

# I

## IL PRINCIPIO DI RISERVA DI LEGGE. L'INDIVIDUAZIONE DELLE FONTI ABILITATE A DISCIPLINARE LA MATERIA PENALE

---

**SOMMARIO:** **1.** Il principio di riserva di legge in materia penale. - **2.** La *ratio* politico-garantista della riserva di legge: il monopolio del Parlamento. - **3.** Gli atti aventi forza di legge adottati dal Governo: i decreti legislativi delegati e i decreti-legge. - **3.1.** Le critiche della dottrina rispetto all'uso del decreto legislativo delegato in materia penale. - **3.2.** Le critiche della dottrina rispetto all'uso del decreto-legge in materia penale. - **4.** Le fonti dell'ordinamento dell'Unione europea. - **4.1.** L'assenza di un fondamento normativo alla competenza penale diretta dell'Unione europea. I dubbi interpretativi generati dall'art. 86 TFUE. - **4.2.** La competenza penale indiretta. - **4.2.1.** Competenza penale indiretta autonoma e accessoria. - **4.3.** L'inadempimento degli obblighi di tutela penale imposti dall'Unione Europea. - **4.4.** Aperture giurisprudenziali a favore della "giustiziabilità" del c.d. inadempimento sopravvenuto: dichiarazione di incostituzionalità *in malam partem* e reviviscenza della legge abrogata. - **4.5.** Disapplicazione *in malam partem* per violazione del diritto europolitano: il caso *Taricco*. - **4.5.1.** La sentenza della Corte di giustizia 8 settembre 2015 (c.d. *Taricco I*). - **4.5.2.** L'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale: l'ordinanza n. 24/2017. - **4.5.3.** La sentenza della Corte di giustizia UE 5 dicembre 2017 (c.d. *Taricco II*). - **4.5.4.** La sentenza della Corte costituzionale n. 115/2018: la "regola Taricco" non è mai applicabile perché indeterminata. - **4.6.** Gli effetti diretti *in bonam partem* delle fonti euro-unitarie. - **4.6.1.** La raccolta non autorizzata di scommesse da parte di allibratori stranieri. - **4.6.2.** Il delitto di illecito reingresso dello straniero extracomunitario. - **5.** La legge regionale. - **5.1.** Legge regionale *in malam partem*. - **5.2.** Legge regionale *in bonam partem*. - **5.3.** Legge regionale e sanzioni amministrative. - **6.** Riserva di legge e

sentenze di costituzionalità *in malam partem*. - **6.1.** La rilevanza della questione nonostante il principio di irretroattività della norma incriminatrice. - **6.2.** La distinzione tra norme di favore e norme favorevoli. - **6.3.** Il sindacato *in malam partem* sulla norma introdotta da una fonte affetta da vizi procedurali o comunque non abilitata, *ex art. 25, co. 2, Cost.*, a disciplinare la materia penale. - **6.4.** Inadempimento (originario e sopravvenuto) di obblighi di tutela penale comunitariamente imposti e sindacato di costituzionalità. - **6.5.** Sindacato di costituzionalità *in bonam partem*. - **7.** La “riserva di codice” e il nuovo art. 3-*bis* c.p. - **7.1.** Le nuove disposizioni in tema di confisca “allargata”. - **7.2.** Alcuni problemi applicativi sorti in seguito all’attuazione della c.d. riserva di codice. Il nuovo art. 570-*bis* e la tutela dei figli nati fuori dal matrimonio.

## **1. Il principio di riserva di legge in materia penale**

L’art. 25, co. 2, Cost. stabilisce che “nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”.

La disposizione costituzionale in esame sancisce, così, in materia penale, i principi di riserva di legge e di irretroattività della norma incriminatrice.

Le questioni più controverse che sorgono nell’interpretazione del principio costituzionale della riserva di legge in materia penale riguardano essenzialmente due profili: **a) l’individuazione delle fonti normative** che soddisfano la riserva di legge costituzionale (cosa si intende, in altri termini, per legge ai sensi dell’art. 25, co. 2, Cost.); **b) la natura della riserva di legge** e il conseguente spazio consentito alle c.d. fonti normative secondarie nella “costruzione” del precetto.

## **2. La ratio politico-garantista della riserva di legge: il monopolio del Parlamento**

La risoluzione di entrambe le questioni prospettate richiede alcune considerazioni preliminari per individuare la *ratio* dell’art.

25, co. 2, Cost., ovvero le ragioni per le quali il Costituente ha riservato alla legge la materia penale.

È affermazione ampiamente condivisa quella secondo cui la riserva di legge in materia penale ha un **fondamento politico-garantista**, nel senso che è diretta a soddisfare un'esigenza di **democraticità e rappresentatività** nella formulazione della scelta incriminatrice.

L'art. 25, co. 2, Cost., attraverso il principio di riserva di legge, ha voluto riservare la c.d. scelta incriminatrice al **Parlamento**, cioè all'Istituzione che soddisfa maggiormente e direttamente le predette esigenze di democraticità e rappresentatività.

La pena incide, infatti, su valori fondamentali della persona (libertà personale, dignità sociale): da qui la necessità che la scelta del reato e delle relative sanzioni sia compiuta da un soggetto munito di rappresentatività (*no incrimination without representation*).

