

**EVOLUZIONE DEL DIRITTO PENALE EUROPEO
E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI ALLA LUCE DELLA «SAGA TARICCO»**

di Giovanni Grasso

(Professore ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Catania)

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La sentenza della Corte di Giustizia in *causa Taricco ed altri*. – 3. L'ordinanza 24/2017 della C. cost. – 4. Il nuovo intervento della Corte di Giustizia nella *causa MAS*. – 5. Il definitivo intervento della C. cost. con la sentenza n. 118/2018. – 6. Il *follow up* della sentenza della Corte Costituzionale. – 7. Il ruolo del giudice ordinario nella tutela dei diritti fondamentali. – 8. L'applicazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali. Il *distinguishing* rispetto alla sentenza Melloni. – 9. Considerazioni conclusive.

1. La sentenza della C. cost. n. 118/2018 - che fa seguito alla decisione della C.G.U.E sul rinvio pregiudiziale formulato della stessa C. cost. con l'ordinanza 24/2017 - sembra chiudere in modo soddisfacente per tutti le inquietanti questioni che erano state sollevate con la prima sentenza Taricco.

Essa conferma il significato e l'importanza della procedura ex art. 267 TFUE che costituisce, come sottolinea la C.G.U.E, uno «*strumento di cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali*»

Si conferma anche la validità della scelta operata dalla C. cost. di non azionare direttamente i «controlimiti» pur in presenza di alcuni aspetti certamente discutibili delle conclusioni della prima sentenza della C.G.U.E, ma di sollevare una questione di interpretazione pregiudiziale che ha consentito ai giudici europei un prudente *révirement* suscettibile di evitare uno scontro sui principi fondamentali che non sarebbe stato nell'interesse di nessuno¹.

Se però la sentenza della C. cost. chiude gli aspetti più «drammatici della vicenda, essa lascia aperti alcuni interrogativi che avranno certamente il loro peso in futuro su alcune questioni di principio: da un lato il fondamento legale e la possibile evoluzione di un diritto penale europeo e dall'altro la tutela dei diritti fondamentali in un sistema multilivello, che rende necessario un atteggiamento dialogico e cooperativo dei diversi attori della vicenda.

2. Cerchiamo di ricostruire preliminarmente i tratti salienti della vicenda.

La sentenza della C.G.U.E del 18 settembre 2015 nella *causa Taricco ed altri* conclude che la disciplina italiana relativa all'interruzione della prescrizione «è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 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

¹ Cfr. F. Viganò, *Legalità 'nazionale' e legalità 'europea' in materia penale. I difficili equilibristi della C.G.U.E nella sentenza M.A.S. ("Taricco II")*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1281 ss.

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».

In tale ipotesi «il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE».

Due sono gli aspetti da mettere in rilievo nella sentenza in esame.

2.1. In primo luogo la soluzione alla quale perviene la C.G.U.E si fonda sul riconoscimento di *effetti diretti* alla previsione dell'art. 325 § 1 e 2 TFUE.

Come si legge nei § 51 e 52 della sentenza « *Tali disposizioni del diritto primario dell'Unione pongono a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione quanto all'applicazione della regola in esse enunciata, ricordata al punto precedente.*

In forza del principio del primato di diritto dell'Unione, le disposizioni dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE hanno l'effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, di rendere ipso iure inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente».

Si tratta però di una conclusione certamente discutibile per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo si deve rilevare che mai l'art. 325 TFUE (e le disposizioni che lo avevano preceduto, con contenuti sostanzialmente simili, come l'art. 280 TCE) erano state ritenute suscettibili di produrre effetti diretti implicanti la disapplicazione di norme nazionali contrastanti (con effetti anche in *malam partem*²).

Si tratta in effetti di una disposizione che pone anzitutto un obbligo per i legislatori nazionali che a tal fine debbono modificare la propria legislazione per adeguarla alle prescrizioni scaturenti da tale disposizione³.

In tal senso del resto era stato interpretato anche dalla C.G.U.E nella sentenza *Fransson*⁴.

A conferma di una tale conclusione si deve sottolineare che lo stesso avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni (§ 121) ribadisce che «*gli articoli 4, paragrafo 3, TUE e 325 TFUE non contengono comunque, al riguardo, al pari del regolamento n.*

² R. SICURELLA, *La tutela «mediata» degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali, tra diritto comunitario e diritto dell'Unione Europea*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano 2007, 327-328. Si era di contro rilevato che l'art. 280 TCE avrebbe potuto costituire il fondamento per un intervento diretto in materia penale con una interpretazione che veniva però criticata dalla maggioranza dei commentatori; per una rapida sintesi di tale dibattito v. G. GRASSO, *Introduzione. Diritto penale e integrazione europea*, in *Lezioni*, cit. p. 76 ss.

³ Cfr. per tutti, L. EUSEBI, *Nemmeno la C.G.U.E dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in C. PAONESSA, L. ZILLETTI (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, Pisa 2016, 97. *Contra* L. PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco. Dalla «virtuosa indignazione» al rilancio del diritto penale europeo*, in www.penalecontemporaneo.it, 24.10.2016, 3.

⁴ C.G.U.E, 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Fransson*, §26.

2988/95 e della convenzione PIF, disposizioni sufficientemente concrete che consentirebbero un'applicazione diretta nei confronti del singolo»⁵.

Basta del resto confrontare le previsioni dell'art. 325 TFUE con quelle di altre disposizioni dei trattati originari, che sono state ritenute suscettibili di modificare automaticamente le disposizioni penali interne, per avere conferma delle conclusioni sin qui rassegnate⁶.

Si possono ricordare a questo proposito le disposizioni dell'art. 194 del Trattato Euratom che dopo aver posto un obbligo di segreto per taluni soggetti prevede (§1 comma 2) «ogni Stato membro considera tutte le violazioni di tale obbligo come un attentato ai suoi segreti protetti che, sia per il merito che per la competenza, sono soggetti alla legislazione applicabile in materia di attentato alla sicurezza dello Stato ovvero di divulgazione del segreto professionale. Esso procede contro ogni autore di una violazione del genere sottoposto alla sua giurisdizione su istanza di qualsiasi Stato membro interessato o della Commissione».

Dalla formulazione della norma emerge il carattere *self-executing* della medesima; essa non si limita a formulare un obbligo per gli Stati membri di sanzionare penalmente taluni comportamenti, ma è destinata a conseguire un immediato effetto estensivo di alcune incriminazioni nazionali: i segreti protetti dalle disposizioni della Comunità europea per l'energia atomica o di uno degli Stati membri conseguono così in ciascuno degli altri Stati una tutela penale identica a quella accordata ai segreti protetti dalla legislazione nazionale concernente la sicurezza dello Stato o la tutela del segreto professionale⁷.

In secondo luogo la dottrina ha correttamente rilevato come il riconoscimento di effetti diretti in questo caso stravolge la tradizionale costruzione dell'effetto diretto che «nasce e si consolida quale strumento al tempo stesso di empowerment degli individui, che possono far valere direttamente i diritti loro conferiti dalle norme europee, e di enforcement di queste ultime, dinanzi ai giudici nazionali, grazie all'azione dei primi»⁸.

In questa prospettiva la C.G.U.E ha stabilito per esempio che una direttiva non attuata (o attuata in modo inesatto o incompleto) non può avere l'effetto di fondare, aggravare o estendere la responsabilità penale dell'individuo⁹.

⁵ Così le conclusioni dell'Avvocato Generale J. Kokott nella causa Taricco, presentate il 30.04.2015, § 122.

⁶ Per un'ampia rassegna di tali ipotesi cfr. G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano 1989, 129 ss.

⁷ G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., 139.

⁸ Così A. CIAMPI, *L'effetto diretto «invertito» dell'art. 325 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*, in C. PAONESSA, L. ZILLETTI (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, cit., 24; v. anche R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori*, in www.penalecontemporaneo.it, 4.07.2016, 1 ss.

⁹ Così ad esempio C.G.U.E, 11 giugno 1987, C-14/86, *Pretore di Salò c. X*, in *Raccolta*, 1987, p. 2545, § 20; C.G.U.E, 8 ottobre 1987, C- 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, in *Raccolta*, 1987, p. 3969, § 13. Nella giurisprudenza italiana, tale principio è stato accolto, in materia di rifiuti, già da Cass., 26 giugno 1997, *Aprà*, in *Cass. penale*, 1999, p. 269, che in un caso in cui si verteva del carattere esemplificativo o tassativo dell'elenco dei rifiuti pericolosi di cui all'allegato D al decreto Ronchi, ha affermato che per il principio di legalità non è consentita un'interpretazione estensiva delle norme basata sulle esigenze di

Una tale conclusione non è stata mai affermata con chiarezza con riguardo alle previsioni dei trattati, ma è chiaro che un effetto diretto in *malam partem* costituisce comunque una innovazione difficilmente accettabile.

2.2 Il secondo profilo da segnalare è che la C.G.U.E si premura di precisare (con una affermazione che non trova poi riscontro nel dispositivo e che costituirà il fondamento del successivo *révirement* di cui alla sentenza MAS): «*occorre aggiungere che se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati. Questi ultimi, infatti, potrebbero vedersi infliggere sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggiti in caso di applicazione delle suddette disposizioni di diritto nazionale*». (§ 53)

È vero che la Corte esamina direttamente i profili relativi ad un possibile contrasto della regola Taricco con l'art. 49 della Carta dei Diritti fondamentali, contrasto che viene escluso proprio perché si adotta una concezione restrittiva dei contenuti della legalità che non comprende i profili relativi al regime della punibilità.

In ogni caso però la Corte precisa che queste conclusioni sono formulate «*con riserva di verifica da parte del giudice nazionale*» (§ 55).

Secondo la Corte, quindi, in ogni caso il rispetto dei diritti fondamentali deve comunque prevalere sul rispetto della stessa *primauté* del diritto europeo.

Si tratta di un principio che viene posto giustamente in rilievo dalla C. cost. nella sua successiva pronuncia.

2.3. Le conclusioni della Corte europea comunque suscitano perplessità perché la Corte non si chiede quali conseguenze debbano trarsi dalla circostanza che nel diritto italiano la disciplina della prescrizione rientra nel diritto penale sostanziale, cui di conseguenza si applica il principio di legalità, anche alla luce dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali.

Inoltre la Corte non si chiede se comunque il rispetto del principio della certezza del diritto e della *rule of law* avrebbe imposto in ogni caso una predeterminazione del regime legale della prescrizione (anche se a tale istituto si volesse dare una connotazione processuale¹⁰).

Proprio la C.G.U.E aveva stabilito nella sentenza Chemiefarma (§19) che «*onde adempiere la sua funzione di garantire la certezza del diritto, il termine di prescrizione deve essere stabilito in precedenza*»¹¹.

In effetti quarant'anni dopo il valore della certezza del diritto non è meno significativo.

tutela della salute e dell'ambiente né può invocarsi la diretta applicabilità delle direttive comunitarie che non possono comportare effetti in *malam partem* nei confronti dei singoli.

