

IL “DIRITTO PENALE EUROPEO” NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

SOMMARIO: 1. Premessa. Le “due facce” del diritto dell’Unione Europea. 2. I caratteri di fondo delle norme europee a presidio degli “interessi di rilevanza europea”. 3. La sentenza sul “caso Taricco”, ad un tempo “modello” e “sbocco finale (?)” della politica criminale giudiziaria della Corte di Giustizia. 4. Il “diritto di resistenza” contro la sentenza “ Taricco”. 5. Considerazioni conclusive. 6. Appendice. L’ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2007: la Corte di Giustizia rimandata a ottobre in diritto (penale) costituzionale.

1. *Premessa. Le “due facce” del diritto dell’unione europea*

Il “diritto penale” dell’Unione Europea presenta due facce, quasi a rappresentare simbolicamente due anime del progetto europeo: quella, soprattutto da ultimo, ben poco rassicurante, e con specifico riguardo alla materia del diritto penale sostanziale, disegnata dalla Corte di Giustizia del Lussemburgo e quella, decisamente più affabile (ma da tenere comunque sotto stretta sorveglianza), scolpita dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. Corte della tutela dei diritti delle persone quest’ultima; Corte della tutela degli interessi economico-finanziari la prima. Corte dell’Europa dei popoli la Corte EDU; Corte dell’Europa delle lobbies economico-finanziarie e dei burocrati la Corte di Giustizia.

A me tocca parlare del diritto dell’Unione Europea che attraverso le norme dei Trattati, dei regolamenti, delle direttive (e prima della decisione -quadro) condiziona sia le fonti di produzione del diritto interno, sia l’interpretazione e la stessa sopravvivenza delle norme penali interne (in forza dei ben noti meccanismi della interpretazione “conforme” e della disapplicazione della norma interna incompatibile con la norma europea).

2. *I caratteri di fondo delle norme europee a presidio degli “interessi di rilevanza europea”*

Per cercare di individuare i caratteri di fondo che le fonti europee possiedono e quale ne è l’incidenza sul diritto penale “vivente” degli Stati membri occorre muovere da una premessa.

Le norme europee si preoccupano e si sono sempre preoccupate di assicurare agli interessi di “rilevanza europea” una tutela efficace ed effettiva con misure che siano sufficientemente dissuasive. Insomma, le norme europee hanno una conformazione funzionale antitetica alle norme penali, la cui caratteristica è quella di costruire “limiti” alla tutela dell’interesse meritevole di essere presidiato con sanzioni effettivamente o potenzialmente limitative della libertà personale. E senza contare che, anche le sempre più diffuse sanzioni patrimoniali quali la confisca, ormai costantemente applicate *sine iudicio* e *sine delicto*, sotto forma di sequestro preventivo, incidono sulla viva carne della vita delle persone, come le sanzioni privative o limitative della libertà personale.

Quindi, le norme europee si ispirano a criteri antitetici rispetto a quelle del diritto penale liberal-democratico di matrice costituzionale, puntano alla completezza ed alla efficacia – effettività della tutela come idoli cui tutto può essere sacrificato.

Devastanti ne sono le conseguenze sul versante penale. Nella mai sopita tenzone tra due diverse concezioni del diritto penale, come pura tecnica coercitiva di controllo sociale o come insieme di norme a presidio di valori fondamentali della convivenza sociale da ben tipicizzate forme di aggressione e nei limiti della stretta necessità (*extrema ratio*), il diritto europeo si schiera apertamente per la prima.

Ne consegue che, allorché si tratta di “indirizzare” il legislatore nazionale alla costruzione di fattispecie incriminatrici che presentino elementi costitutivi uniformi su tutto il territorio europeo, la tendenza è quella di una anticipazione della soglia della punibilità, spesso esasperata (come nel settore della tutela dei dati informatici) fino a sprofondare nei baratri del diritto penale del tipo di autore (è il caso dei reati di pedo-pornografia), come bene sottolinea Fermin Morales Prats nel suo ultimo lavoro monografico (*La utopia garantista del Derecho Penal en la nueva “Edad Media”*, Barcelona, 2015, p. 57 segg.).

Quando invece si deve optare per una interpretazione estensiva o restrittiva della norma europea alla cui stregua valutare la compatibilità della norma interna, la soluzione è costantemente quella di optare per una soluzione che consenta la tutela più ampia possibile con conseguente invito alla disapplicazione della norma interna ritenuta più permissiva. E’ il caso, ad esempio, della nozione di raccolta del risparmio (cfr. sentenza Corte di Giustizia – VI Sezione – 11.2.1999, causa c-366/97 – Romanelli), della nozione di rifiuto (Corte di Giustizia – II Sezione – 11.11.2004, causa c-457/02), prontamente recepita dal giudice “domestico”, della individuazione delle caratte-

ristiche del “novellame” lecitamente oggetto dell’attività di pesca (Cass., sez. III, 19.1.2011, Trinca, che ha notoriamente disapplicato in *malam partem* la normativa interna sul margine di tolleranza del 10% del divieto di pesca e commercializzazione del “novellame” perché in contrasto con la più restrittiva normativa comunitaria costituita dal regolamento (CE) n. 973/2001). Le implicazioni sul piano della stretta legalità, del divieto di retroattività e della colpevolezza vengono ritenute facilmente superabili o ignorate.