Da questo punto di vista, il Parlamento si rivela, per diverse ragioni, l'Istituzione più idonea a compiere la scelta che precede l'introduzione del precetto.

In primo luogo, infatti, l'Istituzione parlamentare è direttamente rappresentativa dell'intera collettività nazionale, in quanto eletta a suffragio universale e diretto.

In secondo luogo, la procedura parlamentare di approvazione della legge, anche se si basa sul principio maggioritario, riesce ad assicurare, attraverso il confronto dialettico tra maggioranza e opposizione, **una scelta meditata** e, soprattutto, offre possibilità **di tutela e di interlocuzione anche alle minoranze**.

La *ratio* della riserva di legge è, dunque, quella di assicurare, nella materia penale, il **monopolio del Parlamento**. Riservare il monopolio nella produzione delle norme penali alla legge formale, emanata da un Parlamento eletto a suffragio universale, le cui scelte sono il risultato della dialettica tra maggioranza e minoranza, significa, infatti, garantire a tutti i cittadini – anche alle minoranze – che le scelte sul **se, cosa e come punire** vengano compiute dal potere dello Stato che è in grado di esprimere, nella forma più ampia possibile, le loro valutazioni su quel che merita e ha bisogno della più dura tra le reazioni statali.

La questione se esistano altre fonti (di rango primario o super-primario, ma diverse dalla legge parlamentare) abilitate a incidere sulla materia penale deve, pertanto, essere affrontata tenendo conto di questa *ratio* sostanziale, di natura politico-garantista, sottesa all'art. 25, co. 2, Cost.

Il criterio da utilizzare per selezionare gli atti normativi che soddisfano la riserva di legge è, in altri termini, un criterio sostanzialistico, non meramente formale: verificare, di volta in volta, qual è il ruolo del Parlamento nel procedimento di formazione dell'atto normativo diverso dalla legge in senso formale.

Va sin da ora sottolineato che ciò che conta non è la collocazione dell'atto normativo nella gerarchia delle fonti, il fatto, cioè, che abbia la stessa forza della legge o, eventualmente, una forza persino superiore alla legge. Al contrario, per stabilire se un determinato atto normativo soddisfi o meno la riserva di legge di cui all'art. 25, co. 2, Cost., ciò che rileva è se il relativo procedimento di formazione **assicuri o meno al Parlamento** quel ruolo, **centrale e tendenzialmente esclusivo**, che solo è in grado di soddisfare l'illustrata esigenza di democraticità e rappresentatività.

Ci sono, ad esempio, atti normativi che nella gerarchia delle fonti hanno un valore superiore rispetto alla legge (ad esempio le fonti del diritto euro-unitario o le sentenze "normative" della Corte costituzionale); essi, tuttavia, proprio perché non assicurano il monopolio del Parlamento nazionale, non possono direttamente produrre effetti penali *in malam partem*.

Così individuato il criterio da utilizzare, esamineremo nei paragrafi che seguono alcune fonti normative la cui idoneità a disciplinare la materia penale è tuttora piuttosto controversa.

### **3. Gli atti aventi forza di legge adottati dal Governo: i decreti legislativi delegati e i decreti-legge**

La questione concernente la legittimità costituzionale dei decreti legislativi delegati e dei decreti-legge in materia penale è stata da tempo affrontata e risolta dalla Corte costituzionale

in termini positivi. Anche la prassi parlamentare e governativa ammette che il decreto legislativo e il decreto-legge siano fonti abilitate a introdurre norme penali.

La Corte costituzionale – pur condividendo la premessa secondo cui il criterio da utilizzare deve indagare il ruolo riservato al Parlamento, senza potersi risolvere nel dato meramente formale rappresentato dalla “forza di legge” – ha ritenuto che il Parlamento conservi un ruolo sufficientemente importante sia rispetto al decreto legislativo, sia rispetto al decreto-legge.

Nel caso del decreto legislativo, la sua inclusione tra le fonti abilitate ai sensi dell’art. 25, co. 2, Cost. sarebbe giustificata dal fatto che il Parlamento deve dettare ai sensi dell’art. 76 Cost. “*principi e criteri direttivi*” per il Governo, conservando per questa via il monopolio delle scelte punitive.

L’inclusione del decreto-legge tra le fonti del diritto penale viene, a sua volta, legittimata sulla base di un duplice argomento: nel caso di conversione, le norme emanate dal potere esecutivo vengono fatte proprie dal Parlamento, che le traduce in una legge formale; d’altro canto, in caso di mancata conversione, gli effetti del decreto-legge risulterebbero integralmente travolti sin dall’inizio, secondo il disposto dell’art. 77, co. 3, Cost.

### ***3.1. Le critiche della dottrina rispetto all’uso del decreto legislativo delegato in materia penale***

Sebbene ormai, a livello operativo, la questione dell’ammissibilità in materia penale dei decreti-legge e dei decreti legislativi delegati sembri definitivamente risolta alla luce della richiamata giurisprudenza costituzionale, il tema rimane, invece, aperto nel dibattito teorico.

Una parte della dottrina (CUPELLI), infatti, non condivide la tesi accolta dalla Corte costituzionale e manifesta seri dubbi sulla legittimità costituzionale dei decreti-legge e dei decreti legislativi delegati in materia penale.

