

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 15-16 - giugno-dicembre 2017

IL PRIMATO DEL DIRITTO EUROPEO: TRE CASI A CONFRONTO

Floriana Plataroti

IL PRIMATO DEL DIRITTO EUROPEO: TRE CASI A CONFRONTO

Floriana Plataroti

Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche presso l'Università degli Studi di Siena

In questo articolo si analizzeranno tre casi significativi della giurisprudenza europea nei quali la tutela multilivello dei diritti sembra essersi eclissata dietro l'affermazione della primauté del diritto eurounitario anche a discapito dei livelli di maggior tutela garantiti dagli ordinamenti nazionali.

Three examples of the European case law in which the multilevel protection of rights seems to disappear behind the claim of the primacy of the European union law, even to the detriment of the greater protection levels guaranteed by national systems, will be discussed in the present article.

Sommario:

1. Premessa
2. Cenni sulla giurisprudenza europea: i casi Niselli e Melloni
3. Taricco: una vicenda singolare
4. L'intervento della Consulta: l'ordinanza n. 24/17
5. Conclusioni

1. Premessa

L'ingresso di nuove fonti del diritto ha progressivamente portato al disfacimento del sistema incentrato sulla sovranità degli Stati facendo "tramontare" l'autarchia dello *ius puniendi*.

Infatti, se nello Stato liberale la legge ed il principio di legalità assumevano un ruolo centrale per la qualificazione dello Stato di diritto, oggi anche questi principi appaiono meno "granitici", dato che essi sono in qualche misura sottoposti alle interpretazioni delle Corti sovranazionali.

Un esempio molto chiaro di questo fenomeno è offerto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale, dovendosi misurare sia con ordinamenti di *civil law* che di *common law*, tende a superare l'equiparazione tra norma astratta e norma concreta derivante dall'applicazione di un criterio giurisprudenziale, così che il giudice appare a sua volta non solo come interprete della norma ma anche come "creatore", in qualche modo, della medesima. Questa operazione nel campo della legge penale produce, diverse problematicità rispetto a quegli ordinamenti che hanno regole di stretta legalità poste a livello costituzionale. Infatti, seguendo il percorso dei diritti fondamentali nella dimensione europea e la suggestione del loro massimo livello di salvaguardia realizzabile attraverso la c.d. tutela multilivello, ci si imbatte in pronunce della Corte di Giustizia dell'UE che evidenziano i complessi e difficili rapporti tra diritto penale e diritto europeo.

2. Cenni sulla giurisprudenza europea: i casi Niselli e Melloni

A tal riguardo è opportuno richiamare, seppur brevemente, alcuni dei casi più significativi della giurisprudenza europea, quali i casi Niselli, Melloni ed infine -in ordine cronologico- il caso Taricco sul quale ci soffermeremo più puntualmente.

Nella prima vicenda¹ la Corte di Giustizia è stata chiamata a verificare la compatibilità della nozione di rifiuto con quella prevista da una Direttiva

¹ Corte di Giustizia, 11 novembre 2004, causa C-457/02. Il caso riguardava Antonio Niselli, legale rappresentante della società ILFER s.p.a., che era stato condannato per il reato di attività di gestione di rifiuti non autorizzata; un semirimorchio della ILFER s.p.a. era stato, infatti, sequestrato perché trasportava rottami ferrosi sprovvisto del modulo d'identificazione dei rifiuti previsto dal decreto legislativo n. 22/1997. Secondo una perizia presentata nel corso del procedimento penale, i materiali posti sotto sequestro provenivano dalla demolizione di

comunitaria dalla quale dipendeva la possibilità di perseguire o meno il reato contestato all'imputato. Più precisamente, la Corte in tale sede precisò che «una direttiva non può avere l'effetto di per sé e indipendentemente da una norma giuridica di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare, aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni»² poiché, se così fosse, si riconoscerebbe in capo all'Unione Europea il potere di emanare norme che abbiano l'effetto di creare degli obblighi a carico dei singoli mediante le direttive, mentre «tale competenza le spetta solo laddove le sia attribuito il potere di adottare regolamenti»³. Nonostante tale affermazione preliminare, i giudici di Lussemburgo dichiararono l'incompatibilità con il diritto comunitario della norma più favorevole introdotta dal legislatore italiano⁴, escludendo