¹⁰ Cfr. R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L'actio finium regundorum della Consulta nell'ordinanza Taricco tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, in www.penalecontemporaneo.it, 19.04.2017, 20; v. anche le interessanti considerazioni di T. E. EPIDENDIO, *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la "crisi" del diritto penale tra le corti*, in www.penalecontemporaneo.it, 28.09.2017, 8-9.

¹¹ C.G.U.E, 15.07.1970, causa 41-69 ACF, *Chemiefarma N.V.*, § 19.

3. La sentenza Taricco ha suscitato immediatamente una serie di commenti in maggioranza critici nella dottrina italiana¹².

Se ne è posto in luce il possibile contrasto con il principio di legalità (nei suoi corollari della riserva di legge, irretroattività e determinatezza della fattispecie)¹³, oltre che con il ruolo che la Costituzione affida al giudice che, secondo le prescrizioni della sentenza Taricco, sarebbe chiamato a valutare l'impatto politico criminale della disciplina della interruzione della prescrizione sulla efficacia della disciplina complessiva di protezione degli interessi finanziari¹⁴. I difensori della sentenza sottolineavano come, nonostante il diverso avviso più volte espresso dalla C. cost., la disciplina della prescrizione è estranea al contenuto tipico del principio di legalità, che si riferisce esclusivamente alla previsione di un fatto con reato e alla predeterminazione delle sanzioni¹⁵; di conseguenza l'applicazione della regola Taricco non potrebbe contrastare con il principio di legalità.

La giurisprudenza nazionale ha dato immediata applicazione ai principi posti dalla Taricco con interpretazioni differenziate.

Una prima sentenza (fortemente discutibile) ha disapplicato il termine massimo di prescrizione (a seguito di un atto interruttivo), rifiutando di riconoscere l'estinzione del reato per prescrizione, nonostante che il termine di prescrizione fosse già superato in precedenza¹⁶.

Diversa l'impostazione di una successiva sentenza della Quarta Sezione della Corte regolatrice nella quale si legge che «*sarebbe inaccettabile, anche sotto il profilo giuridico, che la prescrizione del reato (che risulta a sua volta decorsa, come si è detto, già prima della sentenza impugnata, in base alla legislazione nazionale e al diritto vivente) possa oggi essere vanificata per effetto di un'interpretazione sopravvenuta dell'art. 325 del TFUE, come quella offerta dalla sentenza Taricco*»¹⁷.

La Corte d'appello e la Corte di Cassazione hanno invece sollevato delle questioni di legittimità costituzionale della legge di ratifica del Trattato di Lisbona proprio in relazione al rispetto dei «controlimiti» alle limitazioni di sovranità¹⁸.

La Corte d'appello prospetta una serie di questioni che riguardano fondamentalmente il principio di legalità.

¹² Cfr. per tutti, A. CIAMPI, *L'effetto diretto*, cit., 17 ss.; L. EUSEBI, *Nemmeno*, cit., 93 ss.; V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6.05.2015, 11 ss.; V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen, Taricco versus controlimiti*, in C. PAONESSA, L. ZILLETTI (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, cit., 33 ss.

¹³ Cfr. per tutti, V. MANES, *La "svolta" Taricco*, cit., 21 ss.

¹⁴ Così L. EUSEBI, *Nemmeno*, cit., 96; V. MANES, *La svolta*, cit., 15 ss.

¹⁵ Così F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di Iva?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14.09.2015, 9; L. PICOTTI, *Riflessioni*, cit., 13 ss..

¹⁶ Cass., Sez. III, 17.09.2015, dep. 20.01.2016, n. 2210.

¹⁷ Cass. Sez. IV, 25.01.2016, n. 7914.

¹⁸ Cfr., rispettivamente, Appello Milano, Sez., II, 18 settembre 2015; e Cass., Sez. III, 30.03.2016, n. 28346.

La Corte di Cassazione considera una più vasta gamma di parametri di costituzionalità facendo riferimento agli artt. 3, 11, 25 comma 2°, 27 co. 3, 101 co. 2 della Costituzione.

La C. cost. con l'ordinanza 24/2017, pur ribadendo l'inquadramento dell'istituto della prescrizione nell'ambito del diritto penale sostanziale, con conseguente inevitabile applicazione del principio di legalità, e pur sottolineando il valore assolutamente fondamentale di tale principio, manifesta a più riprese la propria apertura al dialogo.

La manifesta anzitutto nel richiamo all'art. 11 della nostra Costituzione che costituisce il fondamento del «*primato del diritto dell'Unione*», anche se l'adesione ad un ordinamento sovranazionale – consentito da tale previsione costituzionale – non può essere uno strumento per lo scardinamento del sistema costituzionale o per la «*alienazione della sua identità*¹⁹ ; per questo «*l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona umana è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia*»²⁰.

La manifesta soprattutto con la prospettazione di una questione pregiudiziale alla C.G.U.E, tale da consentire alla stessa di chiarire (o «ridefinire») la propria posizione, raccogliendo i suggerimenti che a questo riguardo erano stati formulati. Qualche anno fa era stato rilevato che «*la pregiudiziale comunitaria potrebbe costituire un fondamentale strumento di “dialogo” per segnalare alla C.G.U.E le esigenze irrinunciabili del nostro sistema costituzionale, rimettendo a tale organo il compito di garantire in linea generale il rispetto di tali esigenze e ferma restando la possibilità della C. cost., laddove la protezione offerta della C.G.U.E appaia manifestamente insufficiente, di attivare il proprio sindacato sui “contro limiti”*»²¹.

L'apertura al dialogo della C. cost. viene espressa anche considerando e valorizzando quei corollari del principio di legalità che più corrispondono alla concezione della legalità europea.

La Corte manifesta infine il suo atteggiamento di apertura richiamando quelle norme che possono fungere da «ponte» tra ordinamento costituzionale nazionale e ordinamento europeo (si fa riferimento all'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali e all'art. 4 § 2 TUE).

La C. cost. ribadisce che «*nell'ordinamento giuridico italiano il regime legale della prescrizione è soggetto al principio di legalità in materia penale*» e il fondamento di questa scelta è che «*si tratta ...di un istituto che incide sulla punibilità della persona*».

La Corte a questo riguardo nota che: «*Pare utile osservare che su questo aspetto, che non riguarda direttamente né le competenze dell'Unione, né norme dell'Unione, non*

¹⁹ L'incisiva espressione è utilizzata dal *Bundesverfassungsgericht*, 22 ottobre 2016 (*Solange II*), in *Europarecht*, 1987, 51 ss., con osservazioni di IPSEN, *Das Bundesverfassungsgericht löst die Grundrechts-Problematik*, *ivi*, 1 ss. (pubblicato anche in *Rev. Trim. droit eur.* 1987, 537, con osservazioni di V. COSTANTINESCO, *Cour Constitutionnelle allemande, droit fondamentaux et droit communautaire: une musique nouvelle sur un air ancien*, *ivi*, 545 ss).

²⁰ Coste costituzionale, 23.11.2017, n. 24, § 2.

²¹ Così F. DONATI, *C. cost.*, «controlimiti» e rinvio pregiudiziale ex art. 234 Trattato CE, in AA. VV., *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del Seminario svoltosi in Roma: Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano 2007, 256.

sussiste alcuna esigenza di uniformità nell'ambito giuridico europeo. Ciascuno Stato membro è perciò libero di attribuire alla prescrizione dei reati natura di istituto sostanziale o processuale, in conformità alla sua tradizione costituzionale»²².

L'affermazione sembra corretta con riguardo al riferimento alla natura processuale o sostanziale della regolamentazione della prescrizione; non lo sarebbe se essa indicasse una estraneità della disciplina della prescrizione alle competenze dell'Unione; una regolamentazione della disciplina della prescrizione con riguardo ai settori attratti nella competenza indiretta dell'Unione Europea (ai sensi dell'art. 83 e 325 TFUE) è sicuramente possibile ed è stata sperimentata sia pure con norme di ridotto impatto nella direttiva PIF²³.

Sulla base quindi della premessa che il principio di legalità abbraccia anche il regime della prescrizione, la Corte si chiede se la "regola Taricco" si ponga in contrasto con tale principio.

La Corte conduce la sua indagine esaminando soprattutto il corollario della determinatezza (e non soffermandosi su quello della riserva di legge, che avrebbe presentato maggiori profili di criticità).

Il profilo della determinatezza viene dalla Corte valorizzato in una duplice direzione, rilevando che tale principio tende a garantire che la persona possa prevedere le conseguenze della propria azione (dimensione soggettiva del principio della determinatezza); il principio tende inoltre ad «*impedire l'arbitrio applicativo del giudice*»²⁴; si tratterebbe, come è stato esattamente notato, di un «*principio ordinamentale ispirato alla logica della separazione di poteri legislativo e giudiziario*»²⁵.

Sotto il primo profilo la Corte rileva che certamente il soggetto non avrebbe mai potuto prevedere che il diritto dell'Unione (e segnatamente l'art. 325 TFUE) avrebbe imposto al giudice nazionale di disapplicare la norma nazionale in tema di interruzione della prescrizione²⁶.

Sotto il secondo profilo la C. cost. rileva che la regola Taricco affida al giudice una valutazione discrezionale basata su scelte di politica criminale: «*non vi è modo di*

²² C. cost., 23.11.2017, n. 24, §4.

²³ Cfr. F. GIUFFRIDA, *The protection of the Union's financial interests after Lisbon*, in R. SICURELLA, V. MITSILEGAS, R. PARIZOT E A. LUCIFORA (a cura di), *General principles for a common Criminal Law framework in the EU*, Milano 2017, 265 ss.. La questione dell'opportunità di un intervento di armonizzazione in materia di prescrizione era stata oggetto di un interessante dibattito, nel corso dei lavori di elaborazione della regolamentazione sul Procuratore europeo; cfr. F. VIGANÒ, *Verso una 'Parte generale europea'?*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA E S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura Europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano 2013, 131-132; G. GRASSO, *Relazione di sintesi*, ivi, 731.

²⁴ C. cost., 23.11.2017, cit., §5.

²⁵ F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della C. cost. nel caso Taricco*, in www.penalecontemporaneo.it, 27.03.2017, 8.

²⁶ F. VIGANÒ, *Le parole*, cit., 6 pone correttamente un diverso quesito «*altra questione è naturalmente quella di comprendere se la domanda posta dalla Corte abbia un senso, e se davvero la logica di diritto fondamentale sottesa al **nullum crimen** vincoli legislatore e giudici (comuni e costituzionali) ad assicurare al destinatario della norma penale una compiuta informazione, al momento del fatto, sulla **disciplina della prescrizione** che gli sarà applicabile una volta commesso il crimine, nonché – trattandosi qui di atti interruttivi – una volta che saranno avviati a suo carico indagini e processo*».

definire in via interpretativa con la necessaria determinatezza il requisito del numero considerevole dei casi cui è subordinato l'effetto indicato dalla C.G.UE».

Chiariti i profili di contrasto tra la regola Taricco e i corollari del principio di legalità la C. cost. si chiede se la C.G.UE abbia comunque imposto di applicare la cosiddetta regola Taricco anche quando era contrastante con «*un principio cardine dell'ordinamento italiano*».

La Corte ritiene che alla domanda debba essere data una risposta negativa, ma comunque ritiene opportuno sollevare la questione interpretativa alla C.G.UE.

