

Cristiano Cupelli

---

**IL CASO TARICCO E IL  
CONTROLIMITE DELLA RISERVA  
DI LEGGE IN MATERIA PENALE**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

## IL CASO TARICCO E IL CONTROLIMITE DELLA RISERVA DI LEGGE IN MATERIA PENALE

SOMMARIO: 1. La Corte di Giustizia, la prescrizione e gli interessi (finanziari) dell'Unione nella sentenza Taricco. Una decisione che inquieta, ma non sorprende. — 2. L'impatto sulla (prima) giurisprudenza penale e l'involontario merito del caso Taricco. — 3. *L'alibi* della natura processuale della prescrizione. — 4. L'evanescenza dei criteri. — 5. I controlimiti e la tenuta del principio di legalità. — 6. L'operatività e i potenziali risvolti. — 7. I rapporti tra diritto penale, potere e garanzie: lo spettro di un'anomia penale.

1. *La Corte di Giustizia, la prescrizione e gli interessi (finanziari) dell'Unione nella sentenza Taricco. Una decisione che inquieta ma non sorprende.*

La sentenza della Grande Sezione della Corte di Giustizia 8 settembre 2015, Taricco (1) esemplifica emblematicamente lo stato dei rapporti tra diritto dell'UE e diritto penale, mettendo a nudo le possibili idiosincrasie tra principi costituzionali, fonti sovranazionali e (pronunce delle) Corti in materia penale.

La Corte di Giustizia, sollecitata dal G.u.p. presso il Tribunale di Cuneo (2), ha affermato l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la disciplina interna in materia di atti interruttivi della prescrizione, così come emergente dagli artt. 160 e 161 c.p., allorché ritenga che tale disciplina (fissando un limite massimo al corso della prescrizione pari, di regola, al termine prescrizione ordinario aumentato di un quarto) impedisca allo Stato italiano di adempiere agli obblighi di effettiva tutela degli interessi finanziari dell'Unione, imposti dall'art. 325 del TFUE, nei casi di frodi tributarie di rilevante entità altrimenti non punite in un numero considerevole di casi (3). Nella sostanza, in tali evenienze sul giudice graverà un vero

---

(1) Pubblicata in *www.penalecontemporaneo*, 14 settembre 2015.

(2) Con una questione pregiudiziale sollevata con ordinanza 17 gennaio 2014, reperibile in *www.penalecontemporaneo*, 7 febbraio 2014, con nota di F. ROSSI DAL POZZO, *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di Giustizia?*

(3) Sulla sentenza, senza pretesa di esaustività, si vedano i commenti di F. VIGANO, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in *www.penalecontemporaneo.it* 14 settembre 2015; C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposte sul valore aggiunto?*, *ivi* 22 settembre 2015; A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale*

e proprio obbligo — discendente direttamente dal diritto dell'Unione — di «condannare l'imputato ritenuto colpevole dei reati ascrittigli, nonostante

---

*nell'area della lotta alle frodi, ivi 29 ottobre 2015; Id., Ancora sul caso Taricco: la prescrizione tra il diritto a tutela delle finanze dell'Unione ed il diritto penale nazionale, ivi 30 marzo 2016; L. EUSEBI, Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco, ivi 10 dicembre 2015; B. ROMANO, Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?, ivi 15 febbraio 2016; E. LUPO, La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco, ivi 29 febbraio 2016; G. CIVELLO, La sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato, in Arch. pen. n. 3/2015; Id., Il "dialogo" fra le quattro corti: dalla sentenza "Varvara" (2013) della CEDU alla sentenza "Taricco" (2015) della CGUE, in Arch. pen. 3/2015, 783 ss.; G. SALCUNI, Legalità europea e prescrizione del reato, ivi; S. MANACORDA, La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco, ivi; O. MAZZA, Il sasso nello stagno: la sentenza europea sulla prescrizione e il crepuscolo della legalità penale, in Rass. trib. 2015, 1552 ss.; A. CIAMPI, Il caso Taricco impone la disapplicazione delle garanzie della prescrizione: un problema di rapporti fra diritto dell'UE e diritto nazionale e di tutela dei diritti fondamentali, non solo di diritto processuale internazionale, in Int'l Lis 2015, 113 ss.; M. BASSINI, Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco, in Consulta Online fasc. 1/2016, 94 ss.; G. MOBILIO, Dal caso Taricco al redde rationem tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale, in Quad. cost. 2015, 1009 ss.; F. ROSSI, La sentenza Taricco della Corte di Giustizia e il problema degli obblighi di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE, in Dir. pen. proc. 2015, 1564 ss.; R. LUGARÀ, La tutela "multilivello" dei diritti come canone normativo. Brevi spunti a partire dal caso Taricco, in Libero osservatorio del diritto 2015, 36 ss.; E.M. AMBROSETTI, La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?, in Processo penale e giustizia 2016, 44 ss.; A. CAMON, La torsione d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco, in Arch. n. proc. pen. 2016, 2 ss.; S. MARCOLINI, La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale, in Cass. pen. 2016, 362 ss.; D. MICHELETTI, Premesse e conclusioni della sentenza Taricco. Dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu) 3 febbraio 2016; D. NEGRI, Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di Giustizia UE, Taricco, in Arch. pen. n. 2/2016; V. MAIELLO, Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti, in Cass. pen. 2016, 1250 ss.; P. FARAGUNA - P. PERINI, L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controlimiti, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) 30 marzo 2016; M. LUCIANI, Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale, in Rivista AIC n. 2/2016, 15 aprile 2016; M. GAMBARDELLA, Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost., in Cass. pen. 2016, 1462 ss.; V. MANES, La "scolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) 6 maggio 2016; F. VIGANÒ, Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco, ivi 9 maggio 2016; R. BIN, Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?, ivi 4 luglio 2016.*

l'intervenuto decorso del termine prescrizione calcolato sulla base degli artt. 160 e 161 c.p.» (4).

Due le ipotesi di incompatibilità degli artt. 160 e 161 c.p. con il diritto UE ravvisate dalla Corte di Giustizia: la prima, con riferimento all'art. 325, par. 1 TFUE, allorché il giudice nazionale ritenga che dall'applicazione delle norme in materia di (interruzione della) prescrizione derivi, «in un numero considerevole di casi, l'impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave» in materia di IVA o di interessi finanziari dell'Unione europea, di talché la normativa interna impedisca l'infrazione di sanzioni effettive e dissuasive per tali condotte (§ 47); la seconda, con riferimento all'art. 325, par. 2 TFUE, nel caso in cui il giudice interno verifichi che la disciplina nazionale contempli per i casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari interni termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode (di natura e gravità comparabili) lesivi di interessi finanziari dell'UE (§ 48) (5).

I dirompenti effetti *in malam partem* di una diretta disapplicazione — portato della consacrazione del primato *a tutti i costi* del diritto europeo — non possono non suscitare un senso d'inquietudine; al contempo, però, non possono più di tanto sorprendere. È sufficiente infatti ricordare come, poco più di tre anni fa, sempre la Grande Sezione della Corte di giustizia, nella altrettanto nota sentenza 26 febbraio 2013, Melloni (6), abbia offerto una risposta negativa sulla possibilità di opporre, in caso di cooperazione giudiziaria, la prevalenza del *surplus* di garanzia offerto da una Costituzione nazionale rispetto al diritto dell'Unione (7). Nell'occasione, la Corte fu

---

(4) Come riconosce F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, cit., 2.

(5) In particolare, l'obbligo di assimilazione si è ritenuto violato a fronte della comparazione con il delitto di associazione allo scopo di commettere delitti in materia di accise sui prodotti del tabacco (art. 291-*quater* d.P.R. n. 43 del 1973), rispetto al quale il diritto interno non ha previsto alcun termine assoluto di prescrizione; con l'effetto che tale fattispecie non è assoggettata al limite massimo complessivo del termine prescrizione in caso di eventi interruttivi, ricadendo il delitto nella classe dei reati di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p. ai quali non si applica, *ex artt. 160 e 161 c.p.*, il tetto invalicabile dell'aumento di un quarto del tempo necessario a prescrivere (§ 48).

(6) Sulla pronuncia, tra i molti commenti, si segnalano, con varietà di sfumature e accenti (più o meno) critici, A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *Dir. un. eur.* 2013, 399 ss.; B. GUSTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino 2013, 177 ss.; G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il "caso Melloni"*, in *www.penalecontemporaneo.it* 7 giugno 2013.

(7) Invocando a tal fine la clausola di salvaguardia dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea secondo cui «nessuna disposizione (...) della Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto

chiamata a pronunciarsi sul rinvio pregiudiziale proposto, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dal *Tribunal Constitucional* spagnolo e fu investita, fra l'altro, della valutazione circa la possibilità di uno Stato membro (la Spagna) di rifiutare l'esecuzione di un mandato di arresto europeo, emesso, a seguito di un processo svoltosi *in absentia*, da altro Stato membro (l'Italia), che non prevede la possibilità di revisione dello stesso processo (e della relativa sentenza di condanna) e quindi difetta di una tutela rafforzata dei diritti della difesa e dell'equo processo.

Ma non ci si può sorprendere soprattutto tenendo in considerazione il contesto attuale nel quale la decisione è maturata: quello in cui, da un lato, l'incidenza esercitata dall'Unione europea *anche* sulle determinazioni di politica criminale degli Stati membri (seppure mascherata dietro il paravento di una potestà punitiva solo indiretta) è quanto mai stringente e, dall'altro, si sono ampliati, con il Trattato di Lisbona, i margini di influenza in materia penale, senza che tuttavia si siano parallelamente resi *davvero* conformi a *standard* di garanzia democratica i relativi meccanismi decisionali, ancora rimessi al ruolo egemone di organi privi di effettiva rappresentatività (8).

## 2. *L'impatto sulla (prima) giurisprudenza penale e l'involontario merito del caso Taricco.*

Delineato lo scenario, si ha la sensazione che la sentenza Taricco possa rappresentare solo una tappa nel cammino di progressiva destabilizzazione delle fondamenta del diritto penale classico, contribuendo ad asseverare il percorso di delegittimazione della garanzia della riserva di legge parlamentare, percepita in maniera deformata quale limite, piuttosto che come risorsa rispetto alla tutela e alla difesa dei diritti fondamentali.

