sospensivo selettivamente limitato alle ipotesi di condanna e retroattivamente caducabile in caso di mancata conferma, non garantendo quindi agli interessi dell'Unione un vero diritto al processo fino all'accertamento definitivo con giudicato.

⁵⁵ Cfr. *infra* i par. 7 e 8.

⁵⁶ Cfr. il punto 10 dell'ordinanza di rinvio 24/2017, dove – qualora non necessaria la disapplicazione – si ritengono *de plano* “superate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici rimettenti”.

⁵⁷ Cfr. *infra* il par. 9

presidio del diritto dell'Unione anche nell'ambito della legislazione penale di favore o favorevole, con sentenze rese quindi *in malam partem*. Un dialogo leale tra le Corti richiede che la Corte costituzionale si faccia garante della leale cooperazione *ex art. 4, co. 3, TUE*⁵⁸ e, pur di evitare una lesione al principio di legalità mediante disapplicazione, un intervento in materia penale mediante sentenza di annullamento per incostituzionalità pare un esito finale non forzato e non precluso al nostro ordinamento. Ciò specie se l'alternativa fosse comunque una situazione di perdurante contrasto con l'ordinamento UE (e quindi anche con l'art. 117 Cost.), che esporrebbe l'Italia a condanne e futuri nuovi interventi della Corte di giustizia la quale, sulla base di un'avvenuta armonizzazione del regime della prescrizione, potrebbe ridefinire nuovamente il proprio orientamento sulla vicenda (o su altre vicende analoghe, in cui in generale si dovesse presentare un obbligo di criminalizzazione non adempiuto).

7. La contestabilità delle scelte di criminalizzazione, omissive o innovative: riserva di legge penale come stretta riserva parlamentare e inammissibilità della reviviscenza

60

Le difficoltà anche in questa direzione non sono tuttavia trascurabili, e attengono alla generale questione della sindacabilità *in malam partem*, da parte della Corte costituzionale, delle scelte di criminalizzazione. Questione che è stata di massima risolta nel senso della non ammissibilità, vista l'interpretazione della riserva di legge *ex art. 25 Cost.* nel senso di una stretta riserva parlamentare⁵⁹.

Se lo Stato è inadempiente all'obbligo di tutela penale imposto dall'Unione europea, quindi, applicare i principi generali dell'ordinamento fa sì che la riserva di legge precluda interventi sostitutivi non solo del giudice ordinario (con disapplicazione) ma anche della Corte costituzionale, in quanto anch'essa non è un soggetto democraticamente legittimato (mentre *ratio* dell'art. 25 sarebbe proprio quella di un controllo democratico sulla scelta penale). In questa prospettiva, se lo Stato non si adegua si ha unicamente l'inadempimento e l'azione d'infrazione, ma sul piano del diritto interno l'obbligo rimane lettera morta: il privato non può essere punito per un reato che lo Stato non ha introdotto, anche se l'Unione europea lo pretendeva. In materia penale l'ordinamento dell'Unione non si

⁵⁸ Cfr. Bonini Monica, *Giudice delle leggi o "signore dei trattati"? Riflessioni critiche sul sindacato a tutela dell'identità costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 3, 2016, che – a partire dalla sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sull'OMT – sottolinea i due paradigmi alternativi della "leale cooperazione" o della "legale competizione" fra giudici costituzionale ed europeo, ponendo in luce i rischi del promuovere il sindacato di costituzionalità a strumento per giudicare delle scelte europee (valorizzando le verifiche sul rispetto dell'identità costituzionale e sull'azione *ultra vires* delle istituzioni UE), anziché di mezzo per garantire una leale cooperazione.

⁵⁹ Fin da Corte cost. 148/1983 si è peraltro ritenuto che gli eventuali effetti *in malam partem* di una decisione della Corte non precludono l'esame nel merito della normativa impugnata, fermo restando il divieto per la Corte (in virtù della riserva di legge *ex art. 25 Cost.*) di «configurare nuove norme penali» (Corte cost. 394/2006), siano esse incriminatrici o sanzionatorie.

presenterebbe quindi come vero ordinamento sovranazionale ma, ancora, nelle forme di un classico e limitato sistema di regole di diritto internazionale.

Questa conclusione è senz'altro corretta e condivisibile per le scelte di criminalizzazione in sé considerate, intese come nuova introduzione di un reato voluto dall'Unione europea ma mai contemplato in precedenza da scelte positive del legislatore nazionale. La realtà delle questioni che si presentano nella prassi, tuttavia, è più complessa: spesso ciò che viene contestato al legislatore statale non è la radicale omissione nell'operare una nuova criminalizzazione richiesta dall'Unione, lasciando lettera morta un obbligo di tutela penale che rimarrebbe quindi sospeso in un'area di totale assenza di regole nazionali. Al contrario, nella realtà complessa dell'ordinamento al legislatore spesso si contesta di aver riformato in termini eccessivamente migliorativi per il reo una disposizione penale preesistente, rendendo quindi troppo mite un trattamento sanzionatorio che prima era vigente (e che – per come formulato in precedenza – era coerente con l'obbligo di tutela penale maggiormente dissuasivo imposto dall'Unione, come si potrebbe ipotizzare essere avvenuto anche per il regime della prescrizione a seguito della riforma *ex Cirielli*⁶⁰).

Il contrasto con il diritto dell'Unione consiste non in una radicale omissione ma, sul piano dell'adeguatezza, nell'eccessiva mitezza della sanzione penale. Vicende così strutturate si sono già presentate in passato, come nel caso riforma del 2002 sul falso in bilancio, rispetto al quale si contestò la violazione della direttiva UE che obbligava gli Stati a prevedere sanzioni penali dissuasive a tutela della veridicità dei bilanci⁶¹. In quell'occasione si affermò che il legislatore nella riforma del 2002 (poi superata dall'ulteriore riforma del 2015⁶²) aveva realizzato un inadempimento per via sopravvenuta ad un obbligo comunitario al quale – in prima battuta – si era invece correttamente ottemperato. La prima formulazione della normativa nazionale sul falso in bilancio era adeguata dal punto di vista degli impegni europei, e solo la modifica successiva ha determinato un'antinomia.

In questi casi di inadempimento sopravvenuto la questione del sindacato peggiorativo sul precetto penale si complica. Non si tratta più di comparare una singola ed attuale (mancata) previsione legislativa nazionale con un contrario obbligo europeo, valutando in modo isolato e con un confronto a due privo di ulteriori riflessi; al contrario, nelle ipotesi citate esiste anche un'altra legge nazionale precedente da prendere in considerazione, la quale – dal punto di vista dell'Unione europea – rappresentava la soluzione normativa corretta. Data questa

⁶⁰ La legge 251/2005 ha introdotto un nuovo art. 161, co. 2, c.p. con tetto massimo alla prescrizione, anche se interrotta; in assenza di tetto le interruzioni potrebbero operare azzerando ogni volta il termine decorso, senza un limite inderogabile, dal che risultava quindi un regime prescrizione più severo e compatibile con le esigenze di tutela penale UE.

⁶¹ Cfr. in particolare la sentenza della Corte di giustizia 3 maggio 2005 (cause riunite C-387/02, C-392/02 e C-403/02), e S. Manacorda, *“Oltre il falso in bilancio”: i controversi effetti in malam partem del diritto comunitario sul diritto penale interno*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, fasc. 2, 2006, 253 ss.; G. Insolera, V. Manes, *La sentenza della Corte di giustizia sul “falso in bilancio”: un epilogo deludente?*, in *Cassazione penale*, fasc. 9, 2005, 2768 ss.; F. Paterniti, *La dimensione europea della pena: riflessioni a margine di una decisione in tema di falso in bilancio*, in *L'Indice penale*, fasc. 3, 2005, 1211 ss.