Sotto questo profilo la Corte richiama i § 53 e 55 della sentenza Taricco che affidano al giudice nazionale la considerazione del rispetto dei diritti fondamentali; secondo la Corte queste considerazioni significano che la regola Taricco è applicabile «*solo se è compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro*».

La Corte a questo proposito richiama due norme del diritto europeo che costituiscono, come già rilevato un «*ponte*» tra ordinamento costituzionale nazionale e ordinamento europeo.

La Corte per un verso richiama l'art. 4 § 2 e la necessità del rispetto della «*identità costituzionale*» degli Stati membri «*insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale*».

Secondo la Corte per altro tale principio viene visto nel quadro del più generale principio di leale cooperazione «*che implica reciproco rispetto ed assistenza*».

Da tale principio deriva che «*la legittimazione (art. 11 della Costituzione italiana) e la forza stessa dell'unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 TUE) nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2 del TUE).*»²⁷.

Ora se si tiene conto che una parte della dottrina ha visto nell'art. 4, § 2 TUE una sorta di vera e propria europeizzazione dei controlimiti si capisce come la formulazione usata dalla Corte sia estremamente moderata ed aperta²⁸.

Come è stato correttamente rilevato «*Secondo l'interpretazione proposta dalla C. cost., quindi, il primato del diritto UE dovrebbe cedere il passo non già in forza di un'astratta prevalenza dell'identità costituzionale sulle norme europee, ma in ragione di un limite intrinseco allo stesso ordinamento dell'Unione, consistente nel rispetto delle tradizioni costituzionali, nazionali ed europee, su cui tale ordinamento di regge*»²⁹.

Tale passaggio argomentativo della C. cost. è stato interpretato da diversi autori come una spia dell'apertura dei giudici della consulta³⁰.

Più importante ancora, per la incidenza sulla soluzione della vicenda è il richiamo all'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali che com'è noto afferma che «*nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa e*

²⁷ C. cost., 23.11. 2017, cit., § 6.

²⁸ A. MARTUFI, *La minaccia dei controlimiti e la promessa del dialogo: note all'ordinanza n. 24 del 2017 della C. cost.*, in www.penalecontemporaneo.it, 11.05. 2017, 8 ss..

²⁹ Così A. MARTUFI, *La minaccia dei controlimiti.*, cit., 9; v. anche R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio*, cit., 8.

³⁰ Cfr. A. MARTUFI, *La minaccia dei controlimiti*, cit., 9-10.

lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti...dalla Costituzione degli Stati membri».

Ora non vi è dubbio che l'estensione del principio di legalità al regime della prescrizione costituisce «un livello di protezione più elevato di quello concesso agli imputati dall'art. 49 della Carta di Nizza e dall'art. 7 della Cedu»³¹.

Un tale livello più elevato di tutela, di conseguenza, deve essere garantito anche a livello europeo.

Opportunamente la C. cost. richiama la sentenza Omega³² e sottolinea un sottile distinguo con la sentenza Melloni (in cui la C.G.U.E aveva escluso la possibilità di applicare l'art. 53 della Carta), rilevando che nel caso Melloni una diversa soluzione «avrebbe inciso direttamente sulla portata della decisione quadro n. 2009/299 GAI» provocando così «la rottura dell'unità del diritto dell'Unione».

In effetti il distinguo tra la vicenda Taricco e la vicenda Melloni ha un sicuro fondamento, ma per argomentazioni che vanno oltre quella indicata dalla C. cost.³³.

Un'ultima notazione della C. cost. sembra in effetti di particolare rilievo; la Corte nota che anche se si attribuisse alla prescrizione natura processuale la sua applicazione dovrebbe comunque dipendere da «disposizioni legali sufficientemente determinate».

La Corte aggiunge in proposito «In questo principio si coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di civil law. Essi non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano l'idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire».

Si tratta di considerazioni che consacrano il valore della certezza del diritto nel sistema penale (in senso lato, cioè comprensivo dei profili processuali) e che difficilmente possono essere ignorate³⁴.

Sulla base di tale complesso di considerazioni la Corte formula un triplice quesito alla C.G.U.E:

- se la regola Taricco, che impone di non applicare la disciplina nazionale in tema di interruzione della prescrizione, debba essere utilizzata dal giudice nazionale «anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata».

- se la regola Taricco debba essere utilizzata dal giudice nazionale «anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetto al principio di legalità».

- se la regola Taricco debba essere utilizzata «anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato

³¹ Così C. cost., 23.11.2017, § 8.

³² C.G.U.E, 14.10.2004, *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs GmbH contro Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*.

³³ Cfr. *infra* §8.

³⁴ Cfr. R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio*, cit., 20; v. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Bobek nella causa *Scialdone*, presentate il 13.07.2017, § 162.

membro e con i diritti inalienabili della persona umana riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro».

4. La C.G.U.E sollecitata dalla C. cost., nonostante la chiusura manifestata nelle sue conclusioni dall'avvocato Generale Bot, procede ad una rivisitazione delle proprie precedenti posizioni.

La dimensione del *révirement* della C.G.U.E si coglie già nel dispositivo che si arricchisce di un riferimento al principio di legalità che mancava del tutto nella sentenza Taricco; si coglie inoltre nella valorizzazione delle caratteristiche della disciplina italiana della prescrizione, assente anch'essa nella prima decisione.

La C.G.U.E sottolinea il valore del procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'art. 267 TFUE che *«instaura un dialogo da giudice a giudice tra la Corte e i giudici degli Stati membri il quale mira a assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione nonché la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto»*(§22).

Di fronte ai quesiti sollevati dalla C. cost., la C.G.U.E sente il bisogno di sottolineare che tali quesiti *«non erano stati portati a conoscenza della Corte nella causa all'origine della sentenza Taricco»*(§28) con una *excusatio non petita*; in realtà è stata proprio la Corte a porre il problema dell'applicazione dell'art. 325 TFUE (norma alla quale sorprendentemente (come si è detto) la Corte riconosce una *«diretta efficacia»* e che non era stata chiamata in causa dal giudice remittente.

Nella prima parte della sua motivazione (§29 -40) la Corte ribadisce le conclusioni alle quali era pervenuta la sentenza Taricco, in particolare la *diretta efficacia* dell'art. 325 TFUE e il conseguente obbligo che ne deriva per il giudice nazionale di disapplicazione.

A questo punto la Corte sviluppa un ragionamento completamente diverso da quello delineato nella precedente sentenza.

In primo luogo sottolinea come spetti (sia pure «in prima battuta») al legislatore nazionale di adempiere agli obblighi che derivano dall'art. 325 TFUE; si tratta di un arricchimento fondamentale perché l'obbligo *de quo* si rivolge, come si è già spiegato, essenzialmente agli organi legislativi degli Stati membri.

La Corte arriva così (§44 e ss) al punto centrale della sentenza, sottolineando come al tempo dei fatti di cui al procedimento penale *«il regime della prescrizione applicabile in materia di Iva non era stato oggetto di armonizzazione da parte del legislatore dell'Unione»*(armonizzazione verificatasi, sia pure in modo parziale, solo con la successiva direttiva PIF).

La conseguenza è allora che *«la Repubblica italiana era quindi libera, a tale data, di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico, detto regime ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati e alla determinazione delle pene, nel diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto, con queste ultime norme, al principio di legalità dei reati e delle pene»*(§45).

A prescindere dal significato da attribuire al riferimento qui contenuto alla successiva direttiva di armonizzazione (su cui si ritornerà più avanti³⁵, questa

³⁵ Cfr. *infra* § 8.2.

affermazione consente alla Corte di concludere che l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali – e segnatamente il principio di legalità – consacrato nella sentenza Taricco (§53 e 55) si riferisce nell'ordinamento italiano anche al regime della prescrizione.

A questo proposito la Corte ricorda, ribadendo senza però menzionarlo l'art. 53 della Carta, che «*resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità o l'effettività del diritto dell'Unione*». (§47)

In ogni caso bisogna sottolineare come la C.G.U.E evidenzi la fondamentale valenza nell'ordinamento europeo del principio di legalità di cui la Corte valorizza i tre corollari della prevedibilità, della determinatezza e della irretroattività.

Non solo, la Corte riconduce il fondamento giuridico del principio di legalità nell'ordinamento europeo non solo dell'art. 49 della Carta, ma anche alle tradizioni costituzionali agli Stati membri e a vari trattati internazionali (tra cui, in particolare, l'art. 7 della CEDU).

La conseguenza è allora che nel dare attuazione alla regola Taricco il giudice italiano deve assicurarsi del rispetto dei principi di legalità in tutti i suoi corollari; di conseguenza egli non dovrebbe dare applicazione a tale regola se essa conducesse ad una incertezza sul regime di prescrizione applicabile (contrastante con il principio di determinatezza) ovvero se la Sua applicazione confliggesse con il principio di irretroattività perché alcune persone «*potrebbero essere retroattivamente assoggettate ad un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato*».

Sulla base di tale premessa la Corte arricchisce la conclusione della sentenza Taricco prevedendo che la disapplicazione imposta da tale sentenza, non operi se «*una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato*» (§ 62)

Come meglio si dirà in proseguo la chiave di volta del *révirement* della C.G.U.E è costituita dal riconoscimento che il regime della prescrizione rientra nel diritto penale sostanziale con conseguente applicazione del principio di legalità; ci si trova davanti ad un più elevato livello di tutela del principio di legalità che trova riconoscimento anche nell'ordinamento europeo in virtù del principio di cui all'art. 53 della Carta; sul punto si ritornerà più avanti cercando di evidenziare il *distinguishing* implicito che la C.G.U.E formula rispetto alla sentenza Melloni³⁶.

5. Si è immediatamente segnalato che la sentenza della C.G.U.E nella causa MAS contribuisce certamente ad appianare il potenziale contrasto con la C. cost.³⁷.

Una prima questione, di conseguenza, che la C. cost. si pone è se, sulla base della sentenza della C.G.U.E, si possa procedere ad una immediata dichiarazione di rigetto o

³⁶ Cfr. *infra* § 8.

³⁷ F. VIGANÒ, *Le parole*, cit., 1 ss.

di inammissibilità dei ricorsi perché tutti i procedimenti penali nei quali era stata sollevata la questione di legittimità si riferivano a fatti di reato anteriori alla sentenza Taricco, cui, di conseguenza, la regola Taricco non risultava applicabile.

La Corte rileva che ciò non risulta possibile perché essa avverte la necessità di valutare l'applicabilità in termini generali della regola Taricco.

Ora, la Corte, sulla base delle indicazioni fornite dalla C.G.U.E, approfondisce il contrasto tra la “regola Taricco” e il principio di determinatezza della fattispecie penale.

Richiamando importanti precedenti (ad esempio la sentenza 327 del 2008) la Corte sottolinea che *«Il principio di determinatezza ha una duplice direzione, perché non si limita a garantire, nei riguardi del giudice, la conformità alla legge dell'attività giurisdizionale mediante la produzione di regole adeguatamente definite per essere applicate, ma assicura “chiunque «una percezione sufficientemente chiara ed immediata» dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta”»*.