Immediato e proteiforme l'impatto sulla giurisprudenza interna. La terza sezione penale della Corte di cassazione, nell'udienza del 15 settembre 2015 (9), ha dato un primo e immediato seguito, sostanzialmente avallando l'*iter* logico-giuridico della Corte di giustizia: dapprima, ritenendo integrati i requisiti individuati ai fini della disapplicazione delle disposizioni di cui all'art. 160, ultima parte e all'art. 161 c.p. (la soglia di rilevante gravità delle frodi agli interessi finanziari dell'Unione e la determinazione di una situazione di impunità "in un numero rilevante di casi"); quindi, spendendo anche a livello nazionale, per tacitare i dubbi di legittimità costituzionale, il

---

dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti (...) e dalla costituzioni degli Stati membri».

(8) Sulla strutturazione del sistema parlamentare euro-nazionale, si vedano i contributi raccolti nel volume *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, a cura di A. MANZELLA — N. LUPO, Torino 2014.

(9) Cass., sez. III pen., sent. 15 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, in *www.penalecontemporaneo.it* 22 gennaio 2016 e in *Giur. it.* 2016, 965 ss., con nota di F. ROSSI, *La Cassazione disapplica gli artt. 160 e 161 c.p. dopo la sentenza Taricco.*

discutibile argomento della natura processuale della prescrizione, sottratta per tale via alle garanzie del principio di legalità.

In senso diametralmente opposto, la seconda sezione penale della Corte di appello di Milano, con ordinanza 18 settembre 2015 (10), ha rimesso gli atti alla Corte costituzionale, sollevando questione di legittimità dell'art. 2 della l. 2 agosto 2008, n. 130, con cui viene ordinata l'esecuzione nell'ordinamento italiano del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona, «nella parte che impone di applicare la disposizione di cui all'art. 325 §§ 1 e 2 TFUE, dalla quale — nell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia (...) — discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160 ultimo comma e 161 secondo comma c.p. in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, anche se dalla disapplicazione discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, per il prolungamento del termine di prescrizione, in ragione del contrasto di tale norma con l'art. 25, comma 2, Cost.». È stata dunque sdoganata l'arma dei controlimiti alle limitazioni di sovranità — arma come è noto a lungo relegata in una sorta di 'limbo applicativo' (11) — nei confronti dell'ordinamento europeo, riferendola addirittura alla materia penale e invocando a supporto il principio di legalità rispetto al generale obbligo, per il giudice italiano, di dare applicazione all'art. 325 TFUE.

Poco dopo, altra Sezione della Cassazione — la Quarta — è tornata sulla questione, ritenendo tuttavia non operante nella fattispecie esaminata l'obbligo di disapplicare gli artt. 160 e 161 (12); a tale prognosi è pervenuta dopo avere vagliato — senza confutarli, ma solo ritenendoli insussistenti nel caso di specie — gli aspetti fondamentali del percorso argomentativo delineato dalla Corte di Giustizia, e cioè il requisito della «determinazione della soglia minima di gravità delle frodi in relazioni alle quali andrebbe disapplicata la disciplina nazionale sulla prescrizione» e il diverso atteggiarsi dell'obbligo di disapplicazione a seconda che — al momento della pubblicazione della sentenza *Taricco* — la prescrizione sia già maturata ovvero ancora pendente.

In questo contrasto interpretativo, è nuovamente intervenuta la terza sezione penale della Corte di cassazione; disattendendo i precedenti arresti, è stata sollevata in due occasioni questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della l. 2 agosto 2008, n. 130, per contrasto, stavolta, non solo con

---

(10) Pubblicata in *www.penalecontemporaneo* 21 settembre 2015, con commento di F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti'*.

(11) Come ricordato di recente, fra gli altri, da M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogeneità dei fini*, in *Questione giustizia* 2015, 84 ss.; P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano 2015, 9 ss. e R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i "controlimiti" 2.0*, in *Federalismi.it. Focus fonti* 29 febbraio 2016, 1 ss.

(12) Cass., sez. IV pen., sent. 25 gennaio 2016 (dep. 26 febbraio 2016), n. 7914, in *www.penalecontemporaneo.it* 3 marzo 2016, con nota di A. GALLUCCIO, *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale*.

l'art. 25, comma 2, ma anche con gli artt. 3, 11, 27, comma 3, 101, comma 2, Cost. (13).

La varietà di posizioni e sfumature applicative lascia trapelare il merito, che non può non essere riconosciuto alla Corte di giustizia, di avere rinvigorito il dubbio, da un lato, se sia davvero inutile e anacronistico insistere in una lettura del principio di legalità in materia penale coerente con le proprie origini, quale presidio a tutela della divisione dei poteri, del principio democratico e della rappresentatività delle opzioni politico-criminali e, dall'altro, se vada derubricato a mero esercizio retorico invocare il rispetto dell'art. 101, comma 2 Cost., la soggezione del giudice soltanto alla legge e la divisione dei poteri (e delle relative competenze) tra giudice e legislatore (14).

### 3. *L'alibi della natura processuale della prescrizione.*

Prima di provare a offrire qualche risposta, occorre richiamare gli scarni e sbrigativi passaggi motivazionali attraverso i quali la Corte di giustizia ha liquidato le riserve in relazione alla possibile lesione del principio di legalità in materia penale.

Invocando come unico riferimento l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea — «che sancisce i principi di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene, in base ai quali, in particolare, nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale» (§. 54) — si è ritenuto che la disapplicazione delle disposizioni interne in materia di prescrizione «avrebbe soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale pendente, di consentire un effettivo perseguimento dei fatti incriminati nonché di assicurare, all'occorrenza, la parità di trattamento tra le sanzioni volte a tutelare, rispettivamente, gli interessi finanziari dell'Unione e quelli della Repubblica italiana» (§. 55).

Cosicché, «una disapplicazione del diritto nazionale siffatta non violerebbe i diritti degli imputati, quali garantiti dall'articolo 49 della Carta», dal momento che «non ne deriverebbe affatto una condanna degli imputati per un'azione o un'omissione 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», visto che «i fatti contestati agli imputati nel procedimento principale integravano, alla

---

(13) Cass., sez. III pen., ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346; Cass., sez. III pen., ord. 31 marzo 2016, ric. Adami e altri.

(14) È ciò che si è più diffusamente tentato di fare in C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in questa *Rivista* 2015, 196 ss. e a Id., *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e contro-limiti*, in *Criminalia* 2013, 339 ss.

data della loro commissione, gli stessi reati ed erano passibili delle stesse sanzioni penali attualmente previste» (§. 56).

A riprova, viene menzionata quella giurisprudenza della Corte EDU relativa all'art. 7 CEDU ad avviso della quale «la proroga del termine di prescrizione e la sua immediata applicazione non comportano una lesione dei diritti garantiti dall'articolo 7 (...), dato che tale disposizione non può essere interpretata nel senso che osta a un allungamento dei termini di prescrizione quando i fatti addebitati non si siano ancora prescritti» (§. 57).

Ecco il *comodo alibi* dietro il quale si ripara la Corte di Giustizia: la natura processuale e non sostanziale dell'istituto della prescrizione, che consente di sottrarre agevolmente la disciplina dei termini prescrizionali alle garanzie del *nullum crimen sine lege*, lette unicamente nel prisma dell'art. 49 (15), sul presupposto che non sia ravvisabile in ambito convenzionale né in ambito europeo un diritto fondamentale dell'individuo a non essere sottoposto a termini di prescrizione non previsti al momento della commissione del fatto (16).

Senonché, il sillogismo proposto pecca nella sua premessa; è infatti largamente condivisa in dottrina la lettura sostanzialistica della prescrizione (17), ancorata a «ragioni relative al punire o non punire» e al «problema della rilevanza del tempo trascorso rispetto alle esigenze di risposta al

---

(15) Questa soluzione è stata peraltro ripresa e ulteriormente sviluppata, in termini se possibile ancor più discutibili, dalla Terza Sezione della Cassazione, nella citata sentenza n. 2210, depositata lo scorso 20 gennaio 2016. A supporto, vengono invocati argomenti alquanto labili, quali a) l'avvenuta ratifica, da parte dell'Italia, del Quarto Protocollo alla Convenzione del Consiglio d'Europa sull'extradizione; b) la natura meramente "dichiarativa" e non "costitutiva" della sentenza della Corte di Giustizia; c) un passaggio della sentenza della Corte costituzionale 22 luglio 2011, n. 236; perplesso su tali passaggi motivazionali F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, cit., 2 ss.; con toni critici, anche D. MICHELETTI, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco. Dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, cit., p. 8 ss. e G. CIVELLO, *La prima attuazione della sentenza "Taricco" della C.G.U.E.: il principio di legalità nell'epoca del minimalismo penale*, in *Arch. pen.* n. 1/2016, 6 ss.

(16) F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, cit., 2.

(17) Per un accurato inquadramento del dibattito relativo alla natura giuridica della prescrizione, F. GIUNTA - D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino 2003, 63 ss.; in argomento, si vedano anche G. BALBI, *Questioni aperte in tema di prescrizione del reato*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli 2013, 391 ss.; A. MOLARI, voce *Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)*, in *Nss. D.I.*, XIII, Torino 1966, 679 ss.; S. PANAGIA, voce *Prescrizione del reato e della pena*, in *D. disc. pen.*, IX, Torino 1995, 659 ss.; P. PISA, voce *Prescrizione (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano 1986, 78 ss.

reato» (18), ma anche agli indissolubili legami con le istanze di prevenzione generale positiva e alla strumentalità al perseguimento della funzione rieducativa della pena (19). Ma è soprattutto nella giurisprudenza della Corte costituzionale che la natura sostanziale della prescrizione si è radicata, in piena coerenza con il suo fondamento storico e la sua *ratio* (20).