macchinari e di automezzi o dalla raccolta di oggetti di scarto. Essi derivavano da diversi cicli tecnologici, dai quali erano stati estromessi perché non più utilizzabili in tali cicli. Dovendo decidere del seguito del procedimento penale dopo l'entrata in vigore del decreto legge n. 138/2002, il Tribunale penale di Terni si era interrogato in sostanza in merito all'«interpretazione autentica» della nozione di rifiuto fornita dall'art. 14 del decreto legge n. 138/2002, che poteva essere in contrasto con la direttiva 75/442. Secondo una prima interpretazione, i fatti addebitati al Sig. Niselli non costituivano più reato, in quanto i rottami ferrosi posti sotto sequestro erano destinati al riutilizzo e quindi non potevano più essere qualificati come rifiuti. Tuttavia, nell'ipotesi in cui tale interpretazione fosse risultata incompatibile con la direttiva 75/442, il procedimento penale sarebbe dovuto proseguire sulla base dell'imputazione formulata. Il Tribunale penale di Terni, pur precisando che la Commissione aveva promosso contro la Repubblica italiana un procedimento per inadempimento degli obblighi ad essa imposti dalla direttiva 75/442, aveva deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le questioni pregiudiziali, sull'interpretazione delle parole «si disfi», «abbia deciso» o «abbia l'obbligo di disfarsi», recepite in Italia dall'articolo 6, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 22/97, nonché la riconducibilità della nozione di rifiuto per beni o sostanze e materiali residuali di produzione o di consumo riutilizzati nel medesimo o in analogo o diverso ciclo produttivo o di consumo.

² Punto 29 della sentenza. V. anche Corte di Giustizia, sentenze 8 ottobre 1987, causa C-80/86, *Kolpinghuis Njimegen*, in *Racc.* I, 3969, punto 13, e 26 settembre 1996, causa C-168/95, *Arcaro*, in *Racc.* I, 4705, punto 37, ma anche ordinanza 19 settembre 2001 c-18/00, *Procedura penale contro Maurizio Perino*, dispositivo nonché ordinanza *Saetti e Frediani*, cit., punto 25 entrambe disponibili sul sito www.curia.eu.int. Da ultimo si veda la sentenza della Corte di Giustizia 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e altri*, disponibile sul medesimo sito internet.

³ Corte di giustizia, 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, in *Raccolta*, I, 3325, *Faccini* punto 20.

⁴ La Corte di Giustizia sul punto ha affermato che nella fattispecie era pacifico che, all'epoca dei fatti che avevano dato luogo al procedimento penale a carico del sig. Niselli, essi potevano, integrare gli estremi di infrazioni sanzionate penalmente. Si veda per approfondimenti, GIUNTA, *La nozione penalistica di rifiuto al cospetto della giurisprudenza CE*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 1036 ss.; VAGLIASINDI, *La definizione di rifiuto tra*

qualsiasi contrasto con il principio di legalità «*dato che i fatti, sono stati commessi sotto la vigenza della normativa incriminatrice originaria e quindi da questa puniti senza che sia la norma comunitaria contenuta in una direttiva a fondare direttamente la responsabilità dell'imputato*».

Tale ragionamento pone un problema di fondo relativo al contrasto tra le norme del codice penale (artt. 2 c.2, e 3) rispetto al primato delle norme europee⁵. Se infatti si ritenesse che il giudice debba disapplicare le norme interne per contrasto con il diritto europeo, ciò comporterebbe di fatto una riespansione della responsabilità penale del singolo, in deroga al principio di retroattività favorevole.

Anche il successivo caso Melloni⁶ presenta dei profili di complessità, sia pure sotto il differente punto di vista delle relazioni tra i c.d. “controlimiti”

diritto penale ambientale e diritto comunitario (Prima parte), in Riv. Trim. di Dir. Pen. Ec., 2005, 973 ss.; ID., *La definizione di rifiuto tra diritto penale ambientale e diritto comunitario (Parte seconda)*, in Riv. Trim. di Dir. Pen. Ec., 2006, 157 ss.; PAONESSA, *La definizione nazionale di rifiuto approda al vaglio della Consulta*, in Riv. Trim. di Dir. Pen. Ec., 2006, 333 ss..

⁵ In proposito, l'avvocato generale nelle conclusioni presentate il 14 ottobre 2004 nelle cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Silvio Berlusconi e altri*, ha osservato che: «*non cambierebbe nulla inoltre se si dovesse considerare il principio dell'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole –contrariamente alla tesi qui sostenuta– non come un principio comunitario, ma solo come una questione di diritto nazionale. Infatti, il diritto comunitario pone limiti alle competenze degli Stati membri anche in sede di applicazione di disposizioni nazionali. Dal primato del diritto comunitario deriva che i giudici del rinvio, nei procedimenti penali pendenti, devono osservare il diritto comunitario, nonché in particolare i precetti e i giudizi di valore del legislatore comunitario che emergono dalle direttive sul diritto societario*» (punto 166).