⁶² Cfr. legge 69/2015.

struttura della vicenda, si può affermare che un conto è colmare un vuoto introducendo un reato che non è mai stato previsto dal Parlamento, altro conto invece è recuperare un reato che già c'era: in tale seconda ipotesi non sembrerebbe così forzato cercare rimedio nella disapplicazione della norma di legge più recente, che potrebbe porsi – anche se *in malam partem* – come soluzione accettabile proprio perché compatibile con la riserva di legge nella misura in cui l'assetto normativo così raggiunto rifletterebbe comunque una precedente scelta normativa democratica (posto che una legge del Parlamento identica alla soluzione ora introdotta con disapplicazione era già esistita in passato)⁶³.

In queste circostanze si potrebbe quindi ipotizzare – seguendo questa logica – di disapplicare la nuova legge e applicare la vecchia, posto che operando in tal modo in definitiva si punisce pur sempre in base ad una legge del Parlamento, che riviverebbe per effetto della disapplicazione della legge sopravvenuta⁶⁴. Ci sarebbe reviviscenza di una legge parlamentare italiana e non, invece, criminalizzazione direttamente sulla base del diritto dell'Unione europea (che di per sé, in assenza di scelta democratica nazionale, non sarebbe mai strumento idoneo a soddisfare la riserva *ex art. 25 Cost.*).

Tale soluzione, sebbene suggestiva, non pare tuttavia accettabile, posta la sua incompatibilità con il principio di riserva di legge come correttamente interpretato. Quando si trattò del falso in bilancio le premesse di questa tesi furono sottoposte sia alla Corte costituzionale che anche alla Corte di giustizia, le quali entrambe – con diverse argomentazioni e per diverse ragioni – risposero in senso negativo⁶⁵: quella prospettata era un'operazione ermeneutica il cui risultato finale sarebbe stato comunque nel senso di far sì che il soggetto fosse sostanzialmente punibile sulla base del diritto sovranazionale, ciò posto che la legge nazionale preesistente – e compatibile con il diritto UE – comunque non esisteva più nell'ordinamento ed era stata radicalmente abrogata⁶⁶.

In definitiva, la giurisprudenza ha correttamente ritenuto non prospettabile alcuna reviviscenza fondata su esigenze di rispetto degli impegni europei, precludendo su tali basi l'impiego della disapplicazione anche nell'ipotesi peculiare in cui al legislatore non si contesta l'omissione di criminalizzazione *tout court*, ma

⁶³ Per una critica alla tesi della disapplicazione con reviviscenza, pur sostenuta dalle conclusioni dell'avvocato generale nella vicenda del falso in bilancio, cfr. A. Lanzi, *I rapporti tra la legislazione penale nazionale e la normativa dell'Unione europea: il caso del falso in bilancio*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, fasc. 5, 2006, 889 ss.

⁶⁴ Ciò ovviamente per i fatti commessi quando era in vigore la vecchia legge, omettendo di applicare il principio di retroattività della legge più mite intermedia, non per i fatti commessi quando vi era già la nuova normativa perché altrimenti vi sarebbe una sorta di retroattività da reviviscenza della norma sfavorevole, comunque mai ammessa.

⁶⁵ Oltre alla citata sentenza della Corte di giustizia, cfr. Corte cost. 70/2006.

⁶⁶ Cfr. R. Tartaglia, *Il falso in bilancio tra legittimità comunitaria e retroattività della norma più favorevole*, in *Giurisprudenza italiana*, fasc. 4, 2007, 1047 ss.; F. Alicino, *Il "caso" italiano del falso in bilancio tra orizzonti nazionali ed europei della legalità penale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 1, 2006, 395 ss.; C. Pecorella, *Corte Costituzionale e falso in bilancio: un inspiegabile ritorno al punto di partenza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 1, 2006, 302 ss.; S. Seminara, *Falso in bilancio: la disciplina italiana nel quadro europeo ed internazionale*, in *Criminalia*, 2006, 431 ss.

l'abrogazione (o la riforma) di un regime penale preesistente compatibile con le indicazioni dell'Unione.

8. I casi eccezionali di sindacato di costituzionalità con effetti *in malam partem* e la loro applicabilità nella leale cooperazione con l'ordinamento dell'Unione

Escluso l'impiego della via della reviviscenza al fine di garantire il rispetto degli obblighi di criminalizzazione imposti dall'Unione, nei citati casi particolari di non mera omissione da parte del legislatore (e solo in tali casi) rimane aperta la soluzione di un'eventuale sentenza di incostituzionalità *in malam partem*, che annulli la legge sopravvenuta.

Anche rispetto alla praticabilità di questa via rimediale, tuttavia, ci si deve di massima orientare in senso negativo; ciò specie se in concreto si aspira ad un effetto di vera e propria riviviscenza della vecchia norma. Vista l'impossibilità di riportare a vigenza la legge abrogata (già conforme agli obblighi di tutela penale UE, ma soppressa per scelta del Parlamento), l'intervento sostitutivo della Corte costituzionale porterebbe comunque ad un precetto penale proveniente direttamente da un soggetto che non può incidere in materia di norme incriminatrici, perché privo di legittimazione democratica. La sentenza di incostituzionalità non è fonte abilitata a regolare *in peius* la materia penale e, quindi, non può produrre norme di sfavore neppure annullando disposizioni favorevoli intervenute ad abrogare precedenti scelte parlamentari più severe: la reviviscenza di una norma abrogata presuppone un potere di produzione normativa, e tale effetto può essere collegato alla sola fonte parlamentare (e purché la stessa si esprima in modo attuale e diretto)⁶⁷.

Se sussiste un inadempimento all'obbligo di tutela penale imposto dall'Unione, non importa se di tipo originario o sopravvenuto, non sembrano allora esistere rimedi interni all'ordinamento. Tuttavia ciò rischia di porsi come problematico per un leale dialogo tra i due ordinamenti, ove l'inerzia del legislatore si dovesse protrarre. O è il legislatore che sceglie di adeguarsi, permettendo così un lineare e fisiologico rispetto della riserva di legge, oppure il limite posto dall'art. 25 Cost. fa sì che quell'obbligo rimanga senza tutela sul piano interno (in quanto il soggetto non può essere punito o non può essere punito più severamente, né tramite una disapplicazione né tramite una sentenza di incostituzionalità). Si determinerebbe così una carenza di tutele interne, molto permissiva nel breve periodo ma a fronte della quale è da attendersi che un ordinamento finalizzato all'integrazione e fondato su vincoli di mutuo condizionamento, come quello dell'Unione, tenderà a sviluppare rimedi sul piano sovranazionale.

Il problema che si presenta, per evitare un vuoto di tutela, è quindi quello della verifica del se sia possibile richiedere alla Corte costituzionale di valutare la legittimità di una norma posta *in bonam partem* e – eventualmente – dichiararla incostituzionale; ciò al fine di determinare un peggioramento del trattamento

⁶⁷ Cfr. F. Modugno, *Problemi e pseudo-problemi relativi alla cd reviviscenza di disposizioni abrogate da legge dichiarata incostituzionale*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, 1972, 662 ss.

penale ma anche, al contempo, allo scopo di ripristinare mediante strumenti di diritto interno il pieno rispetto del diritto europeo.

Il rapporto fra riserva di legge e sindacato di costituzionalità *in malam partem* viene peraltro risolto ritenendo che in linea di principio l'art. 25 Cost. precluda un intervento peggiorativo ad opera delle sentenze della Corte, perché la Costituzione osterebbe a che la norma penale possa essere prodotta dalla giurisprudenza costituzionale (specie ove la stessa intervenga esplicitamente nelle forme di una pronuncia additiva)⁶⁸. Si sono però individuati alcuni casi in cui l'effetto *in malam partem* si può produrre senza violare la riserva di legge e, quindi, vi sarebbero ipotesi in cui eccezionalmente è ammissibile un sindacato di costituzionalità sulla norma penale favorevole. Sindacato eccezionalmente orientato *in peius* del quale si deve allora verificare l'applicabilità a vicende di inottemperanza ad obblighi di criminalizzazione imposti dall'Unione europea, per eventualmente impiegare l'annullamento della legge penale come mezzo di garanzia della leale cooperazione.