Istruttivo il richiamo, tra le varie pronunce (21), alla sentenza n. 143 del 2014: qui la Corte ha precisato che «sebbene possa proiettarsi anche sul piano processuale — concorrendo, in specie, a realizzare la garanzia della ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2, Cost.) — la prescrizione costituisce, nell'attuale configurazione, un istituto di natura sostanziale, la cui *ratio* si collega preminentemente, da un lato, all'interesse generale di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venir meno, o notevolmente attenuato [...] l'allarme della coscienza comune; dall'altro, al 'diritto all'oblio' dei cittadini, quando il reato non sia così grave da escludere tale tutela». Con la specificazione che tali finalità «si riflettono puntualmente nella tradizionale scelta di correlare alla gravità del reato il tempo necessario a prescrivere, ancorandolo al livello quantitativo della sanzione, indice del suo maggiore o minor disvalore nella coscienza sociale. Siffatta correlazione, cui già si ispirava la scansione dei termini prescrizionali per 'classi di reati', originariamente adottata dal codice penale del 1930, è divenuta ancor più stretta a seguito della legge n. 251 del 2005, la quale (...) ha identificato nella durata massima della pena editale di ciascun reato il tempo sufficiente a decretare, in via

---

(18) D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.* 1/2015, 21; tesi già in precedenza sostenuta in *Id.*, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2005, 523.

(19) In termini generali, per tutti, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2014, 830 ss. e, con riferimento alla sentenza Taricco, B. ROMANO, *Prescrizione e ragionevole durata del processo, cit., principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, cit., 7 ss.; in questa prospettiva, si è ipotizzato un fondamento costituzionale della prescrizione nell'art. 3, comma 2, Cost. «*sub specie* dell'obbligo statale di rimozione dei fattori di impedimento al pieno sviluppo della persona umana, ma anche nell'art. 27, comma 3, stante la dispersione nel tempo delle istanze rieducative» (così G. BALBI, *Questioni aperte in tema di prescrizione del reato*, cit., 394). Per una rilettura degli istituti del diritto penale in chiave teleologicamente orientata, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 83 ss.

(20) *Ratio* collegata, «da un lato, all'interesse generale di non perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venir meno, o notevolmente attenuato, l'allarme della coscienza comune» e, dall'altro, «al diritto all'oblio dei cittadini, quando il reato non è così grave da escludere tale tutela» (C. PIERGALLINI, *Il fondamento della prescrizione nel diritto penale (ancora una volta) all'esame della Consulta*, in questa *Rivista* 2014, 2372).

(21) Senza pretesa di esaustività, si possono ricordare, tra le più recenti, Corte cost., sent. 23 novembre 2006, n. 393, in questa *Rivista* 2006, 4106; sent. 1° agosto 2008, n. 324, *ivi* 2008, 3459 ss.; sent. 14 febbraio 2013, n. 23, *ivi* 2013, 370 ss.; sent. 25 marzo 2015, n. 45, *ivi* 2015, 370 ss.

presuntiva, il disinteresse sociale per la repressione del fatto criminoso» (22). È sempre la Corte a riservare all'esclusiva discrezionalità legislativa la possibilità di introdurre deroghe al regime ordinario di prescrizione, stabilendo «termini più brevi o più lunghi di quelli ordinari in rapporto a determinate ipotesi criminose, sulla base di valutazioni correlate alle specifiche caratteristiche degli illeciti considerati e alla ponderazione complessiva degli interessi coinvolti» (23).

Caduta la premessa, dunque, crolla l'*argomento processuale* e il correlato indebolimento della pretesa di legalità (24).

Lo *schema Taricco* mette anche in discussione la retorica del dialogo tra le Corti, dal momento che, come si è visto, sulla questione «la Corte di Giustizia, sprezzantemente, non si preoccupa affatto della consolidata giurisprudenza costituzionale sulla natura (sostanziale e non processuale) della prescrizione penale e nega la possibile violazione dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE richiamando solo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo» (25).

Senza trascurare, peraltro, la scarsa persuasività del richiamo operato sul punto alla giurisprudenza della Corte EDU: «sia perché i precedenti non sembrano inequivoci, sia perché l'esclusione della prescrizione — in sede convenzionale — dall'ombrello garantistico dell'art. 7 CEDU non può determinare mutamenti peggiorativi dello statuto garantistico seguito a livello domestico», considerato che il concetto di *materia penale* opera a senso unico, «potendo estendere le garanzie interne, e mai ridurle, in linea del resto con la

---

(22) Corte cost., sent. 28 maggio 2014, n. 143, in questa *Rivista* 2014, 2369.

(23) Ancora Corte cost., sent. 28 maggio 2014, n. 143, cit., 2369. Sulla natura sostanziale prende limpidamente posizione anche la Cassazione nella citata ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346 (spec. §. 4.2.3.), con appropriati richiami alla collocazione legislativa, all'interpretazione letterale, alle possibilità (riconosciute dall'art. 129 c.p.p.) di un «accertamento giudiziale, sia pure nei limiti dell'evidenza probatoria, che il fatto non sussiste o non è preveduto dalla legge come reato o l'imputato non lo ha commesso, anche allorquando sia maturata la prescrizione» e alla stessa concezione della punibilità come elemento del reato (anche in rapporto alla particolare tenuità del fatto).

(24) Ammesso e non concesso che davvero il principio di legalità non copra anche le norme processuali (come sottolinea invece, opportunamente, S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, cit., 371, invocando in particolare l'art. 111, comma 1 Cost., ai sensi del quale il processo è “regolato dalla legge”), va comunque messa in luce (lo fa opportunamente V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, cit., p. 13), l'intrinseca contraddittorietà che accompagna l'impostazione seguita dalla pronuncia, «che prima imputa alla disciplina italiana della prescrizione il deficit di effettività/adequatezza della tutela, e poi nega che essa sia parte della legalità sostanziale».

(25) M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., 15.

clausola di salvaguardia prevista nell'art. 53 CEDU» (26). Anzi, come si è messo in luce, in una sorta di eterogenesi dei fini il richiamo alla giurisprudenza europea potrebbe spingere verso conclusioni opposte rispetto a quelle prospettate dalla Corte di Giustizia: «l'approccio sostanziale che caratterizza la giurisprudenza della Corte EDU, infatti, considera centrale — al di là di qualificazioni formalistico/dogmatiche — se una certa modifica di disciplina abbia avuto ripercussioni negative in capo al singolo, non prevedibili al momento della commissione del fatto: e, francamente, l'effetto peggiorativo — quale che ne sia la natura — sembra innegabile quando la mutazione concerna il regime della prescrizione, mutazione che del resto la stessa Corte di Strasburgo ha considerato determinante, nelle sue ripercussioni negative, in un precedente “italiano” assai noto *Drassich c. Italia*» (27).

Ciò che resta in piedi, allora, è un argomento metagiuridico, che con tutta probabilità ha rivestito un peso non irrilevante nelle determinazioni dei giudici europei: l'idea che, ad onta del ricordato fondamento dommatico e politico-criminale, l'istituto della prescrizione rappresenti, in fondo, nulla più che un odioso privilegio, uno strumento per garantire una sostanziale e indiscriminata impunità, «un paradossale istituto premiale a tutela degli imputati colpevoli e ai danni della collettività» (28).

#### 4. *L'evanescenza dei criteri.*

Un ulteriore snodo problematico accompagna, sul piano applicativo, l'attuazione del *dictum* della sentenza Taricco: l'assoluta evanescenza delle condizioni che, secondo la Corte di Giustizia, il giudice nazionale sarà chiamato a verificare per poter procedere alla disapplicazione del diritto interno: la *gravità* delle frodi che ledono gli interessi finanziari dell'UE e il numero dei casi — che dovrà essere *considerevole* — in cui la normativa interna determini l'impossibilità di sanzioni effettive e dissuasive.

Ora, mentre l'accertamento della “gravità” delle frodi è stato in qualche modo ancorato a parametri normativi conosciuti — la configurabilità, nel caso concreto, dell'aggravante del «danno patrimoniale di rilevante gravità» di cui all'art. 61, n. 7 c.p. (29) e il riferimento all'art. 2, par. 1 della

(26) In questi termini, efficacemente, V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, cit., 14.

(27) Ancora V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, cit., 14 ss.

(28) G. CIVELLO, *La prima attuazione della sentenza “Taricco” della C.G.U.E.: il principio di legalità nell'epoca del “minimalismo penale”*, cit., p. 10; un'acuta riflessione sull'intolleranza per l'istituto della prescrizione (e sui molteplici equivoci circa la sua reale funzione), con particolare riferimento alla prospettiva riformistica, in F. GIUNTA, *Oltre l'avversione imprescrittibile per la prescrizione penale*, in *Giust. pen.* 2015, II, 186 ss.

(29) In questo senso, Cass. sez. IV pen., sent. 25 gennaio 2016 (dep. 26 febbraio 2016), n. 7914, cit., 12 ss.

Convenzione PIF(30) —, del tutto improba si presenta la verifica del *numero considerevole di casi* di frodi gravi che resterebbero impunte. *Quando* tale numero potrà ritenersi considerevole? E a *quali casi* ci si dovrà riferire: al totale delle fattispecie in materia di evasione IVA scrutinate nell'intero territorio nazionale ovvero solo a quelle sottoposte al vaglio del singolo giudice procedente? Nella prima ipotesi, «il giudice dovrebbe avere a disposizione statistiche affidabili», nella seconda, «la casualità della disapplicazione sarebbe totale, perché tutto dipenderebbe dall'accidentale andamento di singoli gruppi di processi» (31).

Duplice l'effetto. Si finisce per delegare la valutazione circa l'*an* della punibilità — tipicamente riservata al legislatore — al singolo giudice interno, stravolgendo ogni canone di sussidiarietà e offensività in nome di esigenze di «pura (e presuntiva) prevenzione generale» (32), ammettendosi implicitamente «che il singolo sia concretamente punito ove esigenze di prevenzione generale lo richiedano, e dunque che il singolo sia strumentalizzato per fini di politica criminale» (33).

Si vanifica poi, con la compromissione del principio di tassatività, ogni accettabile margine di prevedibilità, per i destinatari/interessati, della soluzione derivante dalla primazia del diritto dell'Unione, corollario del princi-

---

(30) Cass., sez. III pen., ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346, §. 3.3.

(31) M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., 15.