In questa prospettiva la Corte rileva che *«appare evidente il deficit di determinatezza che caratterizza sia l'art. 325, § 1 e 2, TFUE (per la parte da cui evince la «regola Taricco»), sia la “regola Taricco in sé”»*.

Nella sua analisi la Corte opera una distinzione tra la regola che la sentenza Taricco deriva dal §1 dell'art. 325 TFUE e quella che la sentenza ricava dal § 2 dell'art. 325 TFUE.

La prima (che si potrebbe definire *«prima regola Taricco»*) stabilisce che il giudice debba disapplicare le disposizioni sulla interruzione della prescrizione (che prevedono in particolare un termine massimo) *«che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione»*.

La seconda (che si potrebbe definire *«seconda regola Taricco»*) obbliga il giudice nazionale alla disapplicazione delle disposizioni sulla prescrizione *«che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato»*.

5.1. Approfondendo queste considerazioni la C. cost. rileva che, con riguardo alla *prima regola Taricco* (quella desunta dall'art. 325 § 1 TFUE), è la regola in sé che *«è irrimediabilmente indeterminata nella definizione del «numero considerevole di casi» in presenza dei quali può operare, perché il giudice penale non dispone di alcun criterio applicativo della legge che gli consenta di trarre da questo enunciato una regola sufficientemente definita. Né a tale giudice può essere attribuito il compito di perseguire un obiettivo di politica criminale svincolandosi dal governo della legge al quale è invece soggetto (art. 101, secondo comma, Cost.)»*.

La Corte non approfondisce ulteriormente il richiamo all'art. 101 della Costituzione, ma è evidente che qui emerge un ulteriore profilo di palese illegittimità della *prima regola Taricco*, prontamente segnalato dalla dottrina italiana³⁸.

³⁸ Cfr. per tutti, E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale*, in *DPenCont* 2016, 1, 221; V. MANES, *La svolta*, cit., 15; L. EUSEBI, *Nemmeno*, cit., 96; M. DONINI, *Lettura critica di C. La legislazione penale* ISSN: 2421-552X

Il giudice in effetti viene chiamato ad un compito che è estraneo al suo «orizzonte conoscitivo» che è limitato dal vigente sistema processuale ai fatti di causa; il giudice non può conoscere gli effetti che la norma da applicare ha in altri processi estranei alla sua cognizione³⁹.

Ha rilevato inoltre Ernesto Lupo che «l'applicazione della sua disciplina non può essere affidata a scelte giudiziarie sostanzialmente libere perché non aventi parametri determinati dalla legge»⁴⁰.

Si tratta in effetti di un accertamento che, oltre ad essere estraneo alle competenze del giudice ordinario, risulta indeterminato sia nei parametri di valutazione (quali siano i criteri che il giudice deve applicare), sia nel risultato della valutazione (quando si possa dire che il requisito *de quo* è rispettato).

Risulta evidente quindi il contrasto sia con l'art. 25 della Costituzione (con riferimento al corollario della determinatezza) sia con l'art. 101 (per l'incompatibilità di tale accertamento con il ruolo assegnato al giudice nel nostro sistema).

Non mi sembra corretta invece la critica formulata secondo la quale in questo caso si chieda al giudice «una valutazione avente natura politico – criminale»⁴¹; si tratta non tanto di valutare l'impatto politico criminale della disciplina, ma di formulare un giudizio di tipo statistico sulla incidenza della prescrizione sulla efficacia della repressione (con una valutazione per un verso indeterminata e, per altro verso, come si è detto, estranea al ruolo del singolo giudice).

La Corte rileva inoltre che in questo caso è altresì indeterminato l'art. 325 «per quel che qui interessa perché il suo testo non permette alla persona di prospettarsi la vigenza della “regola Taricco”».

Aggiunge ancora la Corte «È persino intuitivo (anche alla luce della sorpresa manifestata dalla comunità dei giuristi nel vasto dibattito dottrinale seguito alla sentenza Taricco, pur nelle sfumature delle diverse posizioni) che la persona, prendendo contezza dell'art. 325 TFUE, non potesse (e neppure possa oggi in base a quel solo testo) immaginare che da esso sarebbe stata estrapolata la regola che impone di disapplicare un particolare aspetto del regime legale della prescrizione, in presenza di condizioni del tutto peculiari».

5.2. Di grande significato le considerazioni che la Corte pone per la seconda regola Taricco.

La Corte sembra dire che eguali debbono essere le conclusioni con riguardo alla seconda regola Taricco⁴².

cost. n. 115/2008. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla Regola Taricco, in www.penalecontemporaneo.it, 11.07.2018, 17.

³⁹ La sentenza Cass., Sez. II, 25.01.2016, n. 7914, sottolinea la «intrinseca complessità del compito interpretativo così affidato al giudice nazionale, chiamato in sostanza a una valutazione d'impatto delle disposizioni di riferimento che esula dal caso concreto a lui affidato».

⁴⁰ E. LUPO, *La primauté*, cit., 221.

⁴¹ L. EUSEBI, *Nemmeno*, cit., 96.

⁴² In effetti la C.G.U.E nella sentenza *Mas* pone il problema di determinatezza della regola Taricco solo con riguardo alla prima regola e non alla seconda. È chiaro però, alla luce delle considerazioni che si svolgeranno nel prosieguo, che la scelta della C. cost. sotto questo profilo si rivela particolarmente

La Corte in verità non prende posizione con la stessa nettezza in ordine alla indeterminatezza della regola, pur tenendo fermi i profili relativi alla mancanza di una base legale certa e determinata nell'art. 325, § 2.

Rileva in effetti la Corte che *«In quest'ultimo caso, anche se il principio di assimilazione non desse luogo sostanzialmente a un procedimento analogico in malam partem e potesse permettere al giudice penale di compiere un'attività priva di inaccettabili margini di indeterminatezza, essa, comunque sia, non troverebbe una base legale sufficientemente determinata nell'art. 325 TFUE, dal quale una persona non avrebbe potuto, né oggi potrebbe, desumere autonomamente i contorni della “regola Taricco”»*.

Da questo complesso di argomentazioni la Corte trae la conclusione che *«Indipendentemente dalla collocazione dei fatti, prima o dopo l'8 settembre 2015, il giudice comune non può applicare loro la “regola Taricco”, perché essa è in contrasto con il principio di determinatezza in materia penale, consacrato dall'art. 25, secondo comma, Cost.»*.

6. Questa affermazione deve essere sottoposta ad una revisione critica.

Essa è certo valida con riguardo alla *prima regola Taricco* che è irrimediabilmente indeterminata e la cui formulazione contrasta con i poteri che l'ordinamento costituzionale attribuisce al giudice. Sia per i fatti anteriori sia per quelli successivi l'applicazione deve essere esclusa.

Più complesse sono invece le questioni che riguardano la *seconda regola Taricco* su cui la Corte non prende posizione in modo deciso.

In effetti è evidente che se si ritenesse indeterminata la *seconda regola Taricco* le conclusioni dovrebbero essere identiche a quelle relative alla prima regola.

Sotto questo profilo non vi è dubbio che il compito che essa affida al giudice non è né semplice né tanto meno automatico. Come ha rilevato l'avvocato Generale Bobek nella causa Scialdone: *«Occorre valutare quali possano essere le violazioni del diritto nazionale simili per natura ed importanza e quale altro contesto normativo nazionale possa fungere da punto di riferimento nel caso di specie»*⁴³.

Si tratta di un dato che non è stato considerato in quei commenti alla sentenza Taricco che ritenevano la *seconda regola Taricco* di immediata e semplice applicazione⁴⁴.

In effetti la determinazione delle violazioni del diritto nazionale che siano comparabili non costituisce affatto un compito semplice.

Per esempio a me sembra che il paragone frequentemente formulato tra violazioni in materia di Iva (e l'associazione volta alla realizzazione di tali violazioni) e le violazioni in materia di contrabbando di tabacchi (e la relativa associazione) non sia appropriato.

appropriata.

⁴³ Così le conclusioni dell'Avvocato generale Bobek nella causa Scialdone, presentate il 13.07.2017, §93.

⁴⁴ Cfr., per esempio, E. LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis, risolto i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *DPenCont* 2017, 12, 105 ss.

La comparazione deve essere fatta invece tra le violazioni in materia di imposte dirette e quelle in materia di Iva (equiparate nella disciplina del decreto legislativo 74/2000). Sotto questo profilo non vi è dubbio che esista una perfetta equivalenza di disciplina con riguardo alla materia della prescrizione e della sua interruzione che consente di affermare che la regola della equivalenza è assolutamente rispettata.

Suggestive appaiono inoltre la considerazione del governo austriaco nella causa Scialdone: «l'IVA costituisce un'entrata sia per gli Stati membri sia per l'Unione. Pertanto, gli interessi finanziari dell'Unione sotto forma di entrate IVA sono sempre protetti allo stesso modo degli interessi finanziari nazionali»⁴⁵.

In questa prospettiva si dovrebbe rilevare che per le violazioni in materia di IVA non può esistere mai una lesione del principio di assimilazione.

Ove si superi comunque la questione relativa alla determinatezza della seconda regola Taricco e alla sua applicazione in concreto, sarebbe necessario esaminare la questione relativa alla prevedibilità di tale regola descritta dall'art. 325, §2.

La questione evidentemente presenta dei profili di rilievo generali (validi, cioè al di là del caso concreto relativo alla materia in esame).

Sotto questo profilo mi pare si debba rilevare che la regola dell'art. 325, § 2, se pur parzialmente imprecisa e quindi imprevedibile in origine, perde questo suo alone di genericità - messo in luce opportunamente dall'avvocato Generale Bobek - grazie all'intervento della C.G.U.E nella sentenza Taricco (e anche nella sentenza MAS).

Come è stato correttamente rilevato da Viganò «un problema di prevedibilità della disciplina applicabile, e di una sua possibile applicazione retroattiva in malam partem, non sussiste per tutti coloro che abbiano commesso il fatto dopo la sentenza, e che sono stati pertanto sufficientemente informati - se non altro - della possibilità di una disapplicazione del termine massimo sancito dagli artt. 160 e 161 c.p., in esecuzione degli obblighi discendenti dal diritto dell'Unione.»⁴⁶.

Se quindi si dovesse ritenere che la seconda regola Taricco non è in sé indeterminata si dovrebbe porre il problema di una sua applicazione ai fatti commessi dopo l'8 settembre 2015.

6.1 Una tale modifica del regime dell'interruzione della prescrizione e dei suoi termini massimi sulla base dell'applicazione della seconda regola Taricco porrebbe due ordini di problemi.

In primo luogo con rispetto al principio della riserva di legge perché si potrebbe rilevare che la modifica del regime della prescrizione (che rientra, come si è detto, nel diritto penale sostanziale) è determinata da un intervento giurisprudenziale.

In secondo luogo perché dalla disapplicazione per effetto del contrasto con una norma di diritto dell'Unione Europea deriverebbe un effetto *in malam partem*.

Sotto il primo profilo si potrebbe pensare che in questo caso ci si trovi di fronte ad un diritto penale di origine giurisprudenziale, che sostituisce, come è stato felicemente detto ad una «riserva di legge» «una riserva di diritto»⁴⁷.