8.1. Le modalità di sindacato *in malam partem* fondate sulla distinzione tra norme di favore e norme favorevoli

64

La prima ipotesi di controllo peggiorativo sulle disposizioni penali individuata dalla Corte costituzionale attiene alla distinzione tra norme di favore e norme favorevoli. Questa applicazione del sindacato *in malam partem* era stata prospettata già negli anni '80, quando la Corte si era dovuta occupare della causa di non punibilità per insindacabilità delle opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni dai componenti del CSM⁶⁹, ed è stata poi in concreto utilizzata nel 2006 a proposito del c.d. falso elettorale, dichiarando l'incostituzionalità della norma che puniva questi falsi in maniera irragionevolmente più mite rispetto al trattamento generale riservato al falso in atto pubblico⁷⁰.

Il ragionamento si fonda sulla distinzione – a partire dalla diversa natura delle norme di favore e di quelle favorevoli – fra riespansione di una norma contestualmente vigente e irragionevolmente derogata (specialità sincronica) e reviviscenza di una norma preesistente ed abrogata (specialità diacronica)⁷¹.

La categoria delle norme *in bonam partem* si può infatti suddividere in due sottocategorie: norme favorevoli e norme di favore. Queste ultime sono norme eccezionali, che si pongono cioè come derogatorie introducendo delle eccezioni (per taluni soggetti o per talune condotte) ad una regola che è contestualmente vigente (nello stesso momento temporale), prevedendo un trattamento più mite. I

⁶⁸ Per un contributo che fa il punto sulla preclusione dell'adozione di una pronuncia additiva *in malam partem* (anche se in materia disciplinata dal c.p.p., e criticandola) cfr. Bonomi Andrea, *Sono davvero inammissibili le additive in malam partem in virtù del principio della riserva di legge in materia penale?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 2, 2008, 891 ss.

⁶⁹ Cfr. l'art. della 5 legge 1/1981 e Corte cost. 148/1983.

⁷⁰ Cfr. l'art. 1 della legge 61/2004, l'art. 90 del d.P.R. 570/1960, l'art. 100, co. 2, del d.P.R. 361/1957 e Corte cost. 394/2006

⁷¹ Sul tema, per un'analisi in questo senso sulla differenza tra sincronia e diacronia nella relazione di specialità tra norme, cfr. M. Gambardella, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cassazione penale*, fasc. 2, 2007, 467 ss.

due esempi fatti, di insindacabilità delle opinioni espresse dai componenti del CSM e del falso elettorale, sono appunto esempi di norme speciali: tutti i consociati possono essere puniti sulla base di vari reati comuni per le opinioni manifestate, ma a ciò si fa eccezione per i componenti del CSM nel caso di opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni, in ragione di un elemento di specialità soggettivo; il falso in atto pubblico, allo stesso modo, è punito come delitto dal codice penale ma in materia elettorale il falso presenta un elemento di specialità oggettivo, il documento manipolato essendo un atto elettorale, e per tale ragione viene punito in maniera più mite⁷².

Le norme di favore sono quindi tali o perché escludono del tutto un trattamento sanzionatorio altrimenti applicato come regola generale e in quello stesso momento vigente, o perché assoggettano la condotta ad un trattamento penale meno severo rispetto a quello che un'altra regola generale prevede come vigente sempre in quello stesso momento.

In questi casi, se la Corte costituzionale annulla la norma derogante (di favore), ciò che accade in esito a tale eliminazione – sul piano sanzionatorio – non dipende più dalla Corte. Si ha semplicemente un fenomeno di riespansione della regola generale, che non poteva trovare applicazione nel settore occupato dalla norma speciale⁷³: la norma generale non ha più ostacoli e quindi si applica ora a tutte le fattispecie, senza più eccezioni. Ciò avviene in via automatica e fisiologica, senza presupporre un fenomeno di produzione normativa imputabile ad una sentenza additiva o sostitutiva della Corte costituzionale. La sentenza sarà quindi di accoglimento secco, e gli effetti sull'ordinamento saranno gli stessi che sarebbero intervenuti se fosse stato il legislatore ad abrogare la norma speciale senza prevedere alcun nuovo regime di incriminazione: si ha riespansione della norma generale, e ciò avviene automaticamente senza bisogno che il legislatore (che abroga) o la Corte (che annulla) dicano nulla a proposito.

La Corte dunque afferma che in questi casi, quando viene dichiarata l'incostituzionalità di una norma speciale, la sentenza non crea nulla di nuovo sul piano normativo: la regola generale già c'è e il fatto che si riespanda dipende dalla forza della stessa, già propria di quella regola senza alcuna reviviscenza di altre disposizioni. In questo caso non si può obiettare che la Corte interverrebbe così a creare una norma incriminatrice proprio perché la regola generale già c'era, e semplicemente l'annullamento ha eliminato una diversa regola speciale che faceva eccezione ad altra regola contemporaneamente vigente. C'è riespansione di un campo di applicazione, non reviviscenza di un precetto.

⁷² Cfr. O. Di Giovine, P. Veneziani, *Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, in *Criminalia*, 2007, 217 ss.; M. Grassi, *La Corte Costituzionale e il sindacato di legittimità in malam partem*, in *L'Indice penale*, 2007, fasc. 1, 141 ss.; C. Pecorella, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, fasc. 1, 343 ss.; D. Pulitanò, *Principio d'uguaglianza e norme penali di favore*, in *Il Corriere del Merito*, 2007, fasc. 2, 209 ss.; G. De Martino, *Brevi osservazioni in tema di norme penali di favore e di reati strumentali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, fasc. 6, 4170 ss.

⁷³ Cfr. su questo fenomeno, in una prospettiva di teoria generale, F. Modugno, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, 506 ss.

In queste evenienze si pone invece il problema diverso del regime intertemporale, posto che chi ha commesso il fatto nella vigenza della norma di favore dichiarata poi incostituzionale – facendo quindi affidamento su di essa – ha diritto di vedersela applicare anche se incostituzionale, venendo altrimenti punito sulla base di una sopravvenienza non meramente giurisprudenziale/interpretativa, ma da annullamento – con pronuncia costitutiva – della legge speciale (sopravvenienza però non operata per il tramite di modifiche nei precetti, che preesistevano, ma dei campi di applicazione)⁷⁴.

La rilevanza di questa eccezione per l'ammissibilità di un sindacato di costituzionalità *in malam partem* è però evidente: se è vero che la sentenza di incostituzionalità non retroagisce, e in ciò l'intervento rimediabile della Corte si trova ad essere parzialmente limitato, nondimeno le condotte successive alla pronuncia saranno punite sulla base della norma generale più severa.

La dichiarazione di incostituzionalità delle norme di favore opera normalmente sulla base del vizio di irragionevolezza⁷⁵: sono incostituzionali le norme eccezionali che trattano diversamente dati soggetti o date condotte ove tale diverso trattamento non rinvenga una *ratio* adeguata nell'ordinamento, anche alla luce di un idoneo *tertium comparationis*⁷⁶. La questione, ai fini dell'impiego del sindacato di costituzionalità per porre rimedio a situazioni di omessa/insufficiente criminalizzazione a tutela di interessi dell'Unione europea, diviene quindi quella di valutare se – nei casi in cui un regime generale ed uno speciale esistano (e solo in quei casi) – la dichiarazione di incostituzionalità della norma di favore possa intervenire non per irragionevolezza della distinzione, ma per mera contrarietà al diritto dell'Unione della distinzione stessa.

Questa soluzione – che utilizza il parametro dell'art. 117, co. 1, anziché il più frequentemente impiegato parametro dell'art. 3 Cost. – appare in astratto percorribile.

È connaturato all'autonomia procedurale degli Stati membri il limite non solo dell'effettività, ma anche dell'equivalenza, di modo che se altri interessi

⁷⁴ Cfr. nello specifico di queste fattispecie, costruite sull'intervento della Corte costituzionale, ad esempio V. Manes, *L'applicazione retroattiva della pena più mite: prove di dialogo multilevel*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, fasc. 2, 374 ss.