(32) L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, cit., 4, ripreso da V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, cit., 9 ss., per il quale «con questa ambigua *policy* si chiede al giudice non solo di farsi arbitro della sussidiarietà, affidandogli verifiche empiriche alquanto illusorie, ma anche di rovesciare il tradizionale principio liberale che gli vieta di strumentalizzare il singolo per fini di politica criminale, fulcro attorno al quale gravitano i dispositivi tipici del diritto penale della colpevolezza e della rieducazione, e il valore stesso della proporzionalità: di fatto, si soppianta l'idea della pena commisurata alla colpevolezza per il singolo fatto come massimo margine punitivo cui il giudice può attingere, con la licenza di decidere *se punire* in ragione del *need of deterrence* fomentato dalla diffusione di condotte analoghe su scala nazionale».

(33) V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, cit., p. 23; segnala persuasivamente come «da tesi che vorrebbe far scivolare la prescrizione fuori dal perimetro della legalità penale, confinandone la disciplina ad un limbo scandito dalle incerte dinamiche del rapporto tra tempo del processo e regole del fenomeno estintivo, rischia di riesumare due vecchi arnesi della dommatica penalistica e processualpenalistica: rispettivamente, la concezione retributiva della pena e la visione del processo come 'strumento' di quest'ultimo e cinghia di trasmissione delle sue pretese», V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, cit., 1257.

Anche questo aspetto, nelle sue molteplici implicazioni problematiche e nei marcati punti di frizione rispetto ai canoni costituzionali, è colto efficacemente da Cass., sez. III pen., ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346 (§. 4.8.).

pio della certezza del diritto europeo; proprio in un caso «in cui si fanno prevalere gli interessi dell'Unione rispetto alle garanzie assicurate al cittadino dal diritto interno», si è osservato, la Corte di giustizia «dimentica di compiere questa usuale verifica, scordandosi di chiarire la ragione per cui un cittadino europeo, imputato in Italia di una frode carosello, leggendo l'art. 325 TFUE ben si sarebbe dovuto aspettare che non avrebbe potuto usufruire del termine di prescrizione di sette anni e mezzo previsto dal combinato disposto degli artt. 157 e 161 c.p.» (34).

##### 5. I controlimiti e la tenuta del principio di legalità.

Nel ponderare le ricadute pratiche della sentenza Taricco, è dalla coraggiosa presa di posizione dei giudici milanesi e della parte più sensibile della Cassazione (35) che occorre partire, provando — in attesa della decisione della Corte costituzionale e auspicando che le questioni sollevate non si arenino sullo scoglio dell'inammissibilità (36) — a sviluppare ulteriormente

---

(34) D. MICHELETTI, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco. Dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, cit., 9.

(35) Presa di posizione che ha suscitato in A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, cit., 9 ss. il timore, dal nostro punto di vista paradossale, che «l'innalzamento, per la prima volta nella storia dei rapporti tra ordinamento italiano ed europeo, di un controlimite su questo specifico aspetto della questione, non possa indebolire la portata dell'art. 325 TFUE, anche nelle scelte future di politica legislativa europea»; ciò sul presupposto che «se nella prima occasione in cui, tramite una sentenza della Corte di Giustizia, una norma europea produce effetti diretti, anche *in malam partem*, in materia penale, uno Stato, e per di più uno Stato come l'Italia, reagisse innalzando subito un controlimite sotto il profilo del principio di riserva di legge, questo condizionerebbe enormemente la portata della norma stessa» e ciò rappresenterebbe «un precedente negativo per l'avvenire, che, forse, potrebbe condizionare opzioni di politica legislativa», visto che «se altri Stati si comportassero allo stesso modo, la norma, e comunque le norme regolamentari che da essa dovessero derivare in futuro, verrebbe a perdere quella potenzialità di uniformare i sistemi nazionali, e verrebbe sostanzialmente frammentata alla luce delle interpretazioni nazionali», venendosi a produrre «lo stesso effetto che, di fatto, si verifica oggi con le norme europee in materia penale previste in direttive o decisioni quadro, che — contrariamente allo stesso spirito di appartenenza all'Unione — vengono attuate negli Stati in maniera a volte fortemente differente».

(36) Scoglio iniziale di ogni questione di legittimità costituzionale, come è ben noto, è rappresentato dal vaglio di ammissibilità, nel caso Taricco con particolare riguardo alla *rilevanza* e al delicato (e non sempre agevole) *discrimen* tra reati (e imputati) per i quali *non sia ancora* decorso il termine prescrizione, reati prossimi alla prescrizione e reati *già prescritti*.

Sembrerebbe indiziare per una disapplicazione *quantomeno limitata ai procedimenti penali nei quali la prescrizione non sia ancora maturata* — a differenza di quanto discutibilmente sostenuto dalla citata Cass. sez. III, sent. 17 settembre-20 gennaio 2016, Pennacchini — la stessa sentenza Taricco della CGUE, allorché chiarisce che «con riserva di verifica da parte del giudice nazionale, la disapplicazione delle

l'interrelazione tra principio di legalità e controlimiti, con riferimento al peso *complessivo* dell'art. 25, comma 2 Cost. (e dei suoi corollari) non solo nella sua proiezione interna, ma anche in quella sovranazionale, e a riflettere sulla tenuta delle fondamenta del principio di legalità dinanzi alle derive antiformalistiche che conducono alla destrutturazione della separazione dei poteri e dell'idea stessa di democrazia rappresentativa.

In via preliminare, va ricordato come con la c.d. dottrina dei controlimiti, esposta e perfezionata in tre storiche sentenze (37), la Corte costituzionale abbia introdotto un peculiare congegno di garanzia, destinato a fungere da 'contropartita' alle limitazioni di sovranità sofferte dall'ordinamento interno, preservando l'identità del tipo di Stato configurato dalla Costituzione. Si ritiene, infatti, che le limitazioni alla sovranità possano essere riconosciute e accettate nella misura in cui non intacchino i principî fondamentali dell'ordinamento stesso e i diritti inviolabili della persona umana, e cioè quel «nucleo intangibile» di principî supremi dell'ordinamento costituzionale che «non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali» (38). A tal fine, si riserva all'esclusivo sindacato dello Stato membro la protezione dell'intangibilità del nucleo essenziale dei diritti inalienabili della persona, delineandosi una sorta di *contrappeso* al primato e all'effetto diretto del diritto sovranazionale, alla cui disponibilità pertanto vengono sottratti alcuni valori costituzionali(39).

---

disposizioni nazionali di cui trattasi avrebbe soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale pendente» (§ 55). Segnala la "divergenza interpretativa" che si è immediatamente registrata in giurisprudenza «in ordine all'efficacia dell'obbligo di disapplicazione», Cass., sez. III pen., ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346 (§. 3.6.1.).

Per un approfondimento sul punto, oggetto di ampio dibattito nella dottrina penalistica, cfr., in particolare, cfr. M. GAMBARDELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, cit., 1462 ss.; E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, cit. 12 ss.; F. VIGANO, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti'*, cit., 3 ss.; Id., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit., 26 ss.

(37) E cioè la sentenza 27 dicembre 1973, n. 183, *Frontini*, in questa *Rivista* 1973, 2401 ss.; la sentenza 8 giugno 1984, n. 170, *Granital*, *ivi* 1984, 1098 ss. e la sentenza 21 aprile 1989, n. 232, *Fragd*, *ivi* 1989, p. 1101 ss. (sulla quale, v. M. CARTABIA, *Nuovi sviluppi nelle competenze comunitarie della Corte costituzionale*, *ivi* 1989, 1001 ss.); importanti riferimenti, tra le altre, anche nelle celebri sentenze 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349 (*ivi*, 2007, 3475 ss.), oltre che nelle sentenze 24 giugno 2010, n. 227 (*ivi*, 2010, 2598 ss.) e 28 novembre 2012, n. 264, *ivi* 2012, 4216 ss.

(38) C. cost., sent. 29 dicembre 1988, n. 1146, in questa *Rivista* 1988, 5556 ss.

(39) L'opera di *riemersione* dei controlimiti ha trovato un importante referente nella sentenza 22 ottobre 2014, n. 238 (in questa *Rivista* 2014, 3853 ss.), nella quale la Corte costituzionale ad essi ha fatto ricorso nel dichiarare l'illegittimità, per contrasto con gli artt. 2 e 24 Cost., di due disposizioni legislative riguardanti le

Nel rapporto con la materia penale, il discorso va articolato in *due passaggi*: da un lato, il richiamo alla primaria garanzia di legalità democratica realizzabile mediante il procedimento legislativo, espressa dall'art. 25 Cost., quale *controlimite* rispetto a quelle limitazioni di sovranità che, pur coperte dagli artt. 11 e 117, comma 1 Cost., non promanano da istituzioni sovranazionali legittimate ad imporre obblighi di criminalizzazione; dall'altro, la presa d'atto di come i timidissimi passi avanti compiuti a livello europeo con il Trattato di Lisbona in relazione ai principi procedurali dell'organo assembleare — il cui punto qualificante è rappresentato dalla procedura legislativa *ordinaria* (art. 294 TFUE), in gran parte ricalcata sul modello della già nota codecisione (40) — non paiano sufficienti a ridurre la distanza dai principi costituzionali di garanzia fondanti il 'nocciolo duro' del nostro sistema penale (41).

Le premesse argomentative sono segnate da chi ritiene che «i limiti alla sovranità sono possibili nel rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento», tra i quali può «essere sicuramente annoverato quello della riserva assoluta di legge in materia penale di cui all'art. 25 Cost.», il cui «fondamento garantistico, secondo cui sono riservate al Parlamento nazionale le scelte comunque concernenti al libertà e la dignità personale, ne fa addirittura un diritto fondamentale dell'uomo» (42). In sostanza, occorre garantire l'ossequio alla necessità, insita anche nell'art. 11 Cost., che le limitazioni di sovranità avvengano nel rispetto delle scelte fondamentali che caratterizzano il sistema costituzionale; ciò implica che «quell'insieme di limiti e garanzie, che caratterizzano il sistema penale di uno Stato di diritto e che rappresentano un momento essenziale dei rapporti tra autorità e libertà (anzitutto quindi il principio di legalità), costituiscano una componente ineliminabile di quel nucleo di principi fondamentali che debbono

---

immunità giurisdizionali degli Stati esteri nei giudizi volti al risarcimento del danno subito dalle vittime dei crimini di guerra e contro l'umanità, impedendo l'ingresso nel nostro ordinamento di norme di diritto internazionale ritenute in contrasto con il sistema dei valori consacrati dalla Costituzione; nel caso sottoposto allo scrutinio della Corte, si trattava della norma internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile in relazione ad azioni di danni derivanti da crimini di guerra e contro l'umanità, reputata in contrasto con l'art. 24 Cost., nella misura in cui impedisce la tutela giurisdizionale di un diritto fondamentale, quale quello della dignità umana, sancito all'art. 2 Cost.