⁴⁵ Ne riferisce l'avvocato generale Bobek nelle sue conclusioni presentate il 13.07.2017, § 95.

⁴⁶ F. VIGANÒ, *Legalità*, cit., 1289.

⁴⁷ G. RICCARDI, "Patti chiari, amicizia lunga". *La C. cost. tenta il 'dialogo' nel caso Taricco, esibendo*

Si tratta in effetti di una conclusione troppo drastica.

Come ho avuto modo di segnalare molti anni fa il valore delle statuizioni interpretative formulate dalla C.G.U.E risulta funzione del valore degli atti normativi (o principi ai quali si collegano)⁴⁸. La stessa C.G.U.E ha avuto modo di precisare, valutando le conseguenze che i giudici nazionali debbono trarre dalle sentenze pronunciate nei giudizi d'inottemperanza, ma con un'argomentazione che risulta di portata più generale, che «*i diritti dei singoli non scaturiscono dalle sentenze, ma dalle stesse norme del diritto comunitario che hanno efficacia diretta nell'ordinamento giuridico interno*»⁴⁹.

Se quindi la norma che viene interpretata è una norma – come l'art. 325 TFUE – che, per effetto della legge di ratifica ed esecuzione, nel nostro ordinamento ha forza e valore di legge la questione non si pone; vi è semmai un problema di determinatezza (al quale fa riferimento la C. cost.), ma che, come si è detto, non varrebbe per il futuro.

In termini generali queste ultime considerazioni non varrebbero se ad essere interpretate dalla C.G.U.E fossero delle norme di fonte europea.

In questo caso però non basterebbe questo dato per escludere la rilevanza di un tale intervento della C.G.U.E.

Ho avuto modo di segnalare che l'art. 11 della Costituzione non individua un nucleo di principi che vengono sottratti alle limitazioni di sovranità ma identifica un insieme di principi che devono necessariamente riflettersi nella struttura dell'organizzazione internazionale, affinché siano costituzionalmente legittimi il conferimento all'istituzione sovranazionale di poteri normativi, amministrativi e giurisprudenziali con diretta efficacia nell'ordinamento italiano e, correlativamente, la limitazione dei corrispondenti poteri dello Stato⁵⁰.

In materia penale ciò implica la necessità che quell'insieme di limiti e di 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 necessariamente riflettersi nella struttura costituzionale dell'organizzazione sovranazionale alla quale sia conferita una potestà penale⁵¹.

Il rispetto del principio di legalità non esclude una competenza penale delle istituzioni europee, ma esige che esso sia – nella sostanza – rispettato nell'ordinamento sovranazionale.

La questione si collega così – mi sembra – a quella ben nota del c.d. deficit democratico delle istituzioni europee.

l'arma dei controlimiti, in www.penalecontemporaneo.it, 27.03.2017, 14.

⁴⁸ G. GRASSO, *Comunità europee*, cit., 341-342.

⁴⁹ Così Corte di Giustizia, 14.12.1982, in cause riunite 314-316/81 (*Procuratore della Repubblica c/ Waterkeyn*), in *Raccolta*, 1982, p. 4361 (pubblicata anche in *Rec. Dalloz*, 1983, p. 425 ss., con nota di CHEVALIER e V. COSTANTINESCO).

⁵⁰ G. GRASSO, *Comunità europee*, cit., 68.

⁵¹ G. GRASSO, *Comunità europee*, cit., 77 ss.; ID, *Relazione di sintesi*, 733-734.

In relazione alla questione qui esaminata si tratta di valutare se l'ordinamento sovranazionale rispetti il principio di legalità in una dimensione sufficiente a giustificare una competenza penale.

Ora, nell'ambito del processo legislativo ordinario il trattato di Lisbona assegna al Parlamento la funzione piena di co-legislatore.

Non solo, si è esattamente notato che le nuove previsioni assegnano una certa funzione anche ai Parlamenti nazionali nella fase iniziale del processo legislativo, in particolare in funzione di controllo del rispetto del principio di sussidiarietà (sulla base del relativo protocollo); nel settore dello spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia ai Parlamenti nazionali sono conferiti inoltre dei poteri particolari⁵².

Pur senza sopravvalutare quest'ultimo meccanismo procedurale ed anche se alcune scelte appaiono suscettibili di una valutazione critica, credo di poter osservare che, con la nuova Costituzione, l'obiezione relativa all'esistenza di un deficit democratico può essere definitivamente abbandonata⁵³.

Un intervento in materia penale non sarebbe allora di per sé incompatibile con le esigenze sottese al principio di legalità.

Il problema è che nello stato attuale della costruzione europea la competenza di cui son dotate le istituzioni europee in materia penale è una competenza «indiretta», che limita la discrezionalità del legislatore nazionale, ma richiede comunque il suo intervento⁵⁴. Ciò risulta pacifico per le previsioni dell'art. 83 TFUE ma vale in definitiva anche per l'articolo 325 TFUE, anche se per queste ultime previsioni non esiste unanimità di consensi⁵⁵.

6.2. Con riguardo alla possibilità di una disapplicazione *in malam partem* la questione si è già posta nel diritto comunitario in relazione alle vicende giudiziarie esaminate nelle sentenze Berlusconi e Niselli.⁵⁶

La questione si collegava alla possibilità che la disapplicazione della norma interna per effetto del contrasto con la disposizione comunitaria sulla base del principio di preminenza del diritto comunitario, potesse sortire effetti pregiudizievoli per il reo.

⁵² Esattamente A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *DPP* 2004, 9.

⁵³ In questo senso v. G. DE VERO, *Limiti di vincolatività in ambito penale degli obiettivi comunitari di tutela*, in G. GRASSO E R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano 2008, 291; G. GRASSO, *Relazione introduttiva*, *ivi*, 5 ss. e 20-21; R. SICURELLA, *Il Corpus Juris come modello per la definizione di un sistema penale europeo*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, cit., 739 ss.

⁵⁴ Ci permettiamo di rinviare a G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione Europea*, in AA. VV., *Studi in onore di M. Romano*, Napoli 2011, 2326 ss. Si deve però rilevare che secondo G. TESAURO, *Diritto comunitario*, in G. GRASSO – R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio*, cit., 669-670 non si tratterebbe di un atto di esercizio di una competenza penale.

⁵⁵ Per una rapida sintesi della questione v. G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona*, cit., 2347-2348.

⁵⁶ Cfr. G. GRASSO, *Introduzione*, cit., 23 ss.

Ora mentre le conclusioni desumibili dalla sentenza Berlusconi sono state assolutamente chiare ed univoche, più complesse sono le valutazioni da trarre nella sentenza Niselli.

Nel primo caso la Corte ha concluso, escludendo la possibilità che un aggravamento del trattamento sanzionatorio potesse derivare dalla mancata applicazione di una disposizione penale di favore contrastante con una direttiva non attuata o attuata in modo inesatto o incompleto dal legislatore nazionale.⁵⁷

In definitiva il principio secondo il quale una direttiva non attuata non può avere di per sé l'effetto di creare, estendere o aggravare la responsabilità penale dell'individuo dovrebbe trovare applicazione, anche quando l'effetto di aggravamento della responsabilità dell'individuo si ricolleggi alla mancata applicazione di una legge penale più favorevole adottata successivamente rispetto alla commissione dei fatti.⁵⁸

Nel caso Niselli invece veniva in considerazione la disposizione dell'art. 14 d.l. 138/2002 che aveva dettato una interpretazione autentica della definizione di rifiuto di cui al DPR 22/1997 (c.d. decreto Ronchi) che aveva recepito la direttiva comunitaria 75/442⁵⁹.

Si tratta di una disposizione che delimitava in senso restrittivo la nozione di rifiuto, pervenendo così, conseguentemente, ad una riduzione delle corrispondenti fattispecie incriminatrici che su tale nozione erano fondate.

Tale previsione, è stata però ritenuta dalla C.G.U.E contrastante con la direttiva prima citata; la Corte per altro – a differenza dell'Avvocato Generale – non prende posizione in ordine alle conseguenze da riconoscere a tale statuizione nella concreta vicenda che aveva originato la remissione alla C.G.U.E.

Ora, si potrebbe in effetti ritenere che la disapplicazione della norma di interpretazione autentica faccia rivivere la precedente e più ampia definizione di rifiuto (con conseguente estensione della relativa responsabilità penale).

In altre parole si potrebbe affermare che non si porrebbe nel caso di specie un problema di incriminazione sulla base della diretta applicazione della direttiva; si avrebbe, piuttosto, una sorta di «reviviscenza» della norma definitoria dettata dal decreto Ronchi, vigente al momento del fatto, e tuttavia successivamente modificata in senso più favorevole al reo.

In realtà, come è stato correttamente rilevato, al di là di ogni possibile *fictio iuris* o travestimento verbale in una tale prospettiva la direttiva costituirebbe la *condicio sine qua non* della estensione della responsabilità penale dell'individuo.⁶⁰

Un tale risultato appare assolutamente sicuro per i fatti successivi all'entrata in vigore della legge di favore sicché risulta facile la conclusione: la disapplicazione di essa contrasterebbe con il principio di legalità.

⁵⁷ C.G.U.E, 3.05.2005, cause riunite C-381/02, C-391/02 e C-403/02 (*Berlusconi ed altri*).

⁵⁸ Così G. GRASSO, *Introduzione*, cit., 30; G.M. VAGLIASINDI, *La definizione di rifiuto tra diritto penale ambientale e diritto comunitario*, in *RTrimDPenEc* 2005, 1056.

⁵⁹ C.G.U.E, 11.11.2004, causa C-457/02, *Niselli*, in *Foro it.*, 2004, IV, c. 588.

⁶⁰ Cfr. G.M. VAGLIASINDI, *La definizione*, cit., 1049.

Ma anche per i fatti precedenti non sembrano emergere delle differenze rispetto alla vicenda Berlusconi, nonostante un'affermazione della C.G.U.E (contenuta per altro nella parte relativa alla ricevibilità della questione).

Sul punto, la C.G.U.E, ribadisce il consolidato principio secondo il quale "... una direttiva non può certamente creare, di per sé, obblighi a carico di un singolo e non quindi essere fatta valere in quanto tale nei confronti dello stesso", e che "analogamente, una direttiva non può avere l'effetto, di per sé ed indipendentemente da una norma giuridica di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o di aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni". Essa afferma, poi, che "Tuttavia, nella fattispecie è pacifico che, all'epoca dei fatti che hanno dato luogo al procedimento penale..., tali fatti potevano se del caso, integrare gli estremi di infrazioni sanzionate penalmente. Ciò considerato, non vi è motivo di esaminare le conseguenze che potrebbero discendere dal principio della legalità delle pene per l'applicazione della direttiva 75/442".

Tale affermazione, come è stato correttamente rilevato, si presta ad una pluralità di interpretazioni.⁶¹

Essa potrebbe essere interpretata nel senso di non precludere una disapplicazione in *malam partem* della norma contrastante con la direttiva.

Essa può essere - più correttamente - interpretata nel senso che il problema dell'applicabilità retroattiva della legge penale di favore costituisce una questione di diritto nazionale, che va decisa dai rispettivi giudici di rinvio⁶².