⁷⁵ Circa il parametro di ragionevolezza nell'argomentazione delle sentenze qui analizzate, cfr. M. La Rosa, *La condivisibile "ragionevolezza" sulle norme penali di favore*, in *Diritto penale e processo*, 2007, fasc. 3, 333 ss. Per un'analisi più generale del ruolo del giudizio di ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulla norma penale cfr. G. Insolera, *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sull'insindacabilità delle norme di favore?*, in *Diritto penale e processo*, fasc. 5, 2007, 671 ss. e V. Manes, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 2-3, 2007, 739 ss.

⁷⁶ Nel caso del falso elettorale la Corte ha ritenuto che il trattamento più mite fosse del tutto irragionevole, trattandosi di condotte più gravi perché comunque aventi ad oggetto non qualsiasi atto pubblico, bensì atti di particolare importanza. L'intervento della Corte integra allora un'ipotesi di sindacato di incostituzionalità con effetti *in malam partem*, nel quale in aggiunta alle citate difficoltà relative alla riserva di legge si pone il problema ulteriore dell'individuazione del *tertium comparationis* nell'irragionevolezza penale (operazione anch'essa difficoltosa per la Corte costituzionale, che si trova a dover valutare scelte di politica penale, con ostacoli non dissimili da quelli incontrati nella valutazione di proporzionalità della pena, su cui cfr. da ultimo Corte cost. 236/2016).

nazionali sono tutelati con norma penale generale più severa, appare senz'altro eliminabile mediante giudizio di costituzionalità fondato sull'art. 117, co. 1 – anziché sull'art. 3 – la norma invece di favore che applicava un trattamento meno severo a situazioni di interesse per il diritto dell'Unione⁷⁷. La preclusione a questa tecnica rimediale non sta quindi nei principi generali, applicabili anche sulla base di un parametro diverso dall'art. 3 Cost., ma nelle difficoltà operative connesse all'individuazione di un regime effettivamente di favore selettivamente calibrato su interessi UE: norme come quella oggetto del giudizio *Taricco*, che portano a violazioni sistematiche degli interessi dell'Unione europea, tendono infatti a presentarsi come norme favorevoli, a loro volta connotate da un'applicabilità generale.

Le previsioni sull'interruzione della prescrizione con tetto massimo nei termini operano infatti per tutti i tipi di reati, o quantomeno si applicano senza una selezione delle fattispecie che assoggetti a tale regime di favore solo illeciti lesivi degli interessi dell'Unione, con esclusione dei reati pregiudizievoli per interessi esclusivamente interni⁷⁸.

La norma è quindi tecnicamente favorevole, non di favore, ed è infatti tratta da una disposizione dotata del carattere di generalità, la quale sopravviene e si sostituisce – in tutte le applicazioni – ad una norma precedente più severa: la norma dunque è favorevole rispetto ad un'altra norma abrogata, che non esiste più in quanto il relativo campo di applicazione è stato relegato solamente nel passato⁷⁹. Si ha allora un fenomeno di successione di norme e, pertanto, un rapporto non più sincronico (tra due norme contestualmente vigenti) ma diacronico (di vera successione temporale), proprio come in materia di termini massimi di prescrizione a seguito di interruzione è avvenuto in forza della legge *ex Cirielli*⁸⁰.

In questo caso specifico, nell'eventualità in cui la Corte dichiarasse incostituzionale la norma favorevole rimarrebbe dubbio se il regime di risulta (orientato *in peius*) possa essere davvero considerato frutto di un automatismo.

⁷⁷ Sul ruolo del limite dell'equivalenza rispetto all'autonomia procedurale degli Stati membri, in una prospettiva di diritto amministrativo (dove questa tipologia di giudizio è di più immediata applicabilità rispetto al diritto penale, nel quale la centralità della persona tende a far passare in secondo piano l'eguaglianza tra Stato e UE, rispetto all'eguaglianza/garanzia dei cittadini), cfr. D.-U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea: «Paradise Lost?»*, Giappichelli, Torino, 2009, 29 ss.

⁷⁸ Anche se, a sollevare dubbi di equivalenza, va ricordato che per alcune tipologie di reato finalizzate a tutelare interessi particolarmente sensibili per lo Stato (ad es. da ultimo alcuni reati contro la pubblica amministrazione) il tetto massimo è incrementato. Su tale assetto normativo si potrebbe anche prospettare l'assenza di equivalenza nel discriminare gli illeciti IVA di interesse per l'Unione rispetto ai reati contro la PA di interesse nazionale.

⁷⁹ E risulterà non applicabile, con o senza la preclusione del giudicato, secondo le ordinarie regole dell'art. 2 c.p.

⁸⁰ Cfr. il co. 2 del nuovo art. 161 c.p., posto che il tetto massimo alla prescrizione è norma del tutto nuova e abrogativa del regime precedente, la quale si applica a tutti i reati e non solamente ad alcuni (come norma di favore). Si potrebbe diversamente affermare che il tetto massimo non interviene ad abrogare un regime differente, ma riempie un vuoto di disciplina (ciò se il regime della prescrizione viene inteso come sempre interruttibile, senza tetti massimi).

La reviviscenza dell'abrogata normativa in materia di prescrizione è infatti esclusa, in quanto tale ritorno alla vigenza non si presenta come un fenomeno "naturale" nell'ordinamento: non è effetto naturale dell'abrogazione ma può essere solo il risultato di una nuova e diretta produzione normativa (che richiede quindi un'idonea volontà). In questo caso, se si ammettesse l'annullabilità della disciplina sui termini massimi (anche a seguito di interruzione) non si dovrebbe applicare la normativa passata, ma occorrerebbe invece verificare la possibilità per l'ordinamento di funzionare senza alcuna norma in materia e, nel caso particolare qui analizzato, senza quindi possibilità di colmare le lacune né con un'aggiunta della Corte costituzionale, né sulla base dell'analogia *legis* o *iuris*, posto che l'analogia non è ammessa in materia penale⁸¹.

Ove però si ammettesse che la singola regola sul termine massimo si possa porre come disposizione che fa eccezione ad un regime della interruzione della prescrizione che ontologicamente opera invece senza tetti inderogabili (come pare corretto, visto che in ciò risiede la differenza tra regime prescrittivo e decadenziale), allora già questa prima modalità eccezionale di sindacato *in malam partem* sulla legge penale sarebbe attivabile a tutela dell'ordinamento dell'Unione. Il risultato della sindacabilità, in sostanza, potrebbe essere raggiunto ragionando sul tetto massimo posto al termine di prescrizione (operante anche a seguito di interruzione) come su di una norma tecnicamente "di favore", e non invece favorevole; di favore – in particolare – rispetto non ad altra legge generale contestualmente vigente, bensì rispetto al regime generale della prescrizione come istituto tradizionalmente distinto dalla decadenza. Proprio l'assenza di termini inderogabili connota la prescrizione, ma allora a seguito di annullamento non sarebbe un regime alternativo – prefigurato dal Parlamento – ad operare con automatica riespansione, ma al contrario la stessa sopravvenuta assenza di una regola eccezionale (il tetto massimo) potrebbe far tornare operativo l'istituto della prescrizione nelle sue forme "normali"⁸².

⁸¹ Il sindacato sulle regole favorevoli per questo è particolarmente problematico in materia penale: senza reviviscenze (come è normale per i principi generali in materia di fonti) e senza analogia (come il diritto penale impone) non si possono infatti colmare le lacune. E il sindacato sulla norma favorevole (a differenza di quello sulla norma di favore) è un sindacato che fisiologicamente produce lacune.