Con riferimento al decreto legislativo si osserva che la determinazione dei principi e dei criteri direttivi da parte del Parlamento circoscrive, ma **non elimina, la discrezionalità politica del potere esecutivo** nell’esercizio della delega, a maggior ra-

gione se si considera che nella prassi i criteri direttivi difettano di analiticità e chiarezza.

Il confronto con l'ipotesi del regolamento delegato in materia penale rafforza queste critiche. Se una legge parlamentare si limitasse a fissare principi e criteri direttivi e per il resto delegasse un regolamento governativo a formulare il precetto nel rispetto di quei principi e criteri, nessuno dubiterebbe della illegittimità costituzionale di questa tecnica normativa di "creazione" del precetto, perché in contrasto con la natura (tendenzialmente) assoluta della riserva di legge di cui all'art. 25, co. 2, Cost., che consente alla fonte secondaria solo un ruolo marginale, di specificazione, in chiave eminentemente tecnica, di elementi della fattispecie già puntualmente definiti dalla legge.

Non si vede, allora, perché ammettere che il Governo tramite il decreto legislativo delegato possa fare ciò che certamente non può fare tramite il regolamento.

Le pur evidenti differenze (di forza e di regime) tra **decreto legislativo delegato e regolamento** delegato non appaiono, infatti, rilevanti per spiegare questa diversa possibilità di intervento in materia penale (negata al regolamento e ammessa per il decreto legislativo delegato).

Come si è già detto, la riserva di legge in materia penale ha la funzione politico-garantista di **assicurare il monopolio del Parlamento** nella scelta punitiva: la riserva di legge, per questa ragione, **non guarda al rango formale** della fonte normativa (primaria o secondaria), **ma alla centralità del ruolo dell'Istituzione parlamentare**.

Tale ruolo, tuttavia, sembra egualmente marginale sia nel regolamento delegato sia nel decreto legislativo delegato. In entrambi i casi, "l'autore" della scelta punitiva è il Governo; il Parlamento, attraverso la delega (non importa se al decreto legislativo o al regolamento), si limita a fissare criteri e principi che lasciano sopravvivere la discrezionalità politica dell'Esecutivo. Né può assumere alcuna rilevanza la circostanza che il decreto legislativo delegato è soggetto al **sindacato di costituzionalità accentrato** da parte della Corte costituzionale, a differenza del regolamento, che è invece sottoposto a un **sindacato di costitu-**

**zionalità diffuso** (nel senso che è disapplicabile, se illegittimo, da qualsiasi giudice).

Questa differenza di regime è del tutto neutra rispetto alla *ratio* della riserva di legge di cui all'art. 25, co. 2, Cost.

La disposizione costituzionale vuole la legge non per assicurare il sindacato di costituzionalità accentrato sulle norme incriminatrici, ma per assicurare il monopolio parlamentare. Il tipo di sindacato di costituzionalità (accentrato o diffuso) è, dunque, del tutto estraneo alla funzione della riserva di legge in materia penale.

Peraltro, il sindacato di costituzionalità accentrato è il segno della particolare forza dell'atto di rango legislativo, mai disapplicabile dal giudice comune, anche se incostituzionale. Nell'ottica della tutela del cittadino, "colpito" da una norma incriminatrice incostituzionale, potrebbe, quindi, risultare più efficace un tipo di sindacato di costituzionalità diffuso, come accade per i regolamenti, disapplicabili, senza filtro, da qualsiasi giudice li ritenga incostituzionali.

Quanto appena detto conferma ulteriormente che l'abilitazione riconosciuta al decreto legislativo in materia penale (e la differenza rispetto al regolamento) non può essere giustificata dalla "forza di legge" e dalla conseguente tipologia di sindacato di costituzionalità che da tale forza deriva.

### ***3.2. Le critiche della dottrina rispetto all'uso del decreto-legge in materia penale***

Con riferimento al decreto-legge, in senso critico rispetto al ricordato orientamento giurisprudenziale che ne ammette l'intervento in materia penale, si evidenzia che in caso di mancata conversione non sono, comunque, più reversibili gli effetti sulla libertà personale (tanto nella forma delle misure cautelari, quanto nella forma di una pena conseguente a una condanna definitiva) prodotti da un decreto-legge che introduca nuove incriminazioni o inasprisca un preesistente trattamento sanzionatorio.

Inoltre, i presupposti di necessità e di urgenza che giustificano l'adozione del decreto-legge sono, nella maggior parte dei casi, incompatibili con quella esigenza di **meditazione e ponderazio-**

**ne** che, anche alla luce dell'idea del diritto penale come *extrema ratio*, dovrebbe precedere l'introduzione di nuove incriminazioni.

A ciò va aggiunto che il procedimento parlamentare di approvazione della legge di conversione del decreto-legge è retto da un'evidente esigenza di speditezza (al fine di assicurare la conversione nei tempi previsti dalla Costituzione). Questo determina il **contingentamento dei tempi di discussione** e la conseguente **menomazione della dialettica parlamentare** e, dunque, la significativa restrizione dei diritti delle minoranze.