La correttezza di questa seconda interpretazione emerge dal raffronto con le conclusioni cui è pervenuta la C.G.U.E nel caso Saetti e Frediani, nel quale la Corte ha concluso che «non spetta alla Corte interpretare o applicare il diritto nazionale al fine di determinare le conseguenze dell'intervento posteriore di norme nazionali in forza delle quali tali fatti non costituiscono più reato»⁶³.

Con questa statuizione, più chiara della corrispondente affermazione contenuta nella sentenza Niselli, la C.G.U.E chiarisce in realtà che l'individuazione della norma concretamente applicabile ai procedimenti nazionali costituisce una questione di diritto nazionale.

È evidente che nel diritto italiano la questione non può allora che essere risolta facendo applicazione dell'artt. 2, co. 2 e co. 3 del codice penale.

Si deve in definitiva concludere che deve essere esclusa ogni ipotesi di efficacia in *malam partem*, collegata alla disapplicazione di una norma interna contrastante con il diritto comunitario, (o oggi dell'Unione Europea) senza distinzione tra fatti precedenti e fatti successivi all'entrata in vigore della norma *de qua*.

D'altro canto si può rilevare che ogni soluzione che comunque dovesse portare ad estendere la sfera del penalmente rilevante sulla base di una direttiva (anche per i

⁶¹ A. PUGIOTTO, *Vite parallele? «Rifiuti» e «falso in bilancio» davanti alla C. cost. e di giustizia*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO E P. VERONESI (a cura di), *Ai confini del «favor rei». Il falso in bilancio davanti alla C. cost. e di Giustizia*, Torino 2005, 327- 328.

⁶² Così A. PUGIOTTO, *Vite parallele?*, cit., 328.

⁶³ C.G.U.E, ordinanza 15.01.2004, C-235/02, *Saetti e Frediani*, § 25 e 26.

fatti commessi prima dell'entrata in vigore della norma di favore) significherebbe riconoscere indirettamente una potestà penale alla Comunità, che allo stato attuale deve essere esclusa⁶⁴.

È da ritenere allora che una diretta disapplicazione della norma interna con effetti in *malam partem* (anche con riguardo al regime della prescrizione o della sua interruzione) dovrebbe essere esclusa perché contrastante con l'attuale assetto dei rapporti tra diritto dell'Unione Europea e diritto penale⁶⁵.

6.3. Un'ultima notazione (in verità non priva di rilievo): la permanenza nel sistema di norme contrastanti con la normativa comunitaria (e con gli obblighi di tutela penale da esso nascenti) costituisce così una violazione degli obblighi assunti dal nostro paese attraverso la partecipazione alla Comunità europea (e all'Unione Europea) e quindi con l'art. 11 Cost.; si pone inoltre in contrasto (come si è detto) con il nuovo testo dell'art. 117 della Costituzione.

La norma della direttiva o altra disposizione dell'Unione Europea (non direttamente efficace) costituirebbe così «il parametro interposto» che consentirebbe di sollevare questione di costituzionalità ex artt. 11 e 117 della Costituzione.

In questa prospettiva la Corte di Cassazione, chiamata a considerare la questione degli effetti da riconoscere alla sentenza Niselli in materia di rifiuti, ha ritenuto di non poter disapplicare la disposizione dell'art. 14 d.l. 138/2002, ma ha sollevato questione di costituzionalità di tale previsione per il suo contrasto con gli artt. 11 e 117 della Costituzione⁶⁶.

Questa, in definitiva, potrebbe essere la soluzione da suggerire: sollevare questioni di legittimità costituzionale delle norme interne contrastanti con le statuizioni interpretative della C.G.U.E, non direttamente efficaci per le ragioni prima indicate.

7. Secondo la C. cost. «l'autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla C.G.U.E è la C. cost., cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona»⁶⁷.

Si tratta di una affermazione che, come vedremo, è solo in parte condivisibile e sembra collegarsi ad enfattizzazione della centralità del ruolo dei giudici costituzionali nella valutazione dei rapporti tra ordinamento nazionale e diritto dell'Unione europea

⁶⁴ Cfr. G. GRASSO, *Introduzione*, cit., 33-34.

⁶⁵ Ove vi fosse invece una precisa indicazione della C.G.U.E in questo senso (richiedendo cioè la disapplicazione delle norme interne con effetto pregiudizievole per l'individuo) potrebbe porsi il problema di un'attività *ultra vires* da parte delle istituzioni europee e, conseguentemente, di un richiamo ai *controlimiti* che, per le ragioni indicate nel successivo § 7, dovrebbe essere formulato dal giudice ordinario sotto forma di eccezione di legittimità costituzionale. Sul punto v. P. FARAGUNA, *Il caso Taricco: controlimiti in tre dimensioni*, in A. BERNARDI (a cura di), *Controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli 2017, 368.

⁶⁶ Cass., Sez. III, 14.12.2005, dep. 16.01.2016, n. 1414.

⁶⁷ C. cost., 10.04.2018, n. 115, § 8 della parte in diritto.

a scapito di quello del giudice ordinario, che si riscontra anche in altre recenti sentenze della C. cost..

Esemplari a questo riguardo le conclusioni della sentenza 269/2017 con riguardo a quelle situazioni nelle quali si manifesta il fenomeno della c.d. «doppia pregiudizialità» cioè «di controversie che possono dare luogo a questioni di illegittimità costituzionale e, simultaneamente, a questioni di compatibilità con il diritto dell'Unione».

In effetti osserva la Corte «i principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione Italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri). Sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione, come è accaduto da ultimo in riferimento al principio di legalità dei reati e delle pene (C.G.UE dell'Unione europea, grande sezione, sentenza 5 dicembre 2017, nella causa C-42/17, M.A.S., M.B.).

Pertanto, le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)»⁶⁸.

In queste situazioni secondo la C. cost. andrebbe quindi prioritariamente formulata la questione di legittimità costituzionale, mentre sarebbe comunque consentito al giudice ordinario «di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione».

Si tratta di conclusioni che sembrano contrastare con le statuizioni della C.G.UE nella coeva sentenza *Global Starnet Ltd* che ha affermato che «l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa e l'effetto utile dell'articolo 267 TFUE risulterebbe sminuito se, a motivo dell'esistenza di un procedimento di controllo di costituzionalità, al giudice nazionale fosse impedito di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte e di dare immediatamente al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione o alla giurisprudenza della Corte» (§ 23); con la conseguenza che «l'articolo 267, paragrafo 3, TFUE deve essere interpretato nel senso che il giudice nazionale le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la C. cost. dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell'Unione»⁶⁹.

Anche la Corte di Cassazione ha ritenuto censurabile la limitazione della potestà di disapplicazione della norma contrastante con il diritto europeo alla presenza di

⁶⁸ C. cost., 14.12.2017, n. 269, § 5.2.

⁶⁹ C.G.UE, 20.12.2017, *Global Starnet Ltd*, § 21-22.

«altri profili» rispetto a quelli esaminati dalla C. cost., perché tale limitazione contrasta *ictu oculi* con la giurisprudenza europea al riguardo⁷⁰.

Non è questa la sede per esaminare compiutamente la questione della doppia pregiudizialità; osserviamo però che la sentenza della C. cost. n. 269/2017 si inserisce in una tendenza alla valorizzazione del controllo centralizzato di costituzionalità di cui è espressione anche la recente sentenza Taricco.

Ora, la citata conclusione della C. cost. in quest'ultima sentenza è in parte condivisibile (o addirittura ovvia); è certo che è solo la C. cost. che può “attivare” i controlimiti, accertando che «*il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona umana*». Sotto questo profilo si capisce pure che il compito del giudice ordinario è solo quello di rimettere alla C. cost. le relative questioni di costituzionalità.

Ma, attenzione, il compito che la C.G.U.E ha rimesso al giudice ordinario nel §53 della sentenza Taricco e, in modo più ampio e dettagliato, nella sentenza MAS è diverso. Si tratta di valutare se la disapplicazione che risulta imposta dalla regola Taricco sia in contrasto con i diritti fondamentali tutelati a livello europeo (sia sulla base della Carta sia sulla base dell'art. 6, § 3, che richiama anche le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri). Il plusvalore della sentenza Mas è che i parametri considerati, si arricchiscono, come si è visto, sulla base di una (sia pur non dichiarata) applicazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali, attraverso il riferimento al più elevato livello di tutela del principio di legalità previsto nel diritto nazionale, costituito dalla sua estensione anche al regime della prescrizione.

Un tale compito non può che spettare al giudice ordinario che ha, come è stato esattamente rilevato, un ruolo fondamentale nell'applicazione del diritto dell'Unione Europea⁷¹: egli è il «*veicolo prioritario del diritto europeo nel contesto ordinamentale interno*»⁷².

In questa prospettiva si è mossa la Corte regolatrice in una recente sentenza⁷³, che, facendo applicazione dei principi posti dalla C.G.U.E, ha ritenuto che la prima regola Taricco non si potesse applicare a fatti commessi prima dell'8 settembre 2015.

Mi pare che l'unica conclusione coerente con il sistema eurounitario sia allora la seguente:

- spetta al giudice ordinario controllare se il diritto dell'Unione Europea da applicare (come, ad esempio, la regola desunta dalla sentenza Taricco) sia in contrasto con i diritti fondamentali tutelati a livello europeo e applicabili anche a livello nazionale.

- al giudice costituzionale spetta l'attivazione dei controlimiti nelle (assolutamente eccezionali) ipotesi in cui il diritto dell'Unione possa porsi in contrasto con i principi fondamentali o i diritti inalienabili della persona umana. In questa prospettiva si deve ritenere che il giudice ordinario debba sollevare questione di

⁷⁰ Cass. Sez. II, ord. 24.01.2018, n. 3831.

⁷¹ A. Lucifora, *The role of national courts between EU obligations and national standards of protection of fundamental rights*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2018, p. 224.

⁷² Così R. Sicurella, *Oltre la vexata quaestio*, cit. p. 13.

⁷³ Cass., Sez. IV, 20 marzo 2018, n. 17401

legittimità costituzionale ove ravvisi una non perfetta coincidenza tra tutela dei diritti fondamentali a livello europeo e tutela a livello nazionale (che si rifletta sul caso di specie). E' evidente d'altro canto che non è necessario rimettere la questione alla C. cost. ove il giudice ordinario ritenga che non ci sia nessun profilo di contrasto con i principi costituzionali proprio perché egli, facendo applicazione dei principi eurounitari in tema di diritti fondamentali, egli possa dare una soluzione soddisfacente al caso di specie. Questa del resto è la soluzione adottata dalla Corte di Cassazione nella sentenza già citata⁷⁴.

8. La sentenza MAS si iscrive in un complesso di decisioni che sottolineano il rilievo che la tutela dei diritti fondamentali ha nell'ordinamento dell'U.E.

Esemplare sotto questo punto di vista la sentenza Aranyosi nella quale si pone però una questione diversa da quella che si pone in Taricco e MAS⁷⁵; qui infatti viene in considerazione un limite all'esecuzione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo che deriva dalla necessità di tutelare un diritto fondamentale tutelato anche dalla Carta Europea.