⁸² In sostanza ci si deve chiedere cosa succederebbe se il codice penale non prevedesse nulla in punto di interruzione della prescrizione e termini massimi. Semplicemente si continuerebbe a interrompere a tempo indeterminato, senza riespansione di un regime positivo alternativo, ma con la diretta applicazione della regola generale per cui la prescrizione si presenterebbe come fenomeno di estinzione privo di termini finali non interruttibili. Si intende così affermare che la regola sul tetto massimo alla prescrizione potrebbe essere intesa come norma di favore, perché sarebbe intrinseco alla natura della prescrizione che le interruzioni possano sempre far ripartire da zero il termine. Questa è questione di diritto processuale penale rispetto alla quale non mancano argomenti utili a sostenere ricostruzioni antitetiche, ma tra le varie soluzioni va considerato che non pare irragionevole ricostruire l'istituto anche in questi termini "di favore" (come prospettato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni, cfr. punti 79 e 91-93). Questa comunque rimane una questione aperta su cui la sentenza non si è pronunciata, ed una difesa della posizione italiana può senz'altro rinvenirsi nell'argomento per cui, dopo la *ex Cirielli*, non vi sono più casi di assenza di un tetto massimo alla prescrizione e, quindi, tale nuovo istituto – che comunque è frutto di un regime positivo, e non ha una natura "metagiuridica" che precede le scelte del legislatore – sarebbe fisiologicamente privo di tetto massimo e non vi sarebbero principi generali in senso contrario da far riespandere.

8.2. *Le modalità di sindacato in malam partem fondate sull'incompetenza della fonte, non soltanto soggettiva ma anche "da cattivo esercizio" della competenza*

Un secondo ordine di ipotesi in cui è consentito il sindacato *in malam partem* è quello in cui la Corte costituzionale si trova a dover valutare interventi penali operati mediante fonti a ciò non autorizzate. Si afferma infatti che è possibile eccipere la violazione della riserva di legge *ex art. 25 Cost.* soltanto nel caso in cui la norma di cui si tratta trovi la sua fonte in un valido atto normativo, rispettoso della riserva di legge medesima.

È la riserva di legge che impedisce alla Corte costituzionale interventi *in malam partem*, cioè preclude di cancellare norme *in bonam partem* ponendo – per esigenze di garanzia di democraticità – un limite forte anche all'intervento del giudice delle leggi. In conseguenza logica di tale premessa, in coerenza con la natura di garanzia di una specifica fonte democratica che il limite dell'art. 25 Cost. è andato ad assumere, la stessa riserva di legge può però allora garantire solo quelle norme che sotto il profilo procedurale e formale siano state validamente approvate, rispettando proprio quella *ratio* di protezione della democraticità che la riserva di legge parlamentare sottende.

Così, ad esempio, se l'esecutivo senza adeguata delega abroga un reato⁸³, qualora venga poi sollevata questione di costituzionalità per vizio procedurale la Corte potrà legittimamente intervenire anche *in malam partem*: la riserva di legge non può infatti essere invocata dal Governo che, sopprimendo o ignorando la norma parlamentare conforme alla riserva di legge, per primo ha violato l'art. 25 Cost.⁸⁴. Quando una disposizione sottoposta a scrutinio di costituzionalità reca un contenuto normativo che non rispetta la riserva di legge, eccedendo la volontà parlamentare da cui la legittimazione della fonte promanava, la riserva di legge non può precludere lo scrutinio della Corte costituzionale. Di conseguenza, la sentenza di accoglimento nell'annullare il decreto legislativo non solo non viola la volontà parlamentare, ma al contrario ne ripristina il pieno rispetto; e ciò può essere operato non solo eliminando una previsione penale di favore che è stata adottata con fonte governativa a ciò non autorizzata, ma anche – se la fattispecie favorevole lo richiede – eventualmente ripristinando una norma che il Parlamento aveva voluto e che altra fonte munita di forza di legge aveva illegittimamente (per vizio procedurale/formale) abrogato.

Il vizio procedurale rende la norma scrutinata invalida e, pertanto, non protetta dalla riserva di legge. Ciò vale tipicamente per il decreto-legislativo (con eccesso di delega), per la legge di conversione del decreto-legge (non omogenea) e

⁸³ Come è accaduto rispetto al reato di associazione militare per scopi politici, abrogato per errore senza delega e poi ripristinato. Cfr. M. Gambardella, *Abrogazione del reato di associazione militare per scopi politici e obblighi costituzionali espressi di incriminazione*, in *Cassazione penale*, fasc. 11, 2010, 3727 ss. sull'effetto abrogativo del decreto-legislativo 66/2010, e la successiva Corte cost. 5/2014.

⁸⁴ Cfr. C. Cupelli, *Riserva di legge e carenza di delega legislativa nella tormentata vicenda dell'associazione militare con scopi politici: i nuovi spazi di sindacabilità del vizio procedurale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 2, 2014, 977 ss. e E. Profiti, *L'illegittima abrogazione per difetto di delega del reato di "associazione militare per scopi politici": quando il principio della riserva di legge non preclude una sentenza di illegittimità costituzionale con effetti "in malam partem"*, in *Cassazione penale*, fasc. 9, 2014, 2890 ss.

per la legge regionale (alla quale è precluso un intervento diretto nelle fattispecie incriminative)⁸⁵. L'ipotesi della legge di conversione del decreto-legge è particolarmente interessante per le premesse che pone, delle quali si potrebbe ipotizzare un'applicazione anche alle fattispecie di violazione degli obblighi di criminalizzazione imposti dall'Unione europea.

La questione che si è posta è se sia sindacabile la legge di conversione del decreto-legge che introduce norme di favore, determinando così un trattamento *in peius* frutto direttamente della sentenza della Corte costituzionale. È il caso dell'emendamento eterogeneo in sede di conversione del decreto-legge che ha portato alla dichiarazione di incostituzionalità della legge Fini-Giovanardi⁸⁶. In questa ipotesi con la sentenza si sono prodotti effetti prevalentemente *in bonam partem* per le droghe leggere, ma per le droghe pesanti si sono avuti anche effetti *in malam partem* perché la pronuncia della Corte ha ripristinato il vecchio trattamento sanzionatorio, che è peggiorativo nel minimo edittale⁸⁷.

70

In questo caso la Corte ha operato un ragionamento analogo a quello in materia di eccesso di delega, trattandosi di sindacare un vizio di natura procedurale avverso il quale – quindi – non si potrebbe beneficiare della riserva di legge. Tuttavia, nell'ipotesi della legge di conversione del decreto-legge vi è una differenza strutturale significativa rispetto all'eccesso di delega, identificabile nel fatto che è pur sempre il Parlamento il soggetto che – con quell'emendamento – ha approvato il regime di criminalizzazione favorevole. La norma poteva essere emanata dal Parlamento in via autonoma e separata rispetto all'iter di conversione, ed il problema risiede unicamente nel fatto che le Camere hanno invece operato mediante una legge che non poteva contenere quella previsione normativa (in quanto la legge di conversione del decreto-legge è una fonte il cui contenuto non è libero, ma resta vincolato a previsioni di oggetto omogeneo al decreto originario)⁸⁸.

⁸⁵ Prima della riforma del Titolo V il diritto penale già costituiva un limite implicito alla potestà legislativa regionale. Dopo la riforma, l'art. 117 co. 2 lett. 1) conferma ed esplicita quanto già la Corte Costituzionale affermava in merito alla competenza esclusiva della legge statale in campo penale, qualificando quella sull'ordinamento penale come competenza trasversale (cfr. G. Di Cosimo, *Regioni e diritto penale*, in *Le Regioni*, fasc. 6, 2004, 1307 ss.). Rimangono ferme le eccezioni previste – ma mai attivate – a favore della Regione speciale Trentino-Alto Adige (art. 23 dello Statuto), le ipotesi in cui la legislazione regionale concorre a concretizzare in modo accessorio elementi normativi della fattispecie (cfr. la vicenda della disciplina degli scarichi in acque pubbliche), quelle in cui la stessa legge regionale introduce norme di favore o scriminanti (*contra* Fiore, sulla base dell'art. 3 Cost.), nonché l'effetto penale indiretto che le sanzioni amministrative regionali assumono *ex* art. 9 della legge 689/1981 (così Padovani).

⁸⁶ Cfr. Corte cost. 32/2014.

⁸⁷ A commento dell'intervento della Corte costituzionale con reviviscenza *in malam partem* in materia di stupefacenti cfr. M. Gambardella, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, in *Cassazione penale*, fasc. 9S, 2014, 2747 ss.; B. Lavarini, *Incostituzionalità della disciplina penale in materia di stupefacenti e ricadute "ante" e "post iudicatum"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 2, 2014, 1903 ss.; C. Cupelli, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 1, 2014, 505 ss.