La situazione è, inoltre, aggravata dalla diffusa prassi politica, che spesso vede il Governo porre la c.d. **questione di fiducia** sulla conversione del decreto-legge: il Parlamento si trova così di fronte alla stringente alternativa tra convertire il decreto-legge (recependo le scelte punitive del Governo) oppure far cadere l'Esecutivo, con conseguente possibile scioglimento anticipato delle Camere stesse. In questo contesto è allora difficile ammettere che nel caso del decreto-legge, nonostante la legge di conversione, il monopolista della scelta punitiva sia stato ancora il Parlamento.

Nel corso degli ultimi anni, la Corte costituzionale, pur continuando a non dubitare della legittimità costituzionale del decreto-legge in materia penale, ha, comunque, in vario modo cercato di reprimere l'abuso da parte del Governo dello strumento del decreto-legge.

Si tratta di interventi che riguardano l'uso del decreto-legge *tout court* (non solo, quindi, in materia penale), ma che hanno evidenti riflessi garantistici anche nella materia penale.

Si segnalano in particolare tre filoni giurisprudenziali: **a) il divieto di reiterazione del decreto-legge non convertito**; sin dalla sentenza n. 360/1996, la Corte costituzionale ha affermato l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 77 della Costituzione, dei decreti-legge iterati o reiterati, quando tali decreti, considerati nel loro complesso o in singole disposizioni, abbiano sostanzialmente riprodotto, in assenza di nuovi (e sopravvenuti) presupposti straordinari di necessità e urgenza, il contenuto normativo di un decreto-legge che abbia perso efficacia a seguito della mancata conversione; **b) l'evidente mancanza dei presump-**

**posti di necessità e di urgenza** è un vizio del decreto-legge che si trasmette alla legge di conversione, la quale, quindi, non ha efficacia sanante (cfr. sentenze n. 341/2003; nn. 6 e 178, 196, 285 e 299/2004; nn. 2, 62 e 272/2005; 171/2007); **c) in sede di conversione**, il Parlamento può anche introdurre modifiche al contenuto originario del decreto; **gli emendamenti**, tuttavia, **devono essere omogenei**, atteso che altrimenti vi sarebbe un uso improprio della speciale procedura d'urgenza prevista per la conversione del decreto-legge e, dunque, una sostanziale elusione dei presupposti straordinari di necessità e di urgenza richiesti dall'art. 77 Cost. (sentenze n. 22/2012 e n. 32/2014).

Proprio riscontrando la violazione dell'ultimo dei limiti menzionati, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità della c.d. legge Fini-Giovanardi (artt. 4-*bis* e 4-*VICES TER*, co. 2, lett. *a*) e 3, lett. *a*), n. 6) del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, l. 21 febbraio 2006, n. 49), in riferimento all'art. 77, co. 2 della Costituzione, in considerazione della disomogeneità tra oggetto del decreto legge e legge di conversione, la quale ultima, introducendo l'**equiparazione**, sia sul piano dell'incriminazione sia sul piano sanzionatorio, tra **droghe leggere** e **droghe pesanti**, modificava in modo sostanziale una disciplina penale **senza un adeguato dibattito parlamentare**, che solo la procedura di cui all'art. 72 Cost, avrebbe potuto garantire.

#### 4. Le fonti dell'ordinamento dell'Unione europea

È affermazione largamente condivisa (sia in dottrina che in giurisprudenza) quella secondo cui l'Unione europea non è titolare di una competenza normativa con effetti diretti in materia penale.

**L'Unione europea ha solo una competenza normativa indiretta**: può, in altri termini, prevedere, in determinate materie, obblighi di tutela penale rivolti agli Stati (che gli Stati devono poi attuare nel rispetto del principio costituzionale della riserva di legge), ma non può rivolgersi ai singoli, ponendo in capo a essi

obblighi penali direttamente operativi (o aggravare direttamente il trattamento sanzionatorio di reati eventualmente già previsti dal legislatore nazionale).

Il principio di riserva di legge in materia penale viene, quindi, riferito alla legge dello Stato, con esclusione delle fonti euro-unitarie.

Tale conclusione trova la sua principale giustificazione nella considerazione che il processo di produzione normativa che si svolge in ambito comunitario è ancora caratterizzato da un **deficit di democraticità e rappresentatività** e non è in grado, pertanto, di soddisfare l'esigenza garantistica sottesa alla riserva di legge prevista dall'art. 25, co. 2, Cost.

La funzione normativa, infatti, in ambito comunitario è ancora prevalentemente attribuita al Consiglio (cioè all'organo esecutivo europeo, composto dai rappresentanti dei Governi nazionali) e sottratta a un adeguato intervento parlamentare (e più in generale a una sufficiente partecipazione democratica).

Tale deficit di democraticità viene ritenuto ancora ostativo all'attribuzione all'Unione europea di una competenza penale diretta, nonostante la graduale democratizzazione dell'ordinamento sovranazionale attuata attraverso il significativo ridimensionamento dei poteri decisionali del Consiglio nell'ambito della **procedura di codecisione** (che oggi, dopo il Trattato di Lisbona, prende il nome di "**procedura legislativa ordinaria**") a favore del Parlamento europeo. Va, del resto, rilevato che la procedura legislativa ordinaria (c.d. codecisione), in sostanza, prevedendo l'adozione congiunta dell'atto da parte del Consiglio e del Parlamento europeo, non fa altro che riconoscere a quest'ultimo un mero **potere di veto**, senza che, in assenza dell'accordo con il Consiglio, possa in alcun modo orientare l'azione dell'Unione secondo il suo volere. È l'idea stessa della codecisione a svelare in materia penale un'insanabile incoerenza di fondo, giacché, come è stato evidenziato, in democrazia solo i rappresentanti del popolo possono decidere legittimamente – e non "co-decidere" – in relazione alla limitazione dei diritti fondamentali dell'individuo: libertà, personalità, dignità, che vengono normalmente in questione nei rapporti di diritto penale.