Nella sentenza Mas entra in gioco invece – anche se non viene espressamente richiamato – l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

L'elemento decisivo perché la C.G.U.E possa pervenire ad un sostanziale ribaltamento delle conclusioni della sentenza Taricco è costituito dal riconoscimento che nel sistema penale italiano la disciplina della prescrizione rientrava nell'ambito del diritto penale sostanziale e che, di conseguenza la garanzia «di prevedibilità, determinatezza e irretroattività inerenti al principio di legalità dei reati e delle pene» si applicano anche al regime di prescrizione (§ 45 e 58); come la Corte spiega «*resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione*»⁷⁶.

La Corte richiama a questo riguardo la sentenza Fransson, senza menzionare esplicitamente la sentenza Melloni e senza spiegare quali siano le ragioni del *distinguishing* rispetto alla vicenda Melloni.

La C. cost. ha cercato di individuare le differenze tra la vicenda Taricco e quella Melloni, ma in modo non convincente⁷⁷.

A mio giudizio nella sentenza Melloni si tratta di derogare – attraverso il richiamo alla tutela di un diritto fondamentale nazionale – ad una normativa (quella della decisione quadro 2009/299) che era stata adottata proprio al fine di «*rimediare alle difficoltà del riconoscimento reciproco delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al suo processo, che derivano dall'esistenza, negli Stati membri, di differenze nella tutela dei diritti fondamentali*»⁷⁸.

⁷⁴ Cass., Sez. IV, 20.03.2018, cit.

⁷⁵ Cfr. C.G.U.E, 5.04.2016, C-404/15 e C-659/15 PPU Aranyosi e Căldăraru.

⁷⁶ C.G.U.E, 5.12.2017, MAS, § 47.

⁷⁷ C. cost., 23 novembre 2016, p. 8.

⁷⁸ C.G.U.E, 26 febbraio 2013, Melloni, § 62.

In questa prospettiva –osserva ancora la sentenza Melloni- *«tale decisione quadro procede ad un’armonizzazione delle condizioni di esecuzione di un mandato d’arresto europeo in caso di condanna in absentia, che riflette il consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme a proposito della portata da attribuire, secondo il diritto dell’Unione, ai diritti processuali di cui godono le persone condannate in absentia raggiunte da un mandato d’arresto europeo»⁷⁹.*

Si capisce come sarebbe tradito l’obiettivo perseguito dalla disciplina della decisione quadro 2009/299 se si consentisse ad uno Stato membro di derogare alle sue previsioni, richiamando un (asserito) più elevato livello di tutela di quel diritto fondamentale della cui tutela armonizzata si era preoccupato l’atto normativo europeo⁸⁰.

Fondamentali le considerazioni formulate a questo riguardo dall’Avvocato Generale Bot nelle sue conclusioni sulla causa Melloni secondo le quali *«Occorre, a tal proposito, distinguere i casi in cui esiste, a livello di Unione, una definizione del grado di protezione che deve essere accordato a un diritto fondamentale in sede di attuazione di un’azione dell’Unione rispetto a quelli in cui detto livello di protezione non è oggetto di una definizione comune.*

Nel primo caso, la determinazione del livello di protezione è, come abbiamo visto, strettamente legato agli obiettivi dell’azione dell’Unione considerata. Essa è l’espressione di un equilibrio tra la necessità di garantire l’azione dell’Unione e quella di proteggere adeguatamente i diritti fondamentali. In una simile situazione è evidente che la pretesa, a posteriori, di uno Stato membro di mantenere il livello di protezione più elevato da esso accordato romperebbe di conseguenza l’equilibrio raggiunto dal legislatore dell’Unione e comprometterebbe così l’applicazione del diritto dell’Unione.

Nel contesto della decisione quadro, l’articolo 4 bis, paragrafo 1, di quest’ultima è l’espressione di un accordo tra tutti gli Stati membri per determinare quando una persona condannata in contumacia debba essere consegnata senza che vengano lesi il suo diritto ad un processo equo e i suoi diritti della difesa. Questo accordo tra gli Stati membri non lascia spazio per l’applicazione di standard nazionali di protezione divergenti.

Diversamente, nel secondo caso, gli Stati membri beneficiano di un margine di discrezionalità più ampio nell’accordare, nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione, il livello di protezione dei diritti fondamentali che essi intendono garantire all’interno dell’ordinamento giuridico nazionale, fintantoché tale livello di protezione è conciliabile con la corretta attuazione del diritto dell’Unione e non lede altri diritti fondamentali protetti in forza del diritto dell’Unione»⁸¹.

Nel caso di specie manca del tutto una disciplina armonizzata del principio di legalità con riguardo alla materia della prescrizione (sia in generale sia con riguardo alle frodi Iva), anche indirettamente per il tramite del riconoscimento a livello europeo del valore processuale del regime della prescrizione (che lo avrebbe sottratto

⁷⁹ *Ibidem*

⁸⁰ Cfr. F. Viganò, *Legalità*, cit., p. 1294.

⁸¹ Così le conclusioni dell’Avvocato generale Y. Bot nella causa Melloni, presentate il 2 ottobre 2012, § 124-127.

alla sua inclusione nell'area di applicazione del principio di legalità); non esiste quindi alcun ostacolo al riconoscimento del livello di tutela più elevato, garantito a livello nazionale.

La regola Melloni in definitiva dovrebbe valere solo quando, come spiegato dall'Avvocato Generale Bot, vi è stato a livello europeo uno sforzo di armonizzazione del diritto fondamentale in questione che non tollera certamente il richiamo ad un livello nazionale di tutela asseritamente più elevato.

Sotto questo profilo si dovrebbe rilevare che non basterebbe neppure un'armonizzazione dell'interruzione della prescrizione (come previsto dalla proposta originaria di direttiva PIF presentata dalla Commissione), ma sarebbe stato necessario che si toccasse la disciplina del principio di legalità a questo riguardo.

Il principio desumibile allora dalla sentenza Mas consente di accrescere la tutela del diritto fondamentale garantita a livello europeo grazie al riconoscimento di un più elevato livello di protezione nazionale di un diritto, quando ciò non confligge con una normativa europea che della tutela armonizzata di questo diritto fondamentale si è fatta carico.

8.1. Nella prospettiva dell'interpretazione dell'art. 53 della Carta possiede certamente un rilievo fondamentale la sentenza Omega⁸².

Si deve premettere che *«la nozione di “ordine pubblico” nel contesto comunitario e, in particolare, in quanto giustificazione di una deroga alla libertà di prestazione dei servizi dev'essere intesa in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni comunitarie»*⁸³.

Ora, la C.G.U.E ha utilizzato il più elevato (o comunque peculiare) livello di tutela accordato dalla Costituzione tedesca alla *dignità umana* per riempire di contenuto la nozione di ordine pubblico (nozione comunitaria, come si è detto) legittimando così una restrizione alla libera circolazione delle merci.

È evidente che qui non si tratta di una diretta applicazione dell'art. 53 della Carta ma l'effetto è sostanzialmente identico⁸⁴.

Il più elevato (o comunque peculiare) meccanismo di tutela della dignità umana (prevista dalla RFG) paralizza il diritto alla libera circolazione delle merci.

In definitiva nella scelta tra tutela della dignità umana (nazionale) e libera circolazione delle merci prevale il primo interesse, per un meccanismo del tutto simile a quello previsto dall'art. 53.

8.2. A questo riguardo si deve però rilevare che la sentenza Mas contiene una affermazione assai singolare a tenore della quale *«alla data dei fatti di cui al procedimento principale, il regime della prescrizione applicabile ai reati in materia di IVA non era stato oggetto di armonizzazione da parte del legislatore dell'Unione, armonizza-*

⁸² C.G.U.E, 14 ottobre 2004, cit.

⁸³ *Ibidem*

⁸⁴ La sentenza Omega è richiamata dalla C. cost. nell'ordinanza 24/2017, § 8.

zione che è successivamente avvenuta, in modo parziale, solo con l'adozione della direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (GU 2017, L 198, pag. 29). La Repubblica italiana era quindi libera, a tale data, di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico, detto regime ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati e alla determinazione delle pene, nel diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto, come queste ultime norme, al principio di legalità dei reati e delle pene». ⁸⁵

La sentenza sembra voler dire che a partire dall'entrata in vigore della direttiva (o almeno della scadenza del termine per la sua attuazione) lo Stato italiano non sarebbe più libero di considerare il regime della prescrizione parte del diritto penale sostanziale (e quindi sottoposto al principio di legalità).

L'affermazione a mio giudizio non risulta condivisibile.

L'armonizzazione in materia di prescrizione prevista nella direttiva è una armonizzazione assolutamente minimale che non affronta né la materia della disciplina della interruzione della prescrizione, né tanto meno la collocazione sostanziale o processuale dell'istituto⁸⁶.

Tali considerazioni non sono condivise da Ernesto Lupo che rileva invece che dalla direttiva emergerebbe un inquadramento processuale dell'istituto della prescrizione, che viene desunto dalla formulazione del § dell'art. 12 che considera il termine di prescrizione come tempo «che consenta di condurre le indagini, esercitare l'azione penale, svolgere il processo e prendere la decisione giudiziaria in merito ai reati».

Si osserva in proposito che «con la trascritta formulazione il legislatore europeo sembra considerare la prescrizione come istituto esclusivamente processuale, e non anche come causa estintiva del reato. Il recepimento della direttiva europea sembra imporre, pertanto, la previsione della prescrizione come istituto processuale, almeno se riferita ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, come delimitati dalla stessa direttiva»⁸⁷.

Tali conclusioni non sembrano però del tutto convincenti; la formulazione dell'art. 12 della direttiva, in effetti, vuole solo individuare le esigenze che la previsione di un termine prescrizionale deve comunque salvaguardare, ma non esclude certo che l'istituto possa avere un inquadramento di carattere sostanziale, come del resto si verifica in numerosi Stati membri.

La formulazione della direttiva, sulla base delle considerazioni formulate in precedenza, non interferisce né potrebbe interferire in alcun modo con le conclusioni raggiunte dalla Corte nella sentenza Mas (che consente l'applicazione del più elevato livello di tutela previsto a livello nazionale).

Ha ragione d'altro canto Viganò quando afferma «prima e dopo la direttiva PIF, la lotta contro le frodi agli interessi finanziari dell'Unione era oggetto di obblighi derivanti dal diritto UE (quelli discendenti dall'art. 325 TFUE in primis, così come precisati dalla Convenzione PIF prima, e ora dalla corrispondente direttiva), rispetto ai quali le

⁸⁵ C.G.U.E, 5 dicembre 2017, cit., § 44-45.

⁸⁶ F. Giuffrida, *The protection*, cit., p. 265 ss.

⁸⁷ Così E. Lupo, *La sentenza*, cit., p. 118.

norme italiane esistenti in materia di delitti costituiscono, dal punto di vista del diritto UE, "misure nazionali di attuazione"»⁸⁸.

La disciplina della prescrizione in materia di frodi Iva rientrava nell'area di applicazione del diritto europeo in quanto, come si è visto, essa interferiva con l'art. 325 TFUE e con le previsioni della direttiva in materia di Iva (ciò spiega del resto le conclusioni della sentenza Taricco).