(40) Sulla distinzione tra la procedura di *codecisione*, di cui all'art. 251 TCE, e la procedura *ordinaria* di cui all'art. 294 TFUE, con accenti critici sui progressi che quest'ultima avrebbe introdotto nel cammino di democratizzazione del procedimento legislativo europeo, v. C. SIMONCINI, *I limiti del coinvolgimento del Parlamento europeo nei processi di decisione normativa*, in *Riv. dir. pubbl. comun.* 2009, 1224 ss.

(41) Di contrario avviso F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit., 17 ss., richiamando C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano 2010, 71 ss.

(42) F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino 2013, 128.

necessariamente riflettersi nella struttura costituzionale dell'organizzazione sovranazionale alla quale sia conferita una potestà penale» (43).

Il principio della riserva di legge, in veste di controlimite, trova un avallo interpretativo non solo nella lettura contenutistica dell'art. 25 Cost. (e, come si è visto, dell'art. 11), ma anche nel quadro del mutato contesto istituzionale europeo — nel quale le accresciute attribuzioni dell'Unione creano nuove occasioni di potenziale divergenza tra i livelli di tutela dei diritti fondamentali assicurati in ambito nazionale e comunitario —, oltre che in prese di posizione degli organi di giustizia costituzionale di taluni Stati membri dell'Unione, concordi, pur nella distinzione degli approcci, nel sottolineare, anche alla luce del Trattato di Lisbona, il peso rivestito dalla dottrina dei controlimiti (44).

Proprio di recente, pur evitando uno scontro frontale e senza azionare direttamente i controlimiti (ma in qualche modo evocandoli monitoriamente), il *Bundesverfassungsgericht*, con la sentenza del 15 dicembre 2015 (caso R.) (45), ha ritenuto la protezione dei diritti inalienabili garantiti dalla Costituzione tedesca prevalente sull'applicazione della legislazione comunitaria, con ciò ponendosi in contrapposizione rispetto alla menzionata decisione della Corte di Giustizia nel caso *Melloni*. In particolare, sviluppando il controllo di identità nazionale fondato sul peso identificativo del principio fondamentale della dignità umana, di cui all'art. 1 della Costituzione, la Corte costituzionale federale tedesca ha ribadito la necessità di salvaguardare il principio di colpevolezza, portato dell'inviolabilità della dignità della

---

(43) G. GRASSO, *Relazione di sintesi*, in *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, a cura di G. Grasso - G. Illuminati - R. Sicurella - S. Allegrezza, Milano 2013, 733.

(44) Sin troppo evidente il riferimento al *Bundesverfassungsgericht* e alla sentenza del 30 giugno 2009 (consultabile, nella traduzione italiana, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)), ove è forte il richiamo a tale impostazione di garanzia al precipuo fine di salvaguardare l'identità costituzionale dello stato tedesco proprio in materia penale e alle sentenze del 6 luglio 2010 (in *Foro it.* 2010, IV, 533 ss.), del 7 settembre 2011, del 19 giugno 2012 e del 12 settembre 2012 (riportate e commentate da M. BONINI, *Dai "Signori dei Trattati" al Dominus del bilancio": principio democratico, meccanismo europeo di stabilità e forma di governo parlamentare nella recente giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht tedesco*, in *Rivista AIC* 4/2011; ID., *Dalle prerogative parlamentari nell'Europa dei fallimenti di Stato*, in *Quad. cost.* 2012, 891 ss. e F. PEDRINI, *Le «cautele» di Karlsruhe in ordine al Fondo «salva Stati»*, ivi, 894 ss.). Sul processo di integrazione europea nella prospettiva penalistica, per tutti, F. PALAZZO, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli 2011, 38 ss.

(45) In [www.bverfg.de/e/rs20151215\\_2bvr273514.html](http://www.bverfg.de/e/rs20151215_2bvr273514.html); un'ampia sintesi in *Cass. pen.* 2016, 1748 ss., con osservazioni di N. CANESTRINI, *Dalla Corte costituzionale tedesca un limite alla penetrazione dell'ordinamento comunitario negli Stati nazionali?*; un commento a prima lettura in P. FARAGUNA, *Solange III? Il BVerfG colpisce ancora*, in *Quad. cost.* 2016, 123 ss. Riferimenti alla sentenza, nell'ambito di una più ampia riflessione sullo strumento del controllo di identità costituzionale, in ID., *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.* 2016, 454 ss.

persona, anche nel procedimento di consegna previsto dal mandato di arresto europeo come disciplinato dal diritto comunitario. Riconosciuta l'inviolabilità della dignità umana come principio fondamentale e limite invalicabile e rivendicata la competenza del giudice costituzionale quale garante ultimo dell'identità nazionale, la Corte ha quindi accolto il ricorso individuale di un cittadino statunitense avverso un MAE esecutivo italiano emesso in seguito ad una condanna in contumacia a 30 anni di reclusione, demandando al giudice competente del merito la verifica sulla possibilità per il condannato di potersi difendere anche mediante riapertura dell'istruttoria (46).

Sul piano normativo, il richiamo esplicito al ruolo dell'*identità nazionale* — e al suo nucleo giuridicamente afferrabile, rafforzato dal riferimento alla struttura politica e costituzionale, riconducibile alle scelte di valore espresse dalle Costituzioni nazionali (47) — ne consacra il definitivo assorbimento nel tessuto ordinamentale europeo. In questo senso, possono considerarsi referenti privilegiati: *i) l'art. 4.2. TUE* («l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale»), in una lettura armonizzante e costituzionalmente orientata (48), da cui poter inferire l'inviolabilità dei principi costituzionali fondamentali di ogni Stato membro che ne costituiscono l'identità nazionale (49) e una vera e propria riserva di competenze statali in determinati, significativi settori (50); *ii) l'art. 6.3. TUE* («i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei

(46) Sull'importanza della pronuncia, in chiave d'incoraggiamento all'utilizzo dei controlimiti nel caso Taricco, M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., 18 ss.

(47) In questi termini, con riferimento alla formulazione dell'art. I-5 del "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa", dedicato alle "relazioni tra Unione europea e Stati membri" (che riproduce sostanzialmente quella dell'art. 4.2 TUE), M. CARTABIA, "Unità nella diversità": il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in *Diritto Un. eur.* 2005, 592 ss.

(48) Proposta da M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., p. 9, ad avviso del quale «l'identità nazionale (*recte*: costituzionale) che l'Unione deve rispettare è solo quella che viene dichiarata tale dallo Stato interessato, nelle forme e nei modi che la sua Costituzione stabilisce. Così, del resto, si darebbe un senso al riferimento al fatto che quell'identità è 'insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale': essendo 'insita' in quella 'struttura', infatti, è solo secondo le regole procedurali di quella struttura che può essere pienamente identificata».

(49) Indaga ruolo e funzione dei principi costituzionali degli Stati membri, A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli 2011, 52 ss.; sulla possibile estensione della legalità sovranazionale attraverso il rispetto delle identità nazionali degli Stati membri, cfr. B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino 2013, 190 ss.

(50) B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e "controlimiti europeizzati"*, in *Quad. cost.* 2012, 152 ss.

diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» (51); *iii*) l'*art. 67.1. TFUE* (ove si afferma che lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia viene realizzato dall'Unione «nel rispetto dei diritti fondamentali, nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri»).

Inevitabile chiedersi allora *se e in quali termini* possa la riserva di legge ascriversi ai *principi fondamentali* del nostro ordinamento costituzionale (52). Tali principi, come sappiamo, in materia penale investono tanto le regole tecnico-formali di produzione normativa (per il peso decisivo dei crismi procedurali di garanzia (53)), quanto i valori politico-criminali ad esse sottesi e per il loro tramite manifestati. Se così è, va ascritto al principale corollario della legalità un ruolo primario, quale prerequisite dell'identità democratica nazionale e momento caratterizzante l'intera impalcatura dello Stato di diritto, intimamente connessa alla sovranità popolare e al principio democratico (54).

In via *immediata*, quale declinazione del principio di legalità, nella sua

---

(51) Agli artt. 4.2. e 6.3. TUE si richiama esplicitamente — e in maniera convincente — anche Cass., s ez. III pen., ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346 (§. 4.10.).

(52) Solo in un secondo momento, in uno sviluppo diacronico (che in questa sede può solo essere enunciato), il discorso potrà estendersi al divieto di retroattività *in peius*; tematizza l'esigenza di opporre il controlimito del principio di irretroattività, M. GAMBARELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, cit., 1473 ss.

(53) Peso ancora di recente ribadito, con particolare nettezza, dalla Corte costituzionale nella sentenza 23 gennaio 2014, n. 5 (in questa *Rivista* 2014, 92 ss., con note di C. CARUSO, *Dottrina delle «zone franche» e sindacato sulle norme penali di favore: la rivincita della legalità costituzionale?*, 122 ss. e di P. CARNEVALE, *Ridurre le leggi non significa ridurre la Costituzione*, 3587 ss. e in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2014, 965 ss., con nota di 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*, 977 ss.) e nella di poco successiva sentenza 25 febbraio 2014, n. 32 (in questa *Rivista* 2014, 485 ss., con nota di C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, 505 ss.).