Non meno significative appaiono anche le riserve sulla **capacità rappresentativa del Parlamento europeo**, non solo in ragione della inadeguatezza allo scopo dei meccanismi di voto e della segnalata scarsa incidenza sulla decisione finale, ma anche per una **duplice**, ontologica **carezza**: anzitutto, di una vera e propria **potenzialità dialettica interna**, che sia riconducibile a un modello di contrapposizione argomentativa tra maggioranza che propone e opposizione che controlla, interloquisce e si confronta; inoltre, di una **sfera pubblica** e di un **popolo europeo**, al cui interno possano maturare le istanze di tutela e i giudizi di disvalore a esse sottesi.

#### ***4.1. L'assenza di un fondamento normativo alla competenza penale diretta dell'Unione europea. I dubbi interpretativi generati dall'art. 86 TFUE***

Del resto, i poteri spettanti all'Unione europea sono fondati sul **principio di attribuzione** (in quanto sono solo quelli ceduti dagli Stati) e nessuna norma dei Trattati istitutivi prevede l'espressa attribuzione agli organi comunitari della potestà punitiva penale con effetti diretti.

Dopo il Trattato di Lisbona, un apparente riconoscimento di una competenza penale diretta **sembrava potersi ricavare dall'art. 86 TFUE**, che prevede, al § 1, l'istituzione, con regolamento approvato secondo la procedura legislativa ordinaria, di una **Procura europea** per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. La stessa disposizione, al § 2, prevede che la Procura europea è competente a perseguire gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali *“definiti dal regolamento previsto nel § 1”*.

La norma prevede, quindi, che il regolamento (cioè una fonte normativa dotata di effetti diretti) “definisce” i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione che la Procura europea è competente a perseguire. Si potrebbe allora essere indotti a ritenere che il regolamento possa direttamente introdurre negli ordinamenti nazionali nuove fattispecie di reati, senza l'intermediazione del legislatore nazionale.

È prevalsa, tuttavia, l'interpretazione secondo cui il regola-

mento in esame possa solo svolgere una **funzione ricognitiva e selettiva dei reati**, che devono essere, però, già previsti come tali dalle legislazioni nazionali degli Stati membri, rimettendo alla Procura europea solo il compito di perseguirli. Il regolamento avrebbe, quindi, solo un effetto procedurale (istituendo la competenza concorrente della Procura europea) e non anche sostanziale (limitandosi a un'attività ricognitiva di fattispecie di reato già previste dalla legislazione nazionale).

#### ***4.2. La competenza penale indiretta***

In ordine alle modalità di esercizio della competenza penale indiretta, si evidenzia come gli obblighi imposti al legislatore nazionale possono avere per oggetto: **a)** l'**assimilazione** degli interessi comunitari a quelli statali, cioè l'apprestamento ai primi della stessa tutela penale garantita ai secondi; **b)** l'**armonizzazione** delle normative penali nazionali, attraverso la predisposizione da parte di ciascuno Stato membro di incriminazioni tendenzialmente omogenee per contenuto e trattamento sanzionatorio.

Quanto all'assimilazione, si pensi, ad esempio, in materia di frodi comunitarie, all'art. 325, § 2, TFUE, ai sensi del quale: "*Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari*". La tecnica dell'assimilazione è alla base nel nostro ordinamento degli articoli 316-*bis* e 640-*bis* c.p.

Quanto all'armonizzazione, dopo il Trattato di Lisbona, il principale fondamento normativo si rinviene nell'art. 83 TFUE, che prevede soltanto una potestà punitiva indiretta, da esercitarsi attraverso l'adozione di direttive, con obblighi, quindi, rivolti solo agli Stati membri (che devono recepirli secondo la procedura legislativa interna per trasformarli in reati perseguibili in capo ai singoli).

##### ***4.2.1. Competenza penale indiretta autonoma e accessoria***

Sulla base dell'art. 83 TFUE è possibile distinguere, nell'ambito della competenza penale indiretta dell'Unione Europea, una competenza penale autonoma e una accessoria.

Quella **autonoma** è prevista dall'art. 83, § 1, che prevede la

possibilità di emanare con direttiva (approvata secondo la procedura legislativa ordinaria) norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in **sfere di criminalità particolarmente gravi** che presentano una **dimensione transazionale**, derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su base comune.

Sono poi individuati specifici ambiti di criminalità, già peraltro considerati dal previgente art. 31 TUE, non più condizionati dall'esigenza di cooperazione giudiziaria e passibili di estensione, in relazione all'evoluzione storico diacronica della criminalità, sulla base di una decisione del Consiglio che delibera all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo. Si può, dunque, rilevare come l'art. 83 § 1 TFUE attribuisca – per mezzo di un'espressa previsione normativa – una competenza penale europea indiretta *ratione materiae*, attraverso l'indicazione nominale di nove materie (terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata), il cui elenco è, tuttavia, suscettibile di essere incrementato con il voto unanime del Consiglio.