Se quindi prima della adozione della direttiva risultava possibile riconoscere e garantire il più elevato livello di tutela previsto a livello nazionale, ciò sarà ancora possibile dopo l'attuazione della direttiva senza differenze di sorta che non potrebbero trovare alcuna giustificazione.

9. La vicenda Taricco e le diverse sentenze emesse dalla C.G.U.E e dalla C. cost. (senza dimenticare alcune pregevoli prese di posizione del giudice ordinario) hanno certamente una rilevanza fondamentale per il futuro sviluppo di un diritto penale europeo e per la tutela multilivello dei diritti fondamentali nel sistema europeo e in quelli nazionali.

9.1. Alcune considerazioni a questo riguardo concernano i rapporti e il dialogo tra le Corti; sotto questo profilo occorre sottolineare che tale dialogo passa anche attraverso la valorizzazione di quelle norme che costituiscono, come ho già avuto modo di rilevare, un "ponte" tra ordinamento europeo e ordinamento italiano.

9.1.1 Così nella nostra Costituzione risulta fondamentale l'art. 11, una disposizione che esprime l'apertura del nostro ordinamento verso la comunità internazionale e che consente la partecipazione dell'Italia ad un ordinamento sovranazionale che implichi anche delle significative limitazioni di sovranità⁸⁹. All'art. 11 si è richiamata la C. cost. nell'ordinanza 24/2017 per giustificare «*il primato del diritto dell'Unione*».

9.1.2 Nell'ordinamento dell'Unione Europea assume un decisivo rilievo anzitutto l'art. 6, § 3 TUE che individua la fonte della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento sovranazionale anche nelle «*tradizioni costituzionali comuni*» agli Stati membri, una norma che conserva un suo significato anche dopo il riconoscimento del valore giuridicamente vincolante della Carta di Nizza⁹⁰.

Mi pare che la norma consenta l'arricchimento dei diritti fondamentali tutelati a livello europeo sia attraverso la configurazione di nuovi diritti, sia attraverso una estensione del contenuto di quelli esistenti; a questo fine bisogna considerare che attraverso il richiamo alle tradizioni costituzionali comuni si consente la protezione di un diritto fondamentale che sia l'espressione di un «*orientamento prevalente*», anche se non si tratta di un diritto fondamentale tutelato in ogni paese; esemplari

⁸⁸ Così F. VIGANÒ, *La legalità*, cit., 1288.

⁸⁹ R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio*, cit., 25.

⁹⁰ Cfr. G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona*, cit., 2318 ss..

sono a questo riguardo le riflessioni formulate con riguardo al principio di colpevolezza.⁹¹

9.1.3 Più complesso è il possibile riferimento all'art. 4 §2 TUE (richiamato opportunamente dalla C. cost.).

Si è osservato che tale previsione prescrive che a livello europeo debbono essere rispettati anche i diritti fondamentali che compongono l'identità nazionale dello Stato membro.

Con tale disposizione, di conseguenza «*la categoria dei principi supremi "dell'ordine costituzionale" di ciascuno Stato membro, acquisirebbe per via del richiamo alle identità nazionali iscritto nell'art. 4.2. TUE, altresì una indubbia (seppur indiretta) valenza euro-unitaria*»⁹².

Tale profilo non è stato esaminato dalla C.G.U.E nella Sentenza Mas perché essa ha risolto le questioni prospettate attraverso un impiego appropriato dell'art. 53 della Carta. Resta la questione relativa a chi abbia la competenza di interpretare la nozione di «*identità costituzionale*»⁹³; è corretto ritenere che si tratti di una nozione di diritto dell'Unione Europea che come tale deve essere interpretato dai giudici europei⁹⁴. In ogni caso però l'utilizzo di tale previsione dovrebbe contribuire a ridurre significativamente l'area dei possibili contrasti tra ordinamento dell'UE e i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale, eliminando in radice la possibilità di attivare dei *controlimiti*.

Residuerebbe in effetti l'ipotesi in cui si manifesti una diversa percezione dei contenuti dell'identità nazionale tra giudici europei e giudizi costituzionali nazionali.

9.1.4 Una disposizione fondamentale in questa prospettiva è costituita dall'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali. Come si è sottolineato nel § 4 è stata questa disposizione, alla quale aveva fatto riferimento la C. cost. nell'ordinanza 24/2017, che ha consentito alla C.G.U.E di valorizzare le peculiarità del regime italiano della prescrizione, estendendo l'onere di applicazione del principio di legalità.

Il senso della previsione è che in materia di diritti fondamentali la tutela prevista deve essere orientata al principio della massimizzazione del livello di protezione.

Del resto già nella sentenza Nold la C.G.U.E aveva rilevato che essa «*non potrebbe ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle Costituzioni di tali stati*»⁹⁵.

⁹¹ G. GRASSO, *La protezione nei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa e il diritto penale; spunti di riflessione critica*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, cit., 662.

⁹² Così R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio*, cit., 8.

⁹³ Cfr. F. VIGANÒ, *Legalità*, cit., 1285.

⁹⁴ Questa è la conclusione dell'Avvocato Generale Y. Bot nelle sue conclusioni nella causa MAS, presentate il 18.07.2017, § 169 ss..

⁹⁵ C.G.U.E, 14.05.1974, causa 4/73, *Nold*, in *Raccolta*, 1974, p. 506-507.

Un tale principio –espressione dell’idea di massimizzazione della tutela- deve coniugarsi con la necessità di non pregiudicare gli obiettivi perseguiti dalla normativa sovranazionale.

Il punto di equilibrio viene indicato dalla sentenza MAS nel principio secondo il quale non sia possibile richiamare più elevati livelli di tutela di un diritto, quando la normativa sovranazionale si sia fatta carico di individuare e di garantire un preciso livello di tutela armonizzata.

Si tradirebbe l’obiettivo della normativa europea se, come ho già avuto modo di rilevare, si consentisse ad uno Stato membro di derogare al livello di tutela armonizzato che viene garantito, a livello europeo, richiamando un grado più elevato di protezione nazionale.

Questo è ciò che è avvenuto nella sentenza Melloni, nella quale veniva in gioco la decisione quadro 2009/299, nata proprio per garantire un livello uniforme di tutela di alcuni diritti processuali con riguardo a procedimenti in *absentia*.

Tale questione non si poneva invece nella sentenza MAS con riguardo all’applicazione del principio di legalità (e dei suoi corollari) al regime della prescrizione.

9.2. In conclusione due mi sembrano gli atteggiamenti da cui occorre prendere le distanze: una sorta di “*sovranoismo*” strisciante che si esprime attraverso una rigida chiusura verso ogni intervento delle istituzioni europee in materia penale (oggi certamente ammissibile), da un lato, e un “*avventurismo*” che, al fine di configurare a livello giurisprudenziale una sorta di diritto penale europeo, non si preoccupa a sufficienza della tutela dei diritti fondamentali, oggetto, come si è visto, di una protezione multilivello.

Della prima posizione può essere espressione l’incisiva affermazione di Manes secondo il quale i controlimiti racchiudono un «*nucleo di principi impermeabili alla primauté e alla integrazione*»⁹⁶.

Al riguardo mi sembra di dover formulare due affermazioni di principio.

Per un verso si deve rilevare che con i controlimiti si fa riferimento non ad un nucleo di principi intoccabili, ma ad un insieme di principi che debbono riflettersi nella struttura istituzionale dell’organizzazione sovranazionale perché sia legittimo il trasferimento di competenza a livello europeo. In materia penale ciò non esclude la possibilità dell’attribuzione di una potestà in materia penale, ma richiede che le esigenze sottese al principio di legalità siano nella sostanza rispettate.

In secondo luogo e in termini più generali si deve rilevare che la nostra identità costituzionale è forgiata anche sulla base dell’art. 11 della Costituzione e degli altri principi costituzionali che esprimono l’apertura del nostro ordinamento verso le organizzazioni sovranazionali e internazionali.

Su un versante diverso si collocano quelle posizioni che ritengono che si possa costruire un diritto penale europeo di mera derivazione giurisprudenziale.

⁹⁶ Così V. MANES, *La «svolta»*, cit., 24.

Esemplare di tale tendenza sono le conclusioni dell'Avvocato Generale Bot che si spinge sino ad affermare che in materia di frodi ai danni del bilancio UE lo stesso concetto di «*interruzione della prescrizione*» è un concetto di diritto dell'Unione e ne fornisce una puntuale definizione senza spiegare però quale ne sia il fondamento giuridico⁹⁷.

È evidente che si tratta di un profilo su cui emergono puntuali esigenze di armonizzazione, alle quali non può essere data risposta per via giurisprudenziale. La via maestra non può che essere costituita da una direttiva di armonizzazione, come aveva suggerito la Commissione Europea che aveva considerato questo specifico profilo nella proposta di direttiva PIF⁹⁸.

Ancora più sorprendente l'affermazione da parte dell'Avvocato Generale secondo la quale «*nella Costituzione italiana, i principi qualificati come "fondamentali" sono elencati agli articoli da 1 a 12 della stessa, e il principio di legalità dei reati e delle pene né è quindi, a priori, escluso*» (§181)⁹⁹, affermazione che sembra esprimere una scarsa attenzione verso il rispetto del principio di legalità.

Io ritengo piuttosto che l'evoluzione del diritto penale europeo deve necessariamente passare attraverso lo sviluppo di quelle iniziative (fondate sull'art. 83 o sull'art. 325 TFUE) che richiedono poi necessariamente l'intervento delle Assemblee parlamentari nazionali.

Di contro, un intervento diretto in materia penale sarebbe possibile solo attraverso una modifica dei trattati istitutivi che introduca una tale competenza¹⁰⁰.

Francesco Viganò si chiede a questo riguardo se abbia senso una politica criminale europea, se ogni Stato abbia diritto di far valere i propri limiti costituzionali¹⁰¹.

La risposta è che un diritto penale europeo (e correlativamente una politica criminale europea) ha un senso ma esso deve essere costruito nel rispetto dei principi fondamentali del diritto penale di uno Stato di diritto; un posto fondamentale è certamente rivestito dal principio di legalità, tra i cui diversi corollari vi è anche la riserva di legge.

Se, per esempio, nell'ambito della tutela degli interessi finanziari europei si volesse un'armonizzazione della disciplina della prescrizione, un tale obiettivo dovrebbe essere perseguito attraverso un adeguamento della direttiva di armonizzazione già adottata e degli obblighi in essa previsti (obblighi che spetterebbe poi ai legislatori nazionali recepire nei sistemi penali degli Stati membri).

In definitiva la creazione di un diritto penale europeo – nell'attuale stato della costruzione europea in cui al legislatore dell'Unione è riconosciuta in materia penale solo una *competenza indiretta* – richiederebbe necessariamente un intervento legislativo integrato e coordinato del legislatore europeo e dei legislatori nazionali.

⁹⁷ V. le conclusioni, cit. *retro* nota 92, § 109.

⁹⁸ Cfr. F. GIUFFRIDA, *The protection*, cit., 265-266.

⁹⁹ Così le conclusioni, dell'Avvocato Generale Y. Bot, cit., *retro* nota 92, § 181.

¹⁰⁰ Cfr. G. GRASSO, *Introduzione*, cit., 59-60.

¹⁰¹ F. VIGANÒ, *Legalità*, cit., 1294.