⁸⁸ Sullo specifico vizio dell'eterogeneità degli emendamenti in sede di conversione rilevato dalla Corte cost. 32/2014 cfr. G. Piccirilli, *La sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014: legge di conversione e articoli aggiuntivi eterogenei*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 2, 2014, 396 ss. e D. Nocilla, *"Inesistenza" della legge di conversione?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 1,

La volontà che la Corte è chiamata a cancellare è pur sempre la volontà parlamentare, anche se vi è un vizio *in procedendo*. La questione è allora se si possa anche in questo caso continuare ad affermare che la riserva di legge non tutela la fonte proceduralmente invalida, posto che in queste evenienze non si ha un vizio procedurale di tipo soggettivo (la norma è introdotta da un soggetto che non può normare quelle fattispecie penali), ma si ha invece un vizio procedurale puro (da “cattivo esercizio” del potere legislativo)⁸⁹.

A fronte di tale vizio procedurale puro il Parlamento resta comunque monopolista nella materia penale, ed ha semplicemente “operato male”. È quindi un’ipotesi limite in cui eventualmente ipotizzare il sindacato di costituzionalità *in malam partem*, tanto che su questo tema la Corte di Cassazione ha risollevato la questione di costituzionalità della norma risultante dalla sentenza della Corte costituzionale in materia di stupefacenti, proprio chiedendo di verificare se l’eccezione al divieto di pronunce *in malam partem* operi anche in questi casi particolari⁹⁰.

Sebbene questi dubbi sistematici generali rimangano aperti (e si possa dubitare dell’estensione prospettata, che va a sanzionare anche il cattivo esercizio della competenza parlamentare), qualora si dovesse ammettere il sindacato secondo tali modalità la tipologia di giudizio sembrerebbe estensibile anche ai casi in cui la fonte legislativa – seppur competente – opera male non perché disomogenea ad un decreto-legge da convertire, ma perché interviene in violazione di un obbligo di criminalizzazione europeo, in un certo senso in disomogeneità rispetto ai vincoli di risultato indicati dalle direttive o dai Trattati.

8.3. Le modalità di sindacato *in malam partem* fondate direttamente sugli obblighi di tutela penale imposti dall’Unione

Accanto alle due citate eccezioni alla normale insindacabilità *in malam partem* della legge penale, ed in continuità con le stesse, una terza categoria di ipotesi è quindi emersa di recente, riportando il sindacato sul cattivo esercizio della competenza legislativa alla questione dell’inadempimento sopravvenuto degli obblighi di tutela penale imposti dall’Unione europea.

2014, 715 ss. Per un inquadramento più generale della tematica si rinvia a C. Domenicali, *Conferme (e future aperture?) in tema di sindacato costituzionale sulla decretazione d’urgenza*, in *Studium iuris*, fasc. 4, 2017, 430 ss.

⁸⁹ Il ragionamento riecheggia le categorie amministrative dell’incompetenza (carenza di potere in astratto) o della carenza di potere in concreto.

⁹⁰ Cfr. l’ordinanza della Cassazione, sez. VI pen., 12 gennaio 2017, n. 1418 su cui si rinvia a C. Bray, *Illegittima la pena minima per il traffico di droghe “pesanti”?* Tre questioni all’esame della Consulta, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 2, 2017, 16 ss.; M. Gambardella, *Sindacato di costituzionalità “in malam partem” e ripristino del trattamento sanzionatorio più severo per il reato di cui all’art. 73, comma 1, testo unico degli stupefacenti*, in *Cassazione penale*, fasc. 2, 2017, 567 ss.; P. Milazzo, *La Corte di cassazione porta di nuovo la disciplina degli stupefacenti all’esame della Corte costituzionale: fra riserva di legge penale, vizi del procedimento legislativo e giudicato costituzionale*, in *Cassazione penale*, fasc. 4, 2017, 1444 ss.; G. Toscano, *Sindacato di costituzionalità su norme favorevoli: l’art. 73 TU stupefacenti torna alla Consulta*, in *Giurisprudenza italiana*, fasc. 3, 2017, 750 ss.

Normalmente l'inadempimento, sia esso originario o sopravvenuto, risulta non giustiziabile se non riconducendone le modalità alle ipotesi eccezionali prima citate, le quali però richiedono condizioni fattuali particolari (norme di favore anziché favorevoli, una ricostruzione in termini di incompetenza soggettiva, a meno che non si ammetta l'estensione al cattivo esercizio del potere legislativo parlamentare). Eccezionalmente invece, in alcune ipotesi di recente emersione, la Corte costituzionale sembra avere ammesso come vizio generale, sindacabile anche a prescindere da tali condizioni di fatto, anche quello della legge penale violativa degli obblighi di criminalizzazione europei.

La tendenziale insindacabilità salvo eccezioni, infatti, con riferimento all'inadempimento sopravvenuto degli obblighi di tutela penale imposti dall'Unione trova un'apparente smentita in due sentenze di incostituzionalità della Corte, sulle c.d. ceneri di pirite⁹¹ e – ancora – in materia di droghe pesanti e droghe leggere⁹².

La Corte in quest'ultimo caso, quando dice che la vecchia norma deve rivivere anche nella parte in cui è più severa⁹³, lo afferma sia valorizzando l'argomento già analizzato in forza del quale sussisterebbe un vizio procedurale (da mancata omogeneità della legge di conversione), sia affermando in aggiunta che la vecchia disciplina non può che rivivere perché – se così non fosse – si verificherebbe un vuoto che darebbe vita ad un inadempimento di obblighi di tutela penale che sono comunitariamente imposti⁹⁴. L'esigenza di evitare l'inadempimento sopravvenuto dell'obbligo di tutela penale europeo farebbe sì che in questo caso si vada a determinare una vera e propria reviviscenza anche *in malam partem*; condizione di vero e proprio recupero di vigenza di una norma abrogata che era invece esclusa dal primo ordine di eccezioni (dove l'annullamento della norma di favore faceva riespandere un regime generale⁹⁵), mentre operava su basi molto incerte ed esposte a ripensamenti da parte della Corte costituzionale nel secondo (di estensione del ragionamento in termini di incompetenza dal decreto-legislativo alla legge di conversione del decreto-legge)⁹⁶.

Una lettura che valorizzi le affermazioni specificamente dedicate agli obblighi di criminalizzazione UE contenuti nelle due sentenze citate, invece, dovrebbe orientare nel senso che se l'inadempimento del diritto dell'Unione (quantomeno sopravvenuto, continuando a sembrare non ammissibile un'additiva

⁹¹ Cfr. Corte cost. 28/2010.

⁹² Cfr. Corte cost. 32/2014.

⁹³ La sentenza dispone che “tornino a ricevere applicazione l'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 e le relative tabelle”, cfr. il punto 5 del considerato in diritto di Corte cost. 32/2014.

⁹⁴ La decisione quadro n. 2004/757/GAI del 2004 fissa infatti norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, qualificata pacificamente come fondativa di un obbligo di tutela in forma penale; cfr. A. Amendola, *La lotta al traffico illecito di stupefacenti attraverso l'armonizzazione delle norme penali degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Il Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, fasc. 2, 2008, 379 ss.

⁹⁵ Mentre quello della norma favorevole si doveva confrontare con l'ammissibilità di una lacuna nell'istituto, precluso in materia penale per il divieto di analogia.

⁹⁶ Cfr. *supra* i par. 8.1. e 8.2.

secca) giustifica la reviviscenza, allora su queste premesse la si dovrebbe ammettere sempre.

I passaggi argomentativi non sembrano tuttavia così netti e meditati, e non sono stati articolati su vicende di importanza sistematica analoga al caso *Taricco*, posto che il ruolo del diritto UE rimaneva uno dei profili delle questioni, ma non l'unico né quello determinante.