⁶ Corte di Giustizia, 26 febbraio 2013 C- 399/11. Il caso riguardava il cittadino italiano Stefano Melloni, residente in Spagna, condannato in contumacia in Italia per il delitto di bancarotta fraudolenta nel 2004; durante l'iter processuale Melloni era stato rappresentato da avvocati di fiducia, ai quali erano state effettuate tutte le notifiche di rito. In seguito al passaggio in giudicato della sentenza di condanna, le Autorità Giudiziarie emettevano il mandato di arresto europeo, effettivamente eseguito dalla polizia spagnola nell'agosto 2008. Il 12 settembre del medesimo anno, la *Audiencia Nacional di Madrid* ordinava la consegna di Melloni per l'esecuzione della sentenza. Contro tale provvedimento Melloni proponeva *recurso de amparo al Tribunal Constitucional*, lamentando la lesione del diritto ad un processo equo garantito dall'art. 24, secondo comma, della Costituzione spagnola; con ordinanza in data 9 giugno 2011, il *Tribunal constitucional* decideva di sospendere il procedimento e di formulare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, ex art. 267 TFUE, su tre distinte questioni. Con sentenza della Grande Sezione pronunciata il 26 febbraio 2013, la Corte di giustizia rispondeva quanto alla prima questione, che la decisione quadro sul mandato di arresto osta, effettivamente, alla possibilità per lo Stato membro di subordinare la consegna del condannato alla condizione che lo Stato richiedente garantisca la riapertura del processo, anche nell'ipotesi in cui il condannato abbia avuto conoscenza del processo e abbia

in materia di diritti fondamentali e primato del diritto europeo. In tale occasione, ai giudici di Lussemburgo è stata sottoposta la questione inerente la potestà degli Stati membri di applicare i propri “controlimiti” in materia di tutela dei diritti fondamentali nei confronti degli obblighi di adeguamento dell’ordinamento nazionale a quello del diritto dell’Unione Europea. La Corte di Giustizia non ha avuto dubbi nell’affermare che «*nella misura in cui il diritto dell’Unione rispetta i diritti fondamentali tutelati dalla Carta Europea dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, lo Stato membro non può rifiutare di adempiere gli obblighi che ne derivano, neppure nell’ipotesi in cui tali obblighi dovessero risultare in contrasto con i diritti fondamentali garantiti dal proprio ordinamento costituzionale*»⁷. Sembrerebbe, dunque, che le garanzie costituzionali di uno Stato membro debbano essere recessive rispetto ad una normativa europea relativa alla tutela dei diritti, anche se, dal punto di vista dell’ordinamento interno, le garanzie costituzionali parevano essere maggiori rispetto all’ordinamento sovranazionale⁸.

volontariamente rinunciato a difendersi; quanto alla seconda questione, veniva statuito che la decisione quadro -così interpretata- è compatibile con i diritti fondamentali di cui agli artt. 47 e 48 CEDU, che non ostano alla possibilità che un processo penale venga celebrato in contumacia, allorché l'imputato, debitamente informato del processo, rinunci volontariamente a partecipare in prima persona al processo; quanto alla terza e decisiva questione, che l'art. 53 CEDU non consente allo Stato membro di rifiutare l'esecuzione degli obblighi discendenti dalla decisione quadro per evitare di violare il diritto a un processo equo, così come definito dal proprio ordinamento interno che -in ipotesi- garantisca a tale diritto un maggior livello di tutela rispetto a quello riconosciuto in sede europea. In sostanza, per la Corte di Giustizia la Spagna non può legittimamente rifiutarsi di eseguire i propri obblighi europei, adducendo che tale esecuzione comporterebbe a sua volta la violazione dei diritti fondamentali del Sig. Melloni, così come riconosciuti nell'ordinamento spagnolo. L'eventuale apposizione di un “controlimite”, derivante dall'esigenza di preservare il maggior livello di tutela dei diritti a un processo equo garantito dall'ordinamento spagnolo risulterebbe, dunque, in aperto contrasto con il diritto UE, così come autoritativamente interpretato dalla Corte di giustizia, poiché lesivo del principio del primato del diritto dell'Unione Europea, in quanto permetterebbe ad uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione dello stesso.

⁷ VIGANO, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e “controlimiti”*: la Corte Costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni, in www.penalecontemporaneo.it, 9 marzo 2014.