(54) Nella medesima direzione si colloca anche la già richiamata sentenza del 30 giugno 2009 con cui il *Bundesverfassungsgericht*, vagliando la compatibilità del Trattato di Lisbona con la Legge Fondamentale tedesca, ha esplicitamente riconosciuto che materie come quella dell'amministrazione del diritto penale appartengono al regime di inalienabilità del potere costituente e della sovranità nazionale, non mancando di rimarcare il ruolo fondamentale svolto dalle procedure parlamentari di decisione democratica riguardo a meritevolezza di pena dei comportamenti punibili, rango del bene giuridico tutelato, significato e misura della minaccia penale (§ 253).

funzione delimitativa dell'intervento penale (55), e per la connessione fisiologica con il principio di democrazia, il quale — nell'articolazione scandita dalle complessive modulazioni dell'art. 1 Cost. — appartiene al novero dei “principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale”. Ancora, nelle sue vesti di *presidio di libertà negativa* e di parte integrante del *discorso democratico*, va considerato il nesso inscindibile con l'art 13 Cost. e il duplice vincolo ivi previsto per la limitazione della libertà personale (la doppia riserva, di legge e di giurisdizione) a salvaguardia di un baluardo della struttura fondamentale dello Stato; il che induce ad annoverare il principio della riserva di legge tra i diritti fondamentali dell'uomo, concorrendo a segnare «il limite invalicabile della politica criminale, a garanzia delle libertà individuali» (56).

Non va dimenticato, infine, il valore *mediato* assunto dalla riserva stessa, se anche dovesse dubitarsi del suo valore intrinseco. È innegabile, infatti, che essa rappresenta — *a fortiori* allorquando assuma un carattere assoluto — un mezzo finalizzato a tutelare valori sostantivi; valori che, nel caso della materia penale, attengono al rispetto dei diritti inviolabili dell'individuo al cospetto di possibili restrizioni del bene primario della libertà personale e assurgono al rango di “valori supremi” dell'ordinamento, rispetto ai quali non è ammissibile alcuna limitazione di sovranità.

#### 6. *L'operatività e i potenziali risvolti.*

Nella vicenda Taricco, al cospetto di un obbligo di disapplicazione *in malam partem* delle norme sull'interruzione della prescrizione che trova la sua fonte in una sentenza di un organo giurisdizionale (la Corte di Giustizia) privo di legittimazione politica e della correlata capacità espressiva di scelte di criminalizzazione nell'ordinamento nazionale, il percorso per far valere il controlimite della riserva di legge in materia penale è stato correttamente individuato, sul piano procedurale, negli atti di promovimento, simili ma non coincidenti, proposti dalla Corte d'Appello di Milano prima e soprattutto dalla Corte di Cassazione (nelle ordinanze di fine marzo) poi (57):

---

(55) Come ricorda D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2013, 1622 «il diritto penale, fondato sui principi di garanzia dell'individuo di fronte all'autorità, è limite invalicabile (...) della politica criminale».

(56) D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, cit., 1625.

(57) In particolare, la già richiamata ordinanza 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346 della Cassazione si segnala, oltre che per il più elevato numero di parametri di costituzionalità invocati, anche per l'attenzione dedicata al profilo della rilevanza; passa in rassegna i singoli parametri invocati, nei rispettivi atti, dalla Corte d'appello di Milano e soprattutto dalla terza sezione della Corte di cassazione, V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, cit., 19 ss.

sollevare questione di legittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 25 Cost., delle leggi di esecuzione dei Trattati istitutivi dell'UE (58).

Vanno allora evidenziati — incidentalmente e in forma schematica — taluni potenziali risvolti 'benefici' collegati, in via diretta o indiretta, al riconoscimento del controlimito della riserva di legge e al suo significato politico-ideologico.

Anzitutto, e in termini generali, un aperto riconoscimento potrebbe costituire l'*argomento forte* per interpretare in chiave restrittiva gli spazi dischiusi dalle norme che regolano l'attuale competenza penale *accessoria* (ad esempio con riferimento alla portata "minima" delle norme stabilite e al requisito di "indispensabilità" per la potenziale adozione di direttive di armonizzazione penale): da una parte, ridimensionando la discrezionalità sulle fondamentali decisioni politico-criminali attribuite dall'art. 83 TFUE all'Unione (con corrispondente compressione delle prerogative tradizionalmente appartenenti all'autonomia degli Stati membri); dall'altra, offrendo argomenti per una lettura *minimalista* dell'art. 86 TFUE, la cui formulazione ha spinto a ritenere che, con riferimento alla tutela degli interessi finanziari dell'UE, possa addirittura individuarsi già oggi una competenza penale diretta (o quasi diretta) dell'Unione (59), esercitabile mediante regolamenti, con il passaggio da obblighi di incriminazione previsti da direttive (previa attuazione tramite leggi nazionali) a vere e proprie norme incriminatrici europee, direttamente applicabili negli ordinamenti interni.

Ancora, la riserva di legge come controlimito potrebbe rappresentare un argine all'attribuzione di una futura competenza penale piena e diretta all'UE, almeno in costanza delle ben note carenze di legittimazione democratica delle istituzioni comunitarie. Anche in questo caso, il controlimito andrebbe invocato rispetto alla legge che consentisse l'ingresso della norma attributiva di tale competenza, *in parte qua*. Il controllo della Corte, in pratica, verterebbe sul rispetto del controlimito della riserva di legge, per il tramite di una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 25, comma 2 Cost., *irrobustito* dal riferimento all'art. 4.2. del TUE in ordine alla violazione dell'imprescindibile rispetto delle *identità nazionali* — quella italiana evidentemente connotata dalla riserva di legge come corollario principale del principio di legalità —, ed agli artt. 6.3. TUE, 67.1. TFUE e

---

(58) Delinea (quasi provocatoriamente) i passaggi essenziali di un percorso destinato ad accogliere la questione, senza tuttavia condividerne praticabilità e fondamento, F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit., 2 ss.

(59) Sul punto, con varietà di argomenti e posizioni, v. anche i rilievi di G. GRASSO, *La costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. GRASSO e R. SICURELLA, Milano 2007, 697; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa 2009, 239 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., 127.

53 della Carta di Nizza, se necessario chiamando in causa l'ulteriore contrasto con gli artt. 11 e 117, comma 1 Cost.

L'uropeizzazione dei controlimiti — e in particolare del controlimite della riserva di legge in materia penale —, pur nella indubbia difficoltà di una declinazione pratica, potrebbe altresì attivare ulteriori rimedi, tanto in sede normativa quanto giurisdizionale, consentendo la tutela massima dei diritti e delle libertà derivanti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri dinanzi ad eventuali «abbassamenti, ad opera di interventi normativi europei, dello standard delle garanzie stabilite dal diritto nazionale» (60).

In primo luogo, attraverso una responsabilizzazione del legislatore interno, chiamato finalmente a *prendere sul serio* il proprio ruolo nella fase di attuazione degli obblighi comunitari, non spogliandosi (come troppo spesso accade) delle prerogative riconosciutegli ed evitando di rifugiarsi dietro l'alibi della penalizzazione di fonte sovranazionale.

All'esito di un attento vaglio, potrebbe infatti emergere che obblighi di penalizzazione di matrice europea — ad esempio nel caso di obblighi 'espliciti' di cui all'art. 83 TFUE, ben distanti dal canone 'minimo' che dovrebbe caratterizzare le norme europee che gli Stati sono chiamati a trasporre —, contenendo indicazioni «non solo di obiettivi, ma anche di strumenti di tutela» (61) appaiano eccessivamente stringenti, discendendo dagli atti sovranazionali «non solo obblighi di criminalizzazione di determinate condotte, ma addirittura vincoli spesso dettagliati sulla concreta conformazione dei precetti, e persino sulla natura e misura delle sanzioni penali che lo Stato è tenuto ad adottare» (62); obblighi che erodono quel *recinto* di discrezionalità protetto dalla riserva di legge. Orbene, in tali circostanze, il Parlamento nazionale potrebbe far scattare una reazione e rivendicare la competenza della scelta più adeguata alle esigenze interne di politica criminale, invocando — stavolta in sede legislativa — il controlimite della riserva di legge.

Anche in nome dei canoni di sussidiarietà e prossimità (63), in un giudizio di bilanciamento nel quale evidentemente l'esigenza di armonizzazione europea che giustifica l'azione dell'Unione non sia ritenuta prevalente sulla contrapposta esigenza nazionale di conservazione degli assetti dell'ordinamento penale interno, l'organo rappresentativo potrà incidere sull'attuazione degli obblighi, se del caso modificando la struttura della fattispecie, i limiti edittali, o addirittura non punendo talune aggressioni a beni giuridici,

---

(60) S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, cit., p. 928, il quale segnala il «trend efficientistico-strumentale che, assecondando prospettive *lato sensu* securitarie, è pronto a sacrificare l'efficienza delle norme fondamentali, quelle poste, in ultima analisi, a tutela delle prerogative individuali».

(61) D. PULITANO, *Diritto penale. Parte generale*, Torino 2011, 172.

(62) G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2015, 48.

(63) Sui quali, per tutti, A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 2012, 18 ss.

qualora ritenga che *quell'*esigenza di penalizzazione non sussista in concreto nel nostro Paese ovvero si ponga con necessità e limiti differenti rispetto a quelli stabiliti in modo indifferenziato in sede sovranazionale (dunque ben al di là, tornando alla vicenda attuale, della previsione di un autonomo regime prescrizionale) (64). Del resto, è lo stesso art. 69 TFUE, con riferimento alle iniziative legislative europee in materia di cooperazione penale e di polizia, a demandare ai parlamenti nazionali il compito di vigilare «sul rispetto del principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità».

Quand'anche a prevalere rispetto all'auspicata assunzione di responsabilità parlamentare fosse la ben nota prassi lassista che, nella c.d. fase discendente, ha sino ad oggi accompagnato il ruolo parlamentare, con atti interni di recepimento che si limitano a riportare il contenuto della fonte comunitaria — individuando principi e criteri direttivi contenuti nella legge di delegazione europea (e, in precedenza, nella legge comunitaria) *per relationem*, con mero rinvio al contenuto delle direttive (65), il controlimite potrà comunque operare in un momento successivo: sollevando dinanzi alla Corte costituzionale una questione di legittimità per contrasto con gli artt.

---

(64) Una possibile applicazione di questo schema la si può cogliere nella vicenda normativa che ha dato vita al mandato di arresto europeo, nella quale la recezione italiana della decisione quadro 2002/584/GAI «si caratterizza per un'impostazione complessivamente condivisibile, laddove ha 'filtrato' l'obbligo di conformazione armonizzandolo con talune importanti garanzie costituzionali» (così V. MAIELLO, *La disciplina interna del MAE tra fedeltà comunitaria e garanzie costituzionali: riflesso di una primauté solo tendenzialmente assoluta*, cit., 133).