La questione di legittimità costituzionale nella sentenza 28/2010 riguardava la norma che incide sulla definizione di rifiuto, discostandosi dalla nozione comunitariamente imposta nella parte in cui si escludevano le ceneri di pirite. Per tale via indiretta, definitoria, si provocava l'irrilevanza penale delle relative condotte, ma si trattava allora di sindacare su un elemento normativo della fattispecie (non su una norma qualificata direttamente come penale – almeno per il nostro ordinamento – come avvenuto nel caso *Taricco*). Inoltre, la norma di cui si occupava la Corte nelle more del giudizio era stata abrogata e, quindi, si trattava di una questione particolare anche per questo profilo⁹⁷.

In quella vicenda, per quanto peculiare e solo di riflesso afferente alla materia penale, la Corte dichiarava incostituzionale la norma abrogata che non considerava rifiuto le ceneri di pirite, affermando – quale argomento a favore dell'annullamento – che nella fattispecie era anche in questione l'inadempimento ad un obbligo di tutela penale comunitario a cui si doveva porre rimedio. In questa prospettiva la dicotomia tra norme di favore e norme favorevoli non opera più e il sindacato di costituzionalità non è esercitato in base al principio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, bensì assumendo come parametro interposto⁹⁸ l'obbligo di tutela penale promanante dall'Unione⁹⁹.

Su tali basi, la Corte costituzionale ha peraltro affermato che occorre “distinguere tra controllo di legittimità costituzionale, che non può soffrire limitazioni, se ritualmente attivato secondo le norme vigenti, ed effetti delle sentenze di accoglimento nel processo principale, che devono essere valutati dal giudice rimettente secondo i principi generali che reggono la successione nel tempo delle leggi penali”. Il giudice *a quo* aveva evidenziato un problema di conformità della disposizione legislativa italiana rispetto alla direttiva comunitaria, evocando i parametri di cui agli artt. 11 e 117 Cost., senza denunciare la violazione dell'art. 3 Cost. *sub specie* di principio di ragionevolezza intrinseca

⁹⁷ Per un'analisi più dettagliata della fattispecie cfr. D. Franzin, *La Corte Costituzionale e la definizione di rifiuto: nuovo capitolo di una complessa vicenda di illegittimità comunitaria*, in *Cassazione penale*, fasc. 1, 2011, 117 ss.; V. Onida, *Sul controllo di conformità delle leggi al diritto europeo: le ceneri di pirite come “sottoprodotti” davanti alla Corte Costituzionale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, fasc. 6, 2011, 875 ss.; G. Armone, *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nel prisma dei diritti fondamentali*, in *Il Foro italiano*, fasc. 4, pt. 1, 2010, 1114 ss.

⁹⁸ Tra art. 117, co. 1, Cost. e la norma incriminatrice censurata, come derivante dal combinato disposto di fattispecie penale e norma definitoria.

⁹⁹ Per commenti che sottolineano l'importanza di tale orientamento della Corte costituzionale aperto ad una più forte integrazione cfr. A. Celotto, *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono “cogenti e sovraordinate”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 1, 2010, 382 ss.; A.M. Maugeri, *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex artt. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 3, 2011, 1134 ss.; M.E. Gennusa, *Un'eccezione alla necessaria applicazione del diritto comunitario?*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 2, 2010, 379 ss.

delle leggi; a parere della Corte ciò già “esclude che la questione [...] comprenda la problematica delle norme penali di favore, quale affrontata dalla sentenza n. 394 del 2006”¹⁰⁰, e la decisione è quindi assunta limitando la cognizione al profilo di compatibilità tra la norma di legge e l’ordinamento europeo, rinviando al giudice del merito – parrebbe – di valutare alla luce delle peculiarità del caso l’eventuale ulteriore impatto sistematico (impatto sul quale lo stesso giudice non aveva peraltro interrogato la Corte, limitando così il *thema decidendum*).

9. Monopolisti o guardiani della legalità? Dal tabù della legalità non parlamentare in materia penale all’esigenza di tutele non politiche per l’integrazione europea, passando per l’ipotizzabilità di “leggi penali rinforzate” dai vincoli europei

In sostanza, in queste ultime prese di posizione la Corte costituzionale non ha voluto decidere sulla generalizzabilità del sindacato sulle norme di favore contrastanti con il diritto dell’Unione, analizzando atomisticamente la questione del rispetto del diritto UE. Il precedente è comunque significativo di una tendenza a non ignorare i vincoli europei nell’ambito del ruolo del giudice delle leggi, e ciò nell’interesse dello stesso ordinamento nazionale posto che trascurare rimedi interni alle lesioni degli interessi dell’integrazione europea potrebbe condurre ad interventi eterodiretti ben più invasivi (con armonizzazione stretta o con la tentazione di generalizzare la disapplicazione – mediante effetti diretti verticali invertiti – anche nella materia penale, come emerso dalla vicenda *Taricco*).

Peraltro, al di là delle considerazioni di politica del diritto, sul piano tecnico il sindacato *in malam partem* a tutela dell’integrazione europea ben potrebbe essere ricondotto alla qualificazione come vizio procedurale – “da cattivo esercizio” del potere legislativo – delle scelte normative incoerenti con l’adempimento degli obblighi di tutela penale imposti dall’Unione¹⁰¹; ciò purché si tratti – come visto in precedenza – di scelte normative positive e sopravvenute, e non di mere omissioni. Le leggi pregresse sufficientemente severe, infatti, ben possono essere considerate come disposizioni dotate, proprio per la loro doverosità in base al diritto dell’Unione, di una sorta di forza passiva rinforzata: la loro abrogazione non potrebbe quindi essere validamente disposta, se non da una legge successiva che sia a sua volta compatibile con l’ordinamento europeo¹⁰².

Trattandosi di una legge rinforzata non si configurerebbe alcuna reviviscenza di norme abrogate, ma si tratterebbe di accertare che la seconda legge non ha in realtà mai dispiegato effetto abrogativo perché – essendo difforme dai vincoli europei – non possedeva la capacità di superare quella forza di resistenza

¹⁰⁰ Cfr. il punto 7 del considerato in diritto di Corte cost. 28/2010.

¹⁰¹ Cfr. *supra* par. 8.2.

¹⁰² Sul significato in termini di politica del diritto che l’ammettere la natura rinforzata di tali disposizioni penali comporterebbe, in termini di garanzie, democraticità e stabilità dell’ordinamento, si rinvia alla trattazione generale di C. Blanco de Morais, *Le finalità politiche delle leggi rinforzate*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 1, 1998, 27 ss., in particolare per relativizzare la fiducia nella democraticità di uno strumento legislativo visto come necessariamente libero da vincoli esterni.

maggiorata che la precedente disposizione presentava in ragione della propria conformità europea¹⁰³. Più che reviviscenza di una norma invalidamente abrogata, ma pur sempre abrogata, si avrebbe quindi una piena e continuativa sopravvivenza: la nuova legge non riuscirebbe a caducare la precedente in quanto quest'ultima si trova a possedere una capacità di resistenza atipica e rafforzata. Quella che pare trasparire da questa lettura degli orientamenti della Corte, come descritti in precedenza, sarebbe quindi una soluzione interpretativa dei rapporti tra le fonti che – sul piano costituzionale – può ben giustificare una tendenza all'ampliamento degli spazi di sindacabilità *in malam partem* della norma penale¹⁰⁴.

Ai fini della riserva di legge questa lettura sarebbe certamente la più lineare, e ben sottolinea come l'intero discorso qui svolto valga solo per le ipotesi in cui al legislatore statale si rimprovera non una totale e originaria inerzia, ma di aver modificato successivamente il regime di incriminazione rendendolo meno severo rispetto ad una precedente scelta legislativa che sarebbe invece stata in linea con gli obblighi europei (in assenza di una passata scelta democratica del Parlamento, o in assenza di principi generali che si possano riespandere, nessun sindacato *in malam partem* della Corte costituzionale a tutela degli obblighi europei potendo comunque essere ammesso).