⁸ Sul punto la dottrina non è unanime. Per esempio, RUGGERI critica quanto stabilito dai giudici di Lussemburgo nel caso Melloni sostenendo che non sarebbe stata rilevata, in primo luogo la necessità di conciliare, reciprocamente bilanciandoli, il principio del primato e il principio di cui all’articolo 4 del trattato; in secondo luogo, la Corte non avrebbe chiarito che la stessa salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali va rettammente e compiutamente intesa per il modo con cui essi fanno “sistema”. In altre parole, le conclusioni

3. Taricco: una vicenda singolare

Da ultimo, il caso Taricco⁹, dove il contrasto tra norma sovranazionale e principi degli Stati, si è particolarmente acuito in quanto la Corte di Giustizia, è entrata nel “giardino proibito” del diritto penale nazionale obliterando ogni forma di “dialogo” con le Corti nazionali ed ignorando del tutto la “grammatica costituzionale” (riguardo al principio di legalità) e penale (sulla natura sostanziale della prescrizione) dell’ordinamento italiano¹⁰.

Il caso traeva origine da una questione sollevata dal giudice italiano nell’ambito di un procedimento penale per il reato di associazione a delinquere e frodi in materia di IVA, pendente davanti al Tribunale di Cuneo. Il G.U.P., nella fattispecie, osservava che il termine di prescrizione previsto per i reati ascritti non avrebbe consentito ai giudici italiani di pervenire ad una sentenza penale irrevocabile prima del sopraggiungere

dell’Avvocato generale Y. Bot -che ha sostenuto che la tutela più intensa non può che essere quella offerta dal diritto dell’Unione Europea, senza avere alcun riguardo per un’eventuale diversa tutela stabilita a livello nazionale, la quale potrebbe acquistare rilievo nel solo caso, che a livello di Unione non si dia una definizione del grado di protezione che dev’essere accordata ad un certo diritto- non pare convincente (RUGGERI, *La Corte di Giustizia, il primato incondizionato del diritto dell’Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare “sistema”*, in www.diritticomparati.it, 2 aprile 2013). Sul punto Cfr. anche MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell’Unione*, Roma, 2011; GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quaderni cost.*, 3, 2012, 533 ss.. Altra parte della dottrina, invece, come CONTI, ha ritenuto che l’affermazione nella sentenza Melloni del principio del primato dell’Unione Europea non può senz’altro essere letta in modo contraddittorio allo spirito stesso del Trattato dell’Unione Europea il quale recita all’articolo 4 che «*l’Unione rispetta l’uguaglianza degli Stati membri, davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare la funzione di salvaguardia dell’integrità territoriale, di mantenimento dell’ordine pubblico e di tutela nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro*». CONTI, *Da Giudice (nazionale) a Giudice (eurounitario) A cuore aperto dopo il caso Melloni*, in www.diritticomparati.it, 5 aprile 2013. Sul punto cfr. RIZZA, *Il caso Melloni: la Corte di Giustizia risponde con il primato dell’Unione alle pretestuose preoccupazioni dei giudici nazionali. Riconoscimento delle decisioni giudiziarie rese a seguito di procedimenti in absentia*, in *Quaderni eur.*, 53, 2013.

⁹Corte di Giustizia, 8 settembre 2015 C- 105/14.

¹⁰Tali espressioni sono utilizzate in RICCARDI, “*Patti chiari, amicizia lunga*”. *La corte costituzionale tenta il ‘dialogo’ nel caso Taricco, esibendo l’arma dei controllimiti*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 27 marzo 2017.

dell'estinzione del reato. Fu dunque chiesto alla Corte di Giustizia di verificare la compatibilità con il diritto dell'Unione Europea degli artt. 160, 161 c. 2 c.p. nella parte in cui, in caso di interruzione della prescrizione, tali norme prevedono un tetto "massimo" di aumento del tempo prescrizione pari ad un quarto del tempo ordinario.

In particolare, ad avviso del giudice rimettente, le due disposizioni del codice penale italiano risultavano contrarie a plurimi principi previsti nel Trattato sul funzionamento dell'U.E. (artt. 101, 107, 119 T.F.U.E.), poiché per i reati tributari il tempo di prescrizione previsto dalla legge era inadeguato, viste le complesse indagini preliminari poste in essere dall'Autorità inquirente per l'accertamento dei medesimi. La Corte di Giustizia ha concluso affermando che l'art. 160 del c.p. pregiudica gli obblighi imposti agli Stati membri dall'art. 325, paragrafi 1 e 2, T.F.U.E. «*nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisce di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare*». Dunque, piena efficacia è riconosciuta all'art. 325 T.F.U.E., in forza del quale il giudice nazionale deve disapplicare, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto quello di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dalla ridetta normativa europea¹¹.