Questa **competenza penale** viene definita **autonoma** perché (a differenza di quella prevista al § 2 dell'art. 83) **non necessita della previa esistenza di norme europee di carattere extrapenale**, bisognose, per la loro efficace attuazione, anche di una tutela di natura penale, potendo in ogni momento autolegittimarsi in funzione di lotta alle più insidiose manifestazioni espressive della criminalità transazionale.

La **competenza penale accessoria** è, invece, quella prevista dall'art. 83, § 2, ed è così definita perché può esercitarsi **solo su materie** che, come si accennava, **già sono state oggetto di misure di armonizzazione** di carattere extrapenale. Il suo presupposto, infatti, è che il ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia penale **si riveli indispensabile** per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è già stato oggetto di misure di armonizzazione. In altri termini, essa mira a garantire l'effetto utile dei precetti di fonte comunitaria e, al con-

tempo, a impedire che taluni Paesi dell'Unione – in assenza di adeguate misure punitive nazionali volte a colpire la violazione di tali precetti – si trasformino in “paradisi criminali”, capaci di vanificare l'opera di prevenzione penale svolta dagli altri Paesi dell'UE (BERNARDI). Si parla di **competenza penale accessoria** proprio per sottolinearne la funzione di completamento riguardo alle rispettive misure extrapenali di armonizzazione.

**Una parte della dottrina** ha manifestato **significative perplessità** rispetto alla competenza penale accessoria. Essa, infatti, può intervenire rispetto a qualsiasi politica dell'Unione, “*in un settore che è già stato oggetto di misure di armonizzazione*”, ed è, quindi, destinata a espandersi parallelamente alla evoluzione dei settori di competenza extra-penali dell'Unione.

Il rischio è, dunque, che la competenza penale accessoria possa implicare uno smodato ricorso a norme penali di origine europea, contrastanti con il principio di *extrema ratio*. La prospettiva prevalentemente “economicistica” dell'Unione potrebbe, infatti, indurre il legislatore europeo a ritenere ineludibile un ampio ricorso alla pena rispetto a fatti illeciti commessi in quelle materie e in quei settori costituenti il nucleo essenziale delle politiche dell'UE (concorrenza, trasporti, agricoltura etc.), ma in certi casi non altrettanto centrali in una prospettiva di diritto interno. Inoltre, le direttive penali di armonizzazione accessoria, a differenza di quelle tramite le quali si esercita la competenza penale autonoma, non sono necessariamente adottate secondo la procedura legislativa ordinaria (che assicura al Parlamento europeo un potere di veto), ma sulla base della **stessa procedura legislativa**, ordinaria o speciale, **utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione extrapenale** di cui esse mirano a garantire l'efficacia. Si pone, quindi, anche un problema di legittimazione democratica, in quanto le **procedure legislative speciali** non sempre si caratterizzano per una sufficiente democraticità, atteso che talora in esse il Parlamento europeo si limita a essere consultato, e dunque non dispone del potere di veto.

#### ***4.3. L'inadempimento degli obblighi di tutela penale imposti dall'Unione europea***

Appurato che l'Unione europea può solo porre in capo agli

Stati obblighi di tutela penale indiretta, si pone l'ulteriore problema dei rimedi ipotizzabili nel caso in cui il legislatore nazionale non rispetti tali obblighi.

Ci si chiede, in particolare, se la **legge nazionale** in contrasto con un **obbligo di tutela penale comunitariamente** imposto possa essere disapplicata o dichiarata incostituzionale.

Nell'affrontare il tema è opportuno distinguere **due ipotesi principali**: **a) l'inadempimento originario** (l'obbligo di tutela penale non è mai stato adempiuto dal legislatore nazionale, che, quindi, non ha mai introdotto la fattispecie di reato o il più severo trattamento sanzionatorio richiesto dall'Unione Europea); **b) l'inadempimento sopravvenuto** (una legge nazionale successiva, intervenendo *in bonam partem*, modifica la disciplina punitiva precedente, che, invece, risultava conforme all'obbligo di tutela penale comunitariamente imposto).

Nel primo caso (**inadempimento originario**), il principio costituzionale della riserva di legge (che rappresenta un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale e, quindi, in ipotesi, anche un eventuale controlimite alla primazia del diritto eurounitario) non consente di ipotizzare rimedi per superare l'inerzia del legislatore nazionale. Una legge nazionale punitiva conforme all'obbligo di tutela penale non è, infatti, mai esistita ed è da escludere che possa essere "**creata**" dal giudice comune (all'esito di quella che sarebbe una vera e propria disapplicazione "creativa" della legge nella parte in cui non prevede un determinato reato) o dalla Corte costituzionale (attraverso una sentenza manipolativa-normativa *in malam partem*, che confliggerebbe con la riserva di legge).

Nel caso di **inadempimento sopravvenuto** (una nuova legge abroga una precedente legge comunitariamente obbligatoria), dovrebbero, a rigore, valere analoghe considerazioni.