La vicenda *Taricco*, anche se la Corte costituzionale preferisse non affrontare la questione (adottando quindi una sentenza di rigetto semplice, con un eventuale monito al legislatore), in prospettiva offre un'ulteriore ipotesi utile per testare le tendenze all'espansione del sindacato di costituzionalità. Tendenze che sembrano positive anche nell'ottica di un dialogo tra le Corti davvero leale e che guardi al lungo periodo, senza ignorare come il tutelare a livello nazionale gli interessi dell'Unione sia un'esigenza sistematica, proprio al fine di evitare che sia l'Unione stessa a dover dettare in modo determinato i propri rimedi (o considerando armonizzato il regime della prescrizione, o indicando essa stessa i parametri oggettivi per stabilire quali violazioni siano gravi e sistematiche).

La Corte di giustizia per sua natura è invece portata ad adottare uno "stile" di giudizio restio ad interventi di dettaglio; approccio a fronte del quale un sindacato di costituzionalità attivo nel tutelare gli interessi europei si svilupperebbe come utile completamento dell'azione interpretativa resa in via

¹⁰³ La qualificazione della legislazione conforme a precetti di origine internazionale come fonte rinforzata non è peraltro una novità, ma costituisce la modalità di primo riconoscimento di una collocazione speciale nel sistema delle fonti antecedente alla ricostruzione in termini di parametro interposto *ex art. 117, co. 1, Cost.* La Corte costituzionale nella sentenza 10/1993 qualificava quelle di recepimento del diritto internazionale come "norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria". Per quanto peculiare la materia penale, nella sua applicazione *in malam partem*, pare allora difficile non riconoscere al diritto nazionale conforme ad obblighi di criminalizzazione provenienti dall'ordinamento dell'Unione – che normalmente gode del ben più pervasivo primato – perlomeno questo status di fonte atipica e rinforzata.

¹⁰⁴ Per la ricostruzione sintetica delle tendenze verso l'apertura a spazi – seppur minimi – di sindacato *in malam partem*, cfr. oltre a quanto già citato anche C. Cupelli, *Equivoci trionfalistici e letture correttive. Ancora sulle recenti questioni di costituzionalità "in malam partem"*, in *Criminalia*, 2014, 521 ss. e G. Toscano, *Ai confini del sindacato di costituzionalità sulle norme penali "in bonam partem"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 1, 2016, 304 ss.

pregiudiziale su norme incriminatrici (o comunque penali). La Corte di giustizia infatti, anche nel caso *Taricco*, non ha affermato la necessità tassativa e incondizionata di prolungare la prescrizione, ma – chiamata a pronunciarsi in un giudizio pregiudiziale interpretativo – si è limitata a fornire, in un dialogo con la giurisprudenza italiana che si voleva costruttivo e aperto, le coordinate esegetiche per stabilire quando il regime di prescrizione penale italiano risulta in contrasto con le esigenze dell’Unione: solo se il numero di casi prescritti è considerevole e se vi è una certa gravità delle frodi che restano impunte. Proprio il ruolo interpretativo della Corte di giustizia impone alla giurisprudenza europea quello stile “indeterminato” che lascia al giudice nazionale di accertare la conformità sulla base di concetti quantitativi e qualitativi flessibili¹⁰⁵. Concetti che – così formulati – non possono però essere affidati al giudice nazionale anche nella materia penale, dove l’applicazione giurisprudenziale necessita di elementi di giudizio determinati e tassativi, imponendo quindi che sia eventualmente la (sola) Corte costituzionale ad intervenire a completamento dell’attività esegetica della Corte di giustizia.

Se la Corte di giustizia si astiene dal rendere preciso il precetto penale “di risulta”, perché essa è per sua natura un giudice “dell’interpretazione”, e se il giudice penale nazionale si deve astenere dalla medesima operazione per rispetto invece al principio di legalità, a guardia di quella stessa legalità – e per evitare zone franche in cui antinomie e incoerenze nell’ordinamento positivo si potrebbero protrarre nel tempo e senza rimedio¹⁰⁶ – occorre allora che sia la Corte costituzionale a sviluppare strumenti di sindacato utili al fine di supplire alla indeterminatezza delle fattispecie quando gli obblighi di tutela penale posti dall’Unione risultano (non radicalmente inottemperati ma) mal adempiuti.

In materia penale, dove la disapplicazione che ha rappresentato la prima garanzia di effettività dell’ordinamento europeo non trova modo di dispiegare le sue potenzialità, solo una Corte costituzionale maggiormente attiva anche *in malam partem* può soddisfare le esigenze di cooperazione e di dialogo che caratterizzano l’integrazione europea.

Ciò non significa un abbandono del monopolio parlamentare sulle scelte incriminatrici, ma una riqualificazione in termini di legge rinforzata di quelle scelte in cui l’ordinamento nazionale ha già intrapreso la corretta attuazione delle indicazioni di criminalizzazione europee. Questo anche per permettere alla Corte di giustizia di conservare quel suo stile di giudizio “interpretativo” che consente la flessibilità dell’applicazione a livello nazionale, senza che il legislatore europeo sia indotto ad un’armonizzazione sempre più stretta delle tutele penali (optando per il rimedio politico dell’uniformazione, posto che la disapplicazione – come mezzo

¹⁰⁵ Sullo stile della giurisprudenza della Corte di giustizia, condizionato dal suo ruolo interpretativo e dal linguaggio necessariamente ambiguo della disciplina dell’Unione, cfr. E. Colombo, *Lingua e stile delle pronunce della Corte di giustizia. Riflessioni introduttive*, in *Cassazione penale*, fasc. 4, 2013, 1683 ss. e L. Ieva, *La lingua nel diritto U.E. tra ambiguità lessicale e necessità di uniformità (in latino)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, fasc. 2, 2011, 483 ss.

¹⁰⁶ Sull’insufficienza degli spazi per il sindacato di costituzionalità sul diritto penale ammessi dalla giurisprudenza italiana cfr. G. Marinucci, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le “zone franche”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, fasc. 6, 4160 ss.

tecnico lasciato ai giudici – non può garantire, in una materia soggetta a rigorosa determinatezza, quel costante dialogo tra gli ordinamenti che è invece possibile negli ambiti di competenza diversi da quello penale).

A fronte dell'ineffettività di un'integrazione governata in modo accentrato e "politico" mediante procedure di infrazione e uniformazione, la leale collaborazione tra giurisdizioni si presenta come un'esigenza sia per l'ordinamento europeo (che aspira all'effettività dei propri obblighi di tutela penale), sia per l'ordinamento nazionale (che aspira a conservare la propria identità a fronte di una armonizzazione aperta, piuttosto che di una uniformazione dettagliata). In questa prospettiva, la materia penale necessita di un sindacato di costituzionalità che – senza porre in discussione la stretta riserva di legge parlamentare *ex art. 25 Cost.* – sia idoneo ad impedire "marce in dietro" al legislatore penale italiano, rispetto alle esigenze di tutela penale dell'Unione; ciò precludendo la sostituzione di quelle disposizioni penali nazionali che si rivelano adeguate alla tutela degli interessi europei, grazie alla loro qualificazione come leggi penali rinforzate.

Nella qualificazione in termini di leggi rinforzate delle disposizioni penali conformi agli obblighi di criminalizzazione europei si concilia quindi sia il monopolio parlamentare sulla materia penale, che rimane impregiudicato, sia il pieno rispetto dei diversi ruoli propri di tutti gli attori giurisdizionali. Vi è infatti una piena deferenza alla legalità del giudice penale nazionale, mai chiamato a disapplicare. Vi è il rispetto della vocazione esegetica insita nelle pronunce pregiudiziali della Corte di giustizia, che interviene indicando criteri di criminalizzazione aperti e flessibili. Vi è infine – a chiusura del sistema – l'opportunità di far assumere un ruolo maggiormente attivo (ove necessario "in supplenza" del legislatore) alla Corte costituzionale; Corte che, sulla base della possibilità di prefigurare leggi penali rinforzate dagli obblighi europei, sarebbe posta nelle condizioni di farsi garante della stabilità della "giusta" legalità, assicurando che dalle corrette opzioni penali già positivizzate in legge il Parlamento non possa unilateralmente retrocedere¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Cfr. A. Gargani, *Verso una "democrazia giudiziaria"? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, 99 ss.