(65) Senza dimenticare, poi, l'occasione persa, nell'auspicato potenziamento delle capacità di incidere nelle deliberazioni sovranazionali, con la l. 24 dicembre 2012, n. 234 (la quale, nonostante i buoni propositi, ha di fatto cristallizzato la marginalizzazione delle assemblee interne rispetto alla formazione del diritto europeo, sia nella fase ascendente che in quella discendente) e gli ulteriori effetti sulle legislazioni nazionali scaturenti dal rafforzamento della competenza della Corte di Giustizia, dal dicembre 2014 estesa anche alla materia penale, in attuazione di quanto previsto al Protocollo n. 36 del Trattato di Lisbona, che consente alla Commissione europea di adire la Corte contro i singoli Stati, in caso di mancata o erronea trasposizione nel loro ordinamento interno di norme per la cooperazione transnazionale nella giustizia penale.

Non può tacersi come in sede di attuazione degli obblighi comunitari di tutela penale si assista ad una profonda alterazione dello schema tipico della delega legislativa per quel che concerne il ruolo del Parlamento nella determinazione dei principi e dei criteri direttivi, offrendo una delle esemplificazioni più efficaci dei rischi della prassi di una loro individuazione *per relationem*: nello schema di siffatta delega la normativa sovranazionale viene utilizzata non solo come fonte di principi da attuare e per l'individuazione di simili principi — il che, già, contraddice la funzione tipica dello strumento —, quanto «come mera formula di comodo per giustificare il decreto delegato di attuazione in base alla sola necessità di un — anche del tutto imprecisato nelle sue modalità — adeguamento alla disciplina europea» (A. ANZON, *I problemi attuali del sindacato della Corte costituzionale sulla delega legislativa*, in *La*

11 e 117 comma 1 Cost. (oltre che con l'art. 25, comma 2) di una *norma interna non conforme agli obblighi comunitari di tutela penale*, che preveda ad esempio un trattamento ritenuto non adeguato agli *input* di tutela sanciti a livello sovranazionale in forma dettagliata, ovvero nel caso di *lacuna di tutela sopravvenuta*, allorquando cioè, a fronte di un obbligo di tutela prima attuato, il Parlamento decida, in un secondo momento, di *cambiare idea*, depenalizzando una condotta per la quale in sede sovranazionale si reclama una precisa risposta penale (66).

In queste evenienze, di fronte cioè a un *passo indietro* del legislatore nazionale, si può ritenere che, fermo restando il vincolo di sindacabilità *ex art. 3 Cost.*, la scelta di dare attuazione parziale o diversa agli obblighi di penalizzazione — ovvero di intervenire con una norma successiva che abroghi una precedente disposizione attuativa di tali obblighi o che preveda comunque un trattamento più favorevole (in generale: *che non sia più in linea con gli obblighi europei*) — rientri in pieno nell'esercizio della discrezionalità legislativa interna nella valutazione politico-criminale.

Tale discrezionalità sarebbe peraltro resa impermeabile attraverso il richiamo ai più volte evocati artt. 4.2. e 6.3. TUE, 67.1. TFUE e 53 della Carta di Nizza — in pratica al controlimite della riserva di legge, nel suo significato di *libertà legislativa* — rispetto all'obiezione di aver tradito gli obblighi di penalizzazione europea (e quindi l'obbligo di fedeltà comunitaria) e certamente non verrebbe meno anche nel caso in cui fosse già stato recepito un obbligo di tutela europeo (67). Come si è messo in luce, «la riserva di legge sarebbe compromessa nella sua dimensione sostanziale, ove si ritenesse che il legislatore nazionale fosse costituzionalmente vincolato dall'obbligo di penalizzazione ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost.», dal momento che «la fondamentale valutazione di *proporzione e necessità* del ricorso alla sanzione penale, a tutela dei beni giuridici di rilevanza comunitaria, verrebbe infatti effettuata, per il tramite delle *direttive* fondatrici dell'obbligo di incriminazione, da organi non soltanto diversi dal parlamento nazionale — il che sarebbe di per sé compatibile con le «limitazioni di sovranità» previste dall'art. 11 Cost. — ma soprattutto ancora affetti da quel *deficit democratico*

---

*delega legislativa. Atti del Seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008, Milano, 2009, cit., p. 37; sul tema, volendo, anche il nostro La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale, Napoli 2012, 286 ss.).*

(66) Sul punto, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma 2012, 112 ss.

(67) Così anche G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione, Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione del potere?*, Milano 2003, 62 ss.

che si pone di per sé in rotta di collisione con la *ratio* giustificatrice della riserva di legge» (68).

7. *I rapporti tra diritto penale, potere e garanzie: lo spettro di un'anomia penale.*

Nello svolgere qualche considerazione conclusiva, occorre chiedersi cosa accadrebbe, nel campo delle scelte politico-criminali, se — con il rigetto delle questioni di legittimità costituzionale al prossimo esame della Corte (69) — cadesse la barriera della legalità formale. Non rimarrebbe, evidentemente, altra via che quella di affidare la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali al solo presidio del formante giurisprudenziale (70). Ecco il punto, il vero oggetto del contendere e il *non detto* che aleggia, invitato di pietra, nel discorso sui rapporti tra diritto penale interno ed europeo e nell'odierno dibattito sulle ricadute della sentenza Taricco.

Ciò che si appalesa all'orizzonte è dunque il riconoscimento della giurisprudenza, sia essa interna ovvero sovranazionale, quale fonte del diritto, anche penale (71), con la trasfigurazione della riserva di legge in *riserva di*

---

(68) G. DE VERO, *Limiti di vincolatività in ambito penale degli obblighi comunitari di tutela*, in *Per un rilancio del progetto europeo, Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, a cura di G. GRASSO - R. SICURELLA, Milano 2008, 291.

(69) Se ciò accadesse, come messo in luce da V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, cit., 22, la Corte incorrerebbe nel paradosso «di riconoscere al (diritto europeo dichiarato) dalla Corte di giustizia poteri manipolativo-additivi *in malam partem* che ha sempre negato a se stessa, e che al cospetto del diritto UE ha ammesso solo in casi del tutto eccezionali».

(70) Sulla «crescente importanza del potere normativo giurisprudenziale» — quale prospettiva dischiama proprio «dall'allontanamento del diritto penale dal monopolio produttivo del Parlamento» —, A. GARGANI, *Verso una "democrazia giudiziaria"? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia* 2012, 107 ss.

(71) Riconoscimento corroborato, a livello sovranazionale, dall'impossibilità di poter enucleare dal tenore dell'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo una riserva di legge parlamentare, così da poter ricondurre — assieme alla legge formale — anche la giurisprudenza nell'onnicomprendente concetto di *diritto* cui la norma fa esplicito riferimento, venendosi ad assecondare, in sostanza, quel ruolo di co-legislatore nei fatti già assunto; nella letteratura penalistica, in questa direzione, tra gli altri, O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2011, 1478 ss. Sul riconoscimento della *giurisprudenza-fonte*, seppure all'esito di un percorso differente (fondato su una teoria delle norme giuridiche che, distinguendo tra *disposizioni* e *norme*, riconosce all'interprete uno spazio rilevante per ricavare le vere *norme* applicate dalle *disposizioni* astratte), anche M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale, Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011, *passim* (ma spec. 51 ss.; 92 ss.); per i riferimenti bibliografici relativi al significato di legalità penale elaborato dalla Corte europea, v. M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in *Europa e diritto penale*, a cura di C.E. PALIERO e F.

*diritto*, l'attribuzione al giudice di compiti impropri ed eccentrici rispetto al suo ruolo e alla sua funzione (72) e la moltiplicazione di forme e sedi di tutela, salutata con favore sull'assunto che la disponibilità di una pluralità di sedi di riconoscimento e garanzia dei diritti consenta l'assestamento della loro tutela al livello più alto (73). Una legalità 'ibrida' (74), pregiudizievole

---

VIGANÒ, Milano 2013, 195 ss. e 218 ss. In senso critico, specialmente F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.* 2011, I, 259 ss. e, prima ancora, in Id., *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità, oggi*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I. *Diritto penale*, Milano 2000, 63 ss.

Va tuttavia rimarcato come la tesi dell'(auto)assunzione del ruolo di co-legislatore dal parte del "potere normativo giurisprudenziale" sia stata nella sostanza respinta dalla Corte costituzionale, in particolare nella sentenza 12 ottobre 2012, n. 230 (in questa *Rivista* 2012, 3440 ss., con osservazioni di V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra «diritto giurisprudenziale» e «legge»*, *ivi*, p. 3474 ss.), ove — nel dichiarare infondata la questione di legittimità dell'art. 673 c.p.p., censurato, in riferimento agli artt. 3, 13, 25, comma 2, 27, comma 3 e 117, comma 1, Cost., in relazione agli artt. 5, 6 e 7 CEDU, nella parte in cui non include, tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna (nonché del decreto penale e della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti), anche il "mutamento giurisprudenziale", determinato da una decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione, in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge come reato — si è ribadita, in nome del principio di separazione dei poteri, «specificamente riflesso nel precetto (art. 101, comma 2, Cost.) che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge», la differenza tra attività normativa e attività interpretativa; e ciò, da un lato rivendicando come «il principio convenzionale di legalità penale risulti meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana», giacché è ad esso «estraneo il principio — di centrale rilevanza, per converso, nell'assetto interno — della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25, comma 2, Cost.»; dall'altro lato, precisando che, «a differenza della legge abrogativa e della dichiaratoria di illegittimità costituzionale, ogni decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione», potendo altresì «le stesse sezioni unite trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole, come in più occasioni è in fatto accaduto».

In senso critico sulla possibile deriva verso una "giurisprudenza-fonte", con ampi riferimenti alla vicenda sottesa all'appena menzionata sentenza n. 230 del 2012, A. PACE, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della CGUE del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, in questa *Rivista* 2011, 4724 ss. e M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, *ivi*, 3825 ss.

(72) Una serrata e particolarmente efficace critica, con ampi riferimenti di teoria dell'interpretazione, «*all'idea che l'interprete (in particolare il giudice) crei la norma*», in M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir. Annali*, IX, Milano 2016, 399 ss.