L'idea della disapplicazione *in malam partem* della legge sopravvenuta, con contestuale reviviscenza della legge nazionale abrogata, è stata, ad esempio, espressamente ripudiata dalla stessa Corte di giustizia dell'UE, che ha precisato "*che una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di colo-*

*ro che agiscono in violazione delle dette disposizioni” (ex multis, CGUE, Grande Sezione, 3 maggio 2005, C-387/02, resa in occasione della prima riforma, avvenuta con il d.lgs. n. 61/2002, del delitto di false comunicazioni sociali, quando si assumeva l’eventuale contrasto del nuovo falso in bilancio con l’art. 6 della direttiva 68/151, che impone il requisito dell’adeguatezza della sanzione a tutela della veridicità dei bilanci societari). Sul tema v. anche § 6.4. in questo stesso capitolo.*

#### ***4.4. Aperture giurisprudenziali a favore della “giustiziabilità” del c.d. inadempimento sopravvenuto: dichiarazione di incostituzionalità in malam partem e reviviscenza della legge abrogata***

Non si può, tuttavia, non rilevare come, di fronte all’ipotesi di inadempimento sopravvenuto dell’obbligo di tutela penale eurounitario, la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sembri ammettere la possibilità di un intervento *in malam partem* (attraverso la dichiarazione di incostituzionalità della norma sopravvenuta, con reviviscenza di quella abrogata).

Il più significativo arresto in tale direzione è rappresentato dalla **sentenza della Corte costituzionale n. 28/2010** (relativa al contrasto con una direttiva comunitaria sui rifiuti di una norma nazionale che escludeva dalla nozione di rifiuto le ceneri di pirite). La sentenza in esame ammette la possibilità di risolvere il conflitto dichiarando l’incostituzionalità della norma sopravvenuta (salva la verifica degli effetti intertemporali della sentenza sui fatti commessi nel vigore della norma anticomunitaria *in bonam partem*).

Di fronte all’obiezione che un simile intervento *in malam partem* (derivando da una fonte certamente non abilitata a disciplinare la materia penale) avrebbe violato il principio costituzionale di cui all’art. 25, co. 2, Cost., la Corte ha testualmente replicato che “*se si stabilisse che il possibile effetto in malam partem della sentenza di questa Corte inibisce la verifica di conformità delle norme legislative interne rispetto alle norme comunitarie – che sono cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie nell’ordinamento italiano per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – non si arriverebbe soltanto alla*

*conclusione del carattere non autoapplicativo delle direttive comunitarie sui rifiuti, ma si toglierebbe a queste ultime ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano, come effetto del semplice susseguirsi di norme interne diverse, che diverrebbero insindacabili a seguito della previsione, da parte del medesimo legislatore italiano, di sanzioni penali. La responsabilità penale, che la legge italiana prevede per l'inosservanza delle fattispecie penali connesse alle direttive comunitarie, per dare alle stesse maggior forza, diverrebbe paradossalmente una barriera insuperabile per l'accertamento della loro violazione”.*

Dalla citata sentenza non è, tuttavia, possibile ricavare un insegnamento di carattere generale, valevole in ogni altra occasione, specie se si considera la peculiarità del caso sottoposto all'attenzione della Corte costituzionale: la norma oggetto della questione era stata, infatti, successivamente abrogata dallo stesso legislatore nelle more del giudizio di costituzionalità. La Corte ha, quindi, dichiarato l'incostituzionalità di una norma già abrogata. La rilevanza della questione residuava ai soli fini dell'art. 2, co. 4, c.p., che prevede l'applicazione retroattiva delle legge più mite, anche se si tratta di una legge intermedia (cioè già abrogata e sostituita da una più severa).

Un'ulteriore apertura a favore della tesi secondo cui l'inaidempimento sopravvenuto dell'obbligo di incriminazione imposto dal diritto sovranazionale potrebbe trovare rimedio nella dichiarazione di incostituzionalità della legge sopravvenuta (con contestuale reviviscenza della legge abrogata) si può anche trarre dalla sentenza della **Corte costituzionale n. 32/2014** (che ha dichiarato l'incostituzionalità della equiparazione tra droghe pesanti e droghe leggere, che il legislatore aveva introdotto attraverso un emendamento in sede di conversione di un decreto-legge dal contenuto non omogeneo).

La Corte, in quell'occasione, per giustificare la reviviscenza della vecchia disciplina in materia di droga (la legge Iervolino-Vassalli, poi abrogata dalla c.d. legge Fini-Giovanardi), ha espressamente affermato che “*se non si determinasse la ripresa dell'applicazione delle norme sanzionatorie contenute nel d.P.R. n. 309 del 1990, resterebbero non punite alcune tipologie*

*di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione. Il che determinerebbe una violazione del diritto dell'Unione europea, che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.”.*

#### **4.5. Disapplicazione in malam partem per violazione del diritto eurounitario: il caso Taricco**

Un importante capitolo dei rapporti tra riserva di legge in materia penale e ordinamento dell'UE è stato scritto dalla Corte costituzionale e dalla Corte di giustizia in seguito al proficuo dialogo che esse hanno instaurato in occasione del c.d. caso *Taricco*.