La questione, nondimeno, presenta rilevanti profili di complessità.

Si è infatti sostenuto che norme sostanziali, quali quelle degli artt. 160 e 161 c.p., non possono dirsi direttamente incompatibili con un principio generalissimo e programmatico, qual è la tutela degli interessi economico-finanziari dell'U.E. (art. 325 T.F.U.E.)¹². Spetterebbe al contrario solo al legislatore ordinario stabilire quali siano le opportune modalità normative con cui dare attuazione ai principi programmatici posti alla base del funzionamento dell'U.E., escludendo da tale prerogativa l'autorità giudiziaria. Risulterebbe pericoloso, infatti, attribuire al giudice ordinario il potere di disapplicare una normativa interna sulla base di una presunta non

¹¹ Sul punto si veda AMALFITANO, *Il ruolo dell'art.325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia?*, in www.forumcostituzionale.it, 9 ottobre 2016.

¹² CIVIELLO, *La prima attuazione della sentenza "Taricco" della C. G. U. E.: il principio di legalità nell'epoca del "minimalismo penale"*, in *Arch. pen.*, 1, 2016.

attuazione sufficiente, congrua ed efficace, di un determinato indirizzo politico generale sancito in via programmatica dal T.F.U.E.. I parametri assegnati dalla Corte di Giustizia ai giudici nazionali per disapplicare o meno il combinato disposto degli artt. 160 e 161 c.p. potrebbero infatti condurre il singolo giudice ad adottare una decisione eccessivamente discrezionale, incompatibile con i principi di legalità e tassatività propri della materia penale¹³.

Per giungere alla decisione la Corte esamina altresì la compatibilità della disapplicazione degli artt. 160 e 161, c. 2 c.p. con l'art. 49 Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.¹⁴.

Infatti, la suddetta Corte dispone la disapplicazione delle norme con esso contrastanti, dopo aver ribadito che l'art. 325 T.F.U.E. è norma di diritto primario che pone a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso ed incondizionato, produttivo di effetti diretti. In teoria, l'attenzione ai diritti fondamentali non manca, poiché la Corte si richiama implicitamente anche all'art. 49 Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.¹⁵. Il punto centrale, però, è

¹³ VIGANO, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in *Arch. pen.*, 2015.

¹⁴ L'art. 49 (rubricato *Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene*) così recita:

«1. 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. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima.

2. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni.

3. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

¹⁵ Sul punto i giudici di Lussemburgo hanno deciso (punti 55, 56 e 57 della sentenza) che: «la disapplicazione delle disposizioni nazionali di cui trattasi 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. Una disapplicazione del diritto nazionale siffatta non violerebbe i diritti degli imputati, quali garantiti dall'articolo 49 della Carta ... (omissis) ... La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'articolo 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, che sancisce diritti corrispondenti a quelli garantiti dall'articolo 49 della Carta, avvalorata tale conclusione. Secondo tale giurisprudenza, infatti, la proroga del termine di prescrizione e la sua immediata applicazione non comportano una lesione dei diritti garantiti dall'articolo 7 della suddetta Convenzione, dato che tale disposizione non può essere interpretata nel senso che

che la Corte considera le norme sulla prescrizione come norme meramente processuali e non assimilabili alle norme penali sostanziali, a differenza di quanto si ritiene nell'ordinamento interno. Come tali, esse non godrebbero della copertura costituzionale relativa al principio di legalità e al principio di irretroattività.

Il problema non è di poco conto perché, invece, la consolidata giurisprudenza nazionale e sovranazionale¹⁶ qualificano la prescrizione come un istituto di diritto sostanziale e non meramente processuale e come tale, al contrario, coperto dal principio di legalità¹⁷; invero, la prescrizione viene calcolata sulla base della pena e di essa costituisce il limite temporale. Ne consegue ancora che sulla base dell'ordinamento interno si applicano le garanzie di irretroattività riconosciute sia dall'art. 25 c. 2 Cost., sia dall'art 7 CEDU.¹⁸

La questione ha generato un incerto scenario. Con ordinanza del 18 settembre 2015, la Corte d'Appello di Milano ha sollevato questione di legittimità costituzionale della legge n. 130 del 2008 di esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'U.E. per contrasto con l'art. 25, c. 2 Cost.¹⁹

osta a un allungamento dei termini di prescrizione quando i fatti addebitati non si siano ancora prescritti. V., in tal senso, Corte eur D.U., sentenze Coëme e a. c. Belgio, nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, § 149, CEDU 2000-VII; Scoppola c. Italia (n. 2) del 17 settembre 2009, n. 10249/03, § 110 e giurisprudenza ivi citata, e OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia del 20 settembre 2011, n. 14902/04, §§ 563, 564 e 570 e giurisprudenza ivi citata».