(73) Sulla c.d. tutela multilivello e sui relativi (asseriti) effetti benefici cfr., per tutti, nella dottrina costituzionalistica, D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano 2012, 23 ss.; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale*

di qualunque certezza del diritto, anche nella fluida e inappagante dimensione sovranazionale (75), alla cui base vi è la suggestione che possa aspirarsi al massimo livello di tutela dei diritti fondamentali (tra i quali, evidentemente, andrà ricompreso anche il primario interesse finanziario dell'UE) solo attraverso la c.d. tutela multilivello (76), accompagnata da un'esaltazione enfatica e acritica dell'opera delle Corti, viatico per il *definitivo superamento del peso dei testi normativi* (77).

A ciò deve aggiungersi l'evidente confusione tra «la quantità dei diritti e degli strumenti di tutela con la qualità della protezione della persona», che offre una visione «molto ottimistica del problema della pluralità dei livelli di sovranità e della parallela molteplicità dei piani e delle prospettive di tutela» (78), e la sublimazione di una prospettiva panpenalistica e panvittimistica (79), che conduce alla legittimazione di una pretesa di bilanciamento tra beni eterogenei ed assiologicamente distanti quali gli interessi finanziari dell'UE e il principio democratico della separazione dei poteri e della riserva

---

*sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano 2012, 141 ss.; A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano 2012, 104 ss.; E. MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino 2013, 87 ss.; nella dottrina penalistica, A. BERNARDI, *Cinque tappe nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea. Note di un penalista*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2013, 571 ss.

(74) M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir. Annali*, VI, Milano 2015, 410 ss.

(75) Sulle forti tensioni cui la certezza del diritto è attualmente sottoposta, sia per ragioni sistemiche sia sul piano culturale, che giungono a metterne in discussione la sua operatività come centro ordinatore dell'esercizio delle pubbliche funzioni, v. da ultimo e per tutti, M. LUCIANI, *L'eclissi della certezza del diritto*, in *Libero osservatorio del diritto*, n. 1/2015.

(76) Sul punto, M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in questa *Rivista* 2006, 1660 ss. e, di recente, R. LUGARA, *La tutela "multilivello" dei diritti come canone normativo. Brevi spunti a partire dal caso Taricco*, cit., 36 ss.; sugli specifici problemi sollevati dalla tutela sovranazionale della libertà personale – in un dimensione multilivello - A. PACE - D. PICCIONE, *I lineamenti dei diritti di libertà. La libertà personale*, in *Valori e principi del regime repubblicano. 2. Diritti e libertà*, a cura di S. Labriola, Roma-Bari 2006, 51 ss.

(77) Come rileva M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., 1661, «svalutare la significatività della decisione politica democratica racchiusa nello stabilimento di una Costituzione (e anche, nei limiti della Costituzione, nell'adozione di una legge) e ridurre i diritti all'oggetto di un accertamento giudiziale delle correnti profonde della società equivale a consegnare al ceto dei giudici il governo dei diritti, sottraendolo alle istanze decisionali democratiche; penetranti obiezioni alla «svalutazione del testo legislative» e alla «parallela valorizzazione del testo delle sentenze», predicare «assumendo a paradigma esclusivo dell'interprete, una volta di più, il giudice», anche in M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 431 ss.

(78) M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., 1660.

(79) Richiamata efficacemente da M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., 12 ss. e, con riferimento alla giuri-

di legge in materia penale (questo perché, è bene ribadirlo, sulla bilancia non vi sono, come si tende a ravvisare, interessi finanziari dell'UE e un'astratta pretesa di impunità, mediante prescrizione, dei grandi evasori (80)).

Il pericolo più immediato è che, travolto con la sentenza Taricco l'argine alle questioni pregiudiziali *in malam partem*, questa fascinazione verso la tutela multilivello si traduca in una rincorsa spasmodica — e senza limiti — alla Corte di Giustizia, invocandone la seure in materia penale (81); un chiarissimo esempio è offerto dall'ordinanza 30 ottobre 2015 del G.i.p. presso il Tribunale di Varese (82), con la quale la Corte viene investita in via pregiudiziale, sulle orme del precedente Taricco, del vaglio di compatibilità con il diritto europeo (e segnatamente con l'art. 325 TFUE e sempre in relazione ai principi di assimilazione e di efficacia-proporzionalità) del delitto di omesso versamento IVA (art. 10-ter del d.lgs. n. 74 del 2000) e il cui esito, in caso di ravvisata incompatibilità, non potrebbe che essere un inasprimento dell'attuale trattamento sanzionatorio (83).

Tornando all'importanza da riconoscere al controlimite della riserva di legge, proprio la vicenda Taricco, anche nelle sue (dis)applicazioni interne, conferma come l'attenzione vada focalizzata su un rischio ben delineabile, quello di vedere accantonato del tutto il tema della legittimazione democratica delle scelte penali e della separazione dei poteri. Al cospetto della «grande illusione che i diritti umani siano al di sopra della politica» (84), non va dimenticato che in ordinamenti costituzionali come quello italiano — la cui identità caratterizzante, secondo quanto espressamente sancito anche

sprudenza della Corte EDU, da R. LUGARÀ, *Dall'umanizzazione del diritto penale alla penalizzazione dei diritti umani. Vittima e obblighi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. soc.* 2015, 566 ss.

(80) È l'argomento sotteso, ad esempio, alla posizione scettica e ai ripetuti interrogativi «se valga davvero la pena» azionare i controlimiti della sovranità statale per difendere grandi evasori di F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit., 14 ss. e ID., *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, cit., 14.

(81) Ad esempio, come nota V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, cit., 12, per «eliminare una soglia di punibilità o un meccanismo estintivo, una condizione obiettiva di punibilità o di procedibilità, una circostanza attenuante o persino una peculiare qualificazione del dolo, che aggravi troppo l'accertamento del reato in punto di elemento soggettivo».

(82) In *Arch. pen.* n. 1/2016, con nota critica di G. CIVELLO, *Il Tribunale di Varese solleva nuova questione alla C.G.U.E. in tema di omesso versamento IVA: osservazioni a prima lettura*.

(83) Paventa, in questo caso, un'intollerabile violazione del principio di legalità — *sub specie* riserva di legge — M. GAMBARELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, cit., 1480 ss.

(84) D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, cit., 1623, per il quale tale illusione, laddove i diritti umani «sono invece una *forma di politica*, può essere d'ostacolo alla ricerca di soluzioni condivise, fra interlocutori aperti all'ascolto delle ragioni degli altri».

nel Trattato di Lisbona, va salvaguardata e protetta — la decisione sui diritti, sui doveri e *a fortiori* sulle libertà *intaccate* dal diritto penale non può non essere concepita *ancora oggi* come *politica* — *la decisione politica per eccellenza* —, in quanto tale non affidabile ai giudici, se è vero che, nello Stato di diritto, «i giudici svolgono un'opera essenziale di *protezione* dei diritti fondamentali, ma questa non può sovrapporsi all'azione degli organi politici e trasformarsi in opera di *creazione* di quei diritti» (85).

Se il fallimento di una legalità penale in senso forte rappresenta il necessario presupposto per giustificare la moltiplicazione degli ambiti decisionali, soprattutto a livello sovranazionale<sup>(86)</sup>, e se la garanzia di democraticità del diritto penale è nella limitazione, *anche* attraverso la responsabilità politica, del potere punitivo, è innegabile che tale garanzia non possa essere delegata a chi di siffatta responsabilità è (o dovrebbe essere) per definizione privo. Sullo sfondo dell'affermazione di un'incondizionata primazia del diritto europeo (anche al cospetto di garanzie più elevate a livello nazionale) e di una sorta di delega in bianco nella tutela dei diritti fondamentali concessa alle Corti riecheggiano tratti di sovranità elitaria (sciolta dal vincolo di rispettare la legge scritta e i relativi presidi garantistici procedurali), che lasciano trasparire nell'idea di un *europaismo penale multilivello* le stimmate di una deriva post-politica e i bagliori di un'*anomia penale*, in cui si cerca nelle Corti — quanto più lontane possibili — ciò che solo il Parlamento può e deve offrire, vale a dire la tutela della libertà personale e la sua garanzia (87).

Vi è dunque da sperare, *qui e ora*, in una presa di posizione netta della Corte costituzionale; azionare, coraggiosamente, il controlimito della riserva di legge potrebbe stimolare un percorso di espansione, anche in chiave sovranazionale, delle prerogative della legalità penale, marcando il nuovo inizio di un diritto penale europeo su base legislativa e non più giurisdizionale. Un'opportunità, da non lasciarsi sfuggire, per recuperare la centralità delle garanzie democratiche e rilanciare un'idea forte di Europa del diritto

---

(85) M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., 1661; sottolinea altresì G. AZZARITI, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, in *Pol. dir.* 2013, 8, come «la via giurisdizionale alla realizzazione dei diritti fondamentali a livello sovranazionale» sconti l'errore di «non aver ben valutato che, *lasciati soli*, sarebbero stati sopraffatti dalle forze materiali e dal vento del tempo, che ai diritti delle persone preferiscono dar voce agli interessi del mercato»; nella dottrina penalistica, analizza il ruolo del giudice interno nell'ordinamento multilivello, in chiave problematica, A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, cit., 111 ss.

(86) Moltiplicazione che nei fatti — operando una «ridislocazione dei poteri decisionali in favore di istanze politicamente irresponsabili (le autorità tecniche; le Corti)» — impedisce «una precisa imputazione di responsabilità e l'esercizio dei poteri (sanzionatori e di controllo) dei governati»; così M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., 1661.

(87) Raccogliendo la riflessione di S. CASSESE, *Le nostre regole perdute*, in *Corriere della sera* 30 ottobre 2015, 1.

(penale), espressione di una condivisa e consapevole partecipazione alle scelte di politica criminale e del compiuto esercizio della sovranità popolare (88).

CRISTIANO CUPELLI

---

(88) In questa prospettiva, M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., 6, per il quale i controlimiti «se a prima vista appaiono solo paletti di difesa di interessi nazionali (anche egoistici), a uno sguardo più attento si rivelano marcatori della via per una più profonda e meditata unione politica, segnalando, allo stesso tempo, il più ridotto confine cui può giungere un processo di integrazione di tratto essenzialmente economico-finanziario».