Il caso nasce dalla disciplina italiana dettata dal codice penale sugli effetti degli atti interruttivi della prescrizione del reato.

Gli articoli 160, co. 2, e 161, co. 2, c.p. prevedono che, anche in presenza di più atti interruttivi, il termine di prescrizione del reato non può, comunque, superare un tetto massimo, che è di regola pari al tempo ordinariamente necessario a prescrivere aumentato di un quarto.

##### **4.5.1. La sentenza della Corte di giustizia 8 settembre 2015 (c.d. Taricco I)**

La Corte di giustizia, nella nota **sentenza c.d. Taricco I (sentenza 8 settembre 2015, C-105/04)**, ha dichiarato che il combinato disposto dell'articolo 160, ultimo comma, e dell'articolo 161 del codice penale, nella parte in cui tali disposizioni prevedono che un atto interruttivo della prescrizione verificatosi nell'ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di IVA comporti il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale, è idoneo a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, §§ 1 e 2, TFUE, nell'ipotesi in cui tali disposizioni nazionali **impediscono di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione**, o in cui prevedano, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, **termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione**. La Corte ha altresì

dichiarato che il **giudice nazionale competente** è tenuto a dare piena efficacia all'articolo 325, §§ 1 e 2, TFUE, **disapplicando, all'occorrenza**, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dalle suddette disposizioni del TFUE.

Va subito evidenziato che nella sentenza *Taricco I*, la Corte di giustizia, di fronte all'obiezione che la disapplicazione diretta *in malam partem* delle norme nazionali avrebbe potuto determinare una violazione del principio di legalità dei reati e della pena (sancto anche dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), ha replicato che tale disapplicazione non viola il principio di legalità, perché da essa non deriverebbe affatto una condanna degli imputati per una condotta che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva un reato punito dal diritto nazionale, né l'applicazione di una sanzione che, allo stesso momento, non era prevista da tale diritto. Ciò in quanto, i fatti contestati agli imputati nel procedimento principale integravano, alla data della loro commissione, gli stessi reati ed erano passibili delle stesse sanzioni penali attualmente previste.

Tale passaggio motivazionale evidenzia come la Corte di giustizia (conformemente del resto alla posizione della Corte EDU e anche di altri Stati europei) ritenga l'istituto della **prescrizione** (in particolare, nel caso di specie, degli effetti prodotti dagli atti interruttivi della prescrizione) **estraneo al diritto penale sostanziale** e, quindi, non sottoposto alla garanzia rappresentata dai principi di legalità e irretroattività.

È proprio questa la ragione per la quale la Corte di giustizia, pur non rinnegando il tradizionale orientamento secondo cui il diritto euro-unitario non può essere fonte di effetti penali diretti (*in malam partem*), ha ritenuto che, rispetto all'istituto della prescrizione, tale limite non operasse. Nulla osterebbe, dunque, secondo la sentenza *Taricco I*, a un allungamento dei termini di prescrizione, destinato a operare anche retroattivamente, determinato direttamente dal diritto euro-unitario e rimesso alla disapplicazione (diffusa) da parte dei giudici nazionali.

Nell'**ordinamento giuridico nazionale**, invece, il regime legale della prescrizione è considerato **diritto penale sostanziale**

e, come tale, è soggetto al principio di legalità in materia penale. È perciò necessario che esso sia analiticamente descritto, al pari del reato e della pena, da una norma che vige al tempo della commissione del fatto.

La diversa concezione dell'istituto della prescrizione consente di comprendere perché il principio enunciato dalla sentenza *Taricco I* della Corte di giustizia abbia suscitato da subito numerose perplessità all'interno dell'ordinamento nazionale.

Le principali critiche si sono appuntate sul fatto che la disapplicazione richiesta dalla Corte di giustizia, oltre a urtare contro il **principio di riserva di legge** (in quanto l'allungamento dei termini di prescrizione operava direttamente, in sede di disapplicazione *in malam partem*, a prescindere dal previo recepimento del legislatore nazionale), determinava profili di ancor maggiore criticità rispetto al **principio di irretroattività** (l'allungamento della prescrizione operava anche per i reati commessi prima della pubblicazione della sentenza interpretativa comunitaria, salvo quelli già precritti in base alla disciplina nazionale ritenuta incompatibile) e al **principio di determinatezza-prevedibilità** (in quanto la disapplicazione veniva subordinata a requisiti indeterminati e, dunque, difficilmente prevedibili *ex ante*, quali in particolare “*il numero considerevole di casi di frode grave*”).

Nelle prime applicazioni giurisprudenziali immediatamente successive alla sentenza era sorta, infatti, subito la questione di stabilire cosa dovesse intendersi, in assenza di parametri pre-determinati, per “*frode grave*” e, soprattutto, per “*numero considerevole di casi*”. Ci si chiedeva, in particolare, se il giudice dovesse compiere questa valutazione in base ai casi oggetto del “suo” processo o dovesse, invece, disporre di un dato sistematico-prospettico di natura globale (e quindi valutare, per decidere se disapplicare o meno, quanti altri casi di estinzione per prescrizione avrebbero potuto verificarsi in base alle norme nazionali).

#### ***4.5.2. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale: l'ordinanza n. 24/2017***

I consistenti dubbi di conformità ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale nazionale sollevati dalla senten-