¹⁶ Nello specifico Corte EDU, *Coeme c. Belgio*, 18 ottobre 2010; sulla natura della prescrizione quale istituto di natura sostanziale, si vedano le voci di A. MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)*, in *Noviss. Dig. It., XIII*, Torino, Utet, 1966, 680 ss. e la monografia di GIUNTA – MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, 63 ss.; SILVANI, *Il giudizio del tempo*, Bologna, 2009; PULITANO', *Il nodo della prescrizione*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 29 settembre 2014.

¹⁷ Sul punto v. la sentenza della Corte Cost. n. 236/2011 e le riflessioni di MARI, *Retroattività della lex mitior e Convenzione europea dei diritti dell'uomo - osservazioni a Corte Costituzionale, sentenza 19-22 luglio 2011, n. 236*, in *Cass. pen.*, 2011, 4158 ss..

¹⁸ LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 febbraio 2016; EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 dicembre 2015.

¹⁹ VIGANO, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte Costituzionale ad azionare i contro limiti*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 settembre 2015. Nella citata ordinanza si legge «come orientamento assunto al rango di diritto vivente (...) la Corte costituzionale ritiene, quindi, che la riserva di legge contenuta nell'art. 25 Cost. le impedisca di incidere in peius non solo sulla fattispecie incriminatrice e sulla pena, ma anche sugli aspetti inerenti alla punibilità,

nella misura in cui l'art. 325 T.F.U.E. consentirebbe l'applicazione retroattiva di un principio penale sfavorevole (vale a dire il prolungamento del termine prescrizione a seguito della disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p. da parte del giudice interno).

Nel frattempo, però, il 20 gennaio 2016, la Corte di Cassazione²⁰ depositava una sentenza nella quale dava applicazione alla sentenza Taricco²¹, disapplicando gli artt. 160, 161 c.p. in *parte qua* e implicitamente non condividendo i dubbi di costituzionalità avanzati dalla Corte d'appello di Milano.

Quest'applicazione da parte della Corte di Cassazione ha suscitato diverse problematiche, poiché, condividendo integralmente il ragionamento dei giudici di Lussemburgo²² in ordine al rispetto del principio di legalità,

tra cui espressamente include la prescrizione». In tono critico rispetto a quanto statuito dalla Corte di Giustizia si esprime CIVIELLO, secondo cui «l'estraneità della prescrizione del reato al fatto tipico è dato ovvio, che non v'era alcuna necessità di ribadire; ma ciò non vuol dire che la prescrizione del reato sia al fatto tipico è un dato ovvio, che non v'era certo alcuna necessità di ribadire; ma ciò non vuol dire che la prescrizione del reato sia un istituto estraneo alla stessa legge penale e al sottostante principi di legalità», CIVIELLO, La prima attuazione della sentenza "Taricco" della C.G.U.E.: il principio di legalità nell'epoca del "minimalismo penale", in Arch. pen., 1, 2016; BERTOLINO, La Corte d'Appello di Milano sollecita la Corte Costituzionale a vagliare la compatibilità dell'obbligo di disapplicazione imposto al giudice italiano dalla sentenza Taricco della Corte di Giustizia con il principio di irretroattività in malam partem della legge penale, in Dir. comm. internaz., 2016, 205 ss..

²⁰ Cass. pen., sez. III, 17 settembre 2015-20 gennaio 2016, n. 2210.

²¹ Il caso aveva ad oggetto il reato di "dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti" ex art. 2, D.Lgs. n. 74/2000 e rientrava *pleno jure* nei parametri sanciti dalla Corte del Lussemburgo. Nel dettaglio si contestava all'imputato una "attività illegale" che danneggiava non solo l'Erario statale, ma anche l'assetto economico-finanziario dell'UE. Nello specifico la frode fiscale di cui all'imputazione rientrava nei termini "gravità" come richiesto dalla Corte di Lussemburgo.

²² «Una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dal combinato disposto dell'articolo 160, ult. co., c.p., come modificato dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251, e dell'art. 161 c.p. –che prevedeva, all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale, che l'atto interruttivo verificatosi nell'ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di imposta sul valore aggiunto comportasse il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale – è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE, nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare. Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire

esclude non solo la “caducazione” giurisprudenziale del tetto massimo di prescrizione *ex* artt. 160 e 161 c.p., ma sembra non considerare gli effetti derivanti da una disapplicazione retroattiva del regime normativo, vale a dire la stessa incompatibilità con il principio di legalità²³.

Tale ragionamento si fonda su una concezione “minimalistica del principio di legalità”²⁴, posto che la riserva di legge e l’irretroattività *ex* art. 25 Cost. riguarderebbero esclusivamente elementi essenziali della fattispecie penale e non già altri elementi cd. accessori, come la prescrizione e la sua interruzione. Tuttavia, questo ragionamento porterebbe lontano. Se infatti si sottraesse alla copertura costituzionale dell’art 25 Cost. ogni istituto penale che non è riconducibile al “fatto tipico” o alla “pena”, non vi sarebbe più alcun limite a che, per esempio, una fonte secondaria disciplinasse una causa di non punibilità non direttamente sussumibile nella fattispecie.

Così delineato, il recepimento della sentenza “Taricco” da parte della Corte di Cassazione potrebbe costituire un vero e proprio *leading-case* per una serie indeterminata di nuove disapplicazioni della legge, con conseguenze molto gravi sul piano della certezza del diritto e della stabilità dell’ordinamento vigente²⁵. Seguendo questo tipo di impostazione si potrebbe legittimare qualsiasi giudice penale a disapplicare le disposizioni normative nazionali (anche in *malam partem*), per esempio quando queste si pongono in contrasto con determinati interessi dell’U.E., oppure quando una causa di non punibilità *impedisca* di proteggere altri interessi meritevoli di tutela e in altri casi simili. Del resto, attribuire piena discrezionalità ai giudici di disapplicare una norma penale interna contrasta con il principio di legalità ed il principio di separazione dei poteri, principi generali del nostro ordinamento.

allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall’art. 325, §§ e 2, TFUE».

²³ Secondo il ragionamento della Corte di Giustizia non si verificherebbe nessuna violazione del principio di legalità poiché nel caso di specie «*non ne deriverebbe affatto una condanna degli imputati per un’azione o un’omissione che, al momento in cui è stata commessa non costituiva reato punito dal diritto nazionale, né l’applicazione di una sanzione che, allo stesso momento non era previsto da tale diritto*». La Corte di Cassazione dunque, condividendo quanto disposto dalla Corte di Giustizia, afferma che il regime normativo di cui agli artt. 160, 161 c.p. - sia esso qualificato come disciplina di carattere sostanziale o *lato sensu* processuale- non gode in alcun modo della copertura di cui all’art. 25 Cost..

²⁴ CIVIELLO, *La prima attuazione della sentenza “Taricco”*, cit..

²⁵ MANES, *La svolta Taricco e la potenziale “sovversione del sistema”*: le ragioni dei controlimiti, cit..

Come è stato detto «*la frizione con il patrimonio costituzionale appare troppo grave in questo frangente per poter tollerare un'obbedienza incondizionata al diktat della Corte di Giustizia*»²⁶.

4. L'intervento della Consulta: l'ordinanza n. 24/17

A seguito delle rimessioni effettuate dalla Corte di Appello di Milano, la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 24/2017, ha rinviato in via pregiudiziale la questione alla Corte di Giustizia chiamata a precisare la portata dell'art. 325 paragrafi 1 e 2, del T.F.U.E.²⁷.

In particolare, i giudici di Lussemburgo dovranno chiarire se l'art. 325 T.F.U.E. «*debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato anche quando:*

a) *si determinerebbe un aggravamento del regime della punibilità di natura retroattiva riguardante anche condotte anteriori alla data di pubblicazione della sentenza Taricco;*

²⁶ MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 luglio 2012.

²⁷ Sul punto v. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone ma non ancora oppone i controlimiti*, in www.giurcost.it, 27 gennaio 2017; FERRANTE, *L'ordinanza della Corte Costituzionale sull'affaire Taricco: un decisione "diplomatica" ma ferma*, in www.dirittifondamentali.it, 29 gennaio 2017; FARRI, *Quando i principi supremi dell'ordinamento italiano prevalgono sul diritto europeo: dalla Corte Costituzionale italiana una pronuncia storica sulla effettività dei controlimiti*, in www.rivistadirittotributario.it, 6 febbraio 2017; ARANCI, *Ritorno a Lussemburgo: la Corte di Giustizia nuovamente chiamata a pronunciarsi sul caso Taricco*, in www.rivista.eurojus.it, 8 febbraio 2017; TAGLIONE, *Brevi considerazioni sull'ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017*, in *Archivio Penale*, 2017, n. 1; MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a Taricco*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 13 febbraio 2017; CUPELLI, *La Corte Costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 30 gennaio 2017; LAURITO, *Brevi considerazioni a "prima lettura" dei tre quesiti oggetto del rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale (ord. n. 24/2017) nel caso Taricco*, in www.giurisprudenzapenale.com, n. 1, 2017.

b) la prescrizione è parte del diritto penale e soggetta al principio di legalità;

d) tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro»²⁸.

In sostanza, la Corte di Lussemburgo dovrà valutare se l'interpretazione proposta dai giudici rimettenti sia l'unica possibile declinazione applicativa dell'art. 325 T.F.U.E., ovvero se sia possibile enucleare «*interpretazioni anche in parte differenti, tali da escludere ogni conflitto con il principio di legalità in materia penale*». Il compito non sarà semplice, perché la Corte Costituzionale, pur rispettando quando statuito con la sentenza Taricco, chiede -di fatto- alla Corte di Giustizia di tornare sui suoi passi, riconoscendo la prevalenza dei principi cardine del nostro ordinamento costituzionale rispetto al diritto dell'Unione Europea.

In questo contesto, le conclusioni dell'Avvocato generale risultano chiare nel voler confermare, seppur con qualche chiarimento, quanto affermato nella sentenza Taricco.

Infatti, relativamente ai quesiti formulati dalla Corte costituzionale l'Avvocato generale invita la corte di Lussemburgo a interpretare l'art 325 TFUE come già fatto nella sentenza Taricco, ribadendo l'obbligo di disapplicazione che ne deriva.

Tale obbligo si fonderebbe «*esclusivamente sulla natura del reato*» la cui definizione è rimessa alla legislatore dell'Unione²⁹.

Sul tema della natura della prescrizione, l'Avvocato generale ribadisce la sua natura processuale, arrivando all'esito che «*nulla osta a che il giudice nazionale, nell'attuazione degli obblighi ad esso incombenti ai sensi del diritto dell'Unione, disapplichi le disposizioni di cui all'art. 160, ultimo comma e 161, secondo comma, c.p. nell'ambito dei procedimenti in corso*»³⁰.

L'Avvocato generale continua, poi, affrontando la questione relativa al principio di legalità di cui all'art. 25 Cost. contestando la riconducibilità della legalità penale nel novero dei "principi supremi" o "fondamentali" dell'ordinamento costituzionale italiano, attestandosi su una visione estremamente formalistica, in base alla quale «*nella Costituzione italiana, i principi qualificati come fondamentali sono elencati agli articoli da 1 a 12*

²⁸ Dispositivo dell'ordinanza n. 24/2017.

²⁹ Conclusioni Avvocato generale del 18 luglio 2017, paragrafo 116.

³⁰ *Ibidem*, paragrafo 141.

della stessa e il principio di legalità dei reati e delle pene ne è quindi, a priori, escluso»³¹.

Dunque, l'obbligo stabilito nella sentenza Taricco non lederebbe «l'identità nazionale della Repubblica italiana»³².

Tali conclusioni, pur non assumendo nessun valore vincolante per la Corte di Giustizia, certamente segnalano una certa ritrosia nel cercare un punto d'incontro tra le due Corti.

5. Conclusioni

A fronte di tale rinvio da parte della Corte, che avrebbe potuto applicare i controlimiti come da più parti segnalato³³, si è optato -in nome del principio di leale collaborazione- per una soluzione in qualche modo conciliativa, nella convinzione che la Corte di Giustizia non abbia ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla regola «*anche quando essa confligge con un principio cardine dell'ordinamento italiano*».

Dalla motivazione dell'ordinanza, nondimeno, appare piuttosto chiaro che la Corte, in caso di risposta negativa della Corte di Giustizia, potrà far scattare i controlimiti.

Dai casi accennati in definitiva sembrerebbe che la “tutela multilivello dei diritti” si sia eclissata dietro l'affermazione della *primauté* del diritto eurounitario anche a discapito dei livelli di maggior tutela garantiti dagli ordinamenti nazionali.

³¹ *Ibidem*, paragrafo 181.

³² *Ibidem*, paragrafo 186.

³³ LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 15 aprile 2016; PERINI - FARAGUNA, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'Appello di Milano mette la giurisprudenza “Taricco” alla prova dei controlimiti*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 30 marzo 2016. Cfr. CONDINANZI, *I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare*, in NASCIMBENE (a cura di), *Costa/Enel: Corte Costituzionale e Corte di Giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, Giuffrè, 2015; CELOTTO – GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2004, 1345 ss..