Tuttavia, fino a qualche tempo fa, e nonostante che le decisioni sopra ricordate non possano non destare a qualche inguaribile romantico della legalità liberal-democratica una qualche perplessità, si riteneva che dalla applicazione di direttive non potessero mai farsi discendere direttamente effetti *in malam partem* per un cittadino dell’Unione. Emblematica in questo senso deve ritenersi la famosa (per taluni “famigerata”) decisione della Corte di Giustizia sul caso Berlusconi (Corte di Giustizia – Grande Sezione – 3.05.2005, proc. riuniti c-387/02, c-391/02 e c-403) che notoriamente riguardava un supposto contrasto tra le disposizioni in allora vigenti sul falso in bilancio ed alcune direttive in materia di trasparenza e correttezza dei bilanci.

Come è invece a tutti noto, facendo leva, non su una direttiva, ma su una norma del Trattato della quale assume (incredibilmente!) l’efficacia immediatamente precettiva, la ormai – questa sì - famosa o famigerata, a seconda delle opinioni, sentenza della Corte di Giustizia “Taricco” (subito recepita in un altrettanto nota sentenza della III Sezione Penale della Corte di Cassazione – Sez. III, 17.9.2015, dep. 20.1.2016 -) ha sancito la sussistenza, per il giudice nazionale di un obbligo di disapplicazione *in malam partem* delle disposizioni sulla prescrizione dei reati in materia di I.V.A., allorché egli (egli!) opini che dette disposizioni (in particolare il “tetto” massimo di prolungamento in caso di interruzione) osterebbero “in un numero considerevole di casi” alla repressione di gravi frodi IVA in danno, quindi (?), degli interessi finanziari dell’Unione Europea. Sentenza sulla quale torneremo più avanti.

Insomma, il diritto europeo traccina nel diritto penale interno i caratteri di fondo delle norme europee a presidio degli “interessi di rilevanza europea” e vi inocula i germi del disfacimento dell’impalcatura dell’assetto liberal-democratico dello Stato, dell’ossatura costituzionale del sistema.

E non v’è affatto da meravigliarsi perché in questo nuovo medio evo del diritto penale (come lo chiama nel suo già citato bel libro Fermin Morales Prats), altri sono i mantra del diritto penale che avanza. Il populismo legislativo e giudiziario si avvincono in una perversa spirale che conduce alla scon-

siderata espansione di un modello di diritto penale forse il più repressivo che la storia moderna abbia conosciuto; dove non solo cresce sempre di più l'area del penalmente rilevante, ma si elevano insensatamente i livelli edittali delle pene, in funzione di rassicurazione dei bisogni di sicurezza della comunità sociale che non si riescono a garantire attraverso il controllo preventivo sul territorio e una adeguata politica sociale, come dovrebbe accadere in una democrazia compiuta in uno Stato di diritto. E con lo scopo, nemmeno tanto velato, di allungare i tempi di prescrizione (ed automaticamente i tempi di durata dei processi).

Quindi il successo che il diritto europeo "applicato" al diritto ed alla procedura penale riscuote presso certi settori della magistratura e della cultura giuridica non deve sorprendere. Esso alimenta le – e a sua volta si alimenta delle – tendenze panpenaliste sempre più diffuse nella comunità sociale, diseducata ormai – anche dal bombardamento del populismo mediatico – a ragionare con la propria testa e priva di fonti alternative cui abbeverarsi. Ormai, come dice il segretario dell'UCPI Francesco Petrelli, l'opinione pubblica si è trasformata in pubblico senza opinione.

3. *La sentenza sul " caso Taricco", ad un tempo "modello" e "sbocco finale (?)" della politica criminale giudiziaria della Corte di Giustizia*

La vicenda della sentenza Taricco è, per così dire, lo sbocco naturale di una progressiva erosione che i nuovi barbari del diritto penale hanno consumato sui resti, mai adeguatamente difesi, del diritto penale liberal-democratico.

I termini della questione sono noti, ma vale la pena riassumerli.

Il ragionamento della Corte di Giustizia (Grande Sezione, 8 settembre 2015) può essere così schematicamente riassunto.

Premessa: una parte del gettito IVA dei paesi dell'Unione Europea è destinata a confluire nel bilancio dell'Unione. Quindi qualunque lacuna del gettito influisce negativamente sulle disponibilità finanziarie dell'Unione (p. 38 della sentenza).

In base all'art. 325 del Trattato sul funzionamento dell'Unione § 1 e 2 (norma ritenuta immediatamente precettiva), ogni Stato membro è tenuto ad assicurare la tutela degli interessi finanziari dell'Unione contro la frode e le altre attività che li ledano, mediante misure effettive e dissuasive che, in forza dell'art. 2, § 1 Convenzione PIF, possono nei casi gravi di frode, consistere in sanzioni effettive, proporzionali e dissuasive, anche privative della libertà personale.

Devono comunque assicurare una tutela degli interessi finanziari

dell’Unione (nel caso di specie rappresentati dal gettito IVA) pari a quella offerta agli interessi finanziari “interni”.

Orbene, quando la normativa in materia di prescrizione dei reati di frode all’IVA non consenta (per la sua “brevità) di infliggere sanzioni effettive e dissuasive o comunque contempli termini complessivi più corti di quelli previsti per i reati posti a tutela di interessi finanziari “interni”; il Giudice domestico dovrà disapplicarla anche se ne discendano effetti in *malam partem*, poiché: a) non si tratta di norme sostanziali, ma processuali; b) non è violato il principio di legalità/irretroattività, perché il fatto, al momento in cui fu commesso, era sicuramente già previsto dalla legge come reato. Il giudizio sul presupposto dello svilimento della prevenzione generale in un numero considerevole di gravi lesioni in materia di IVA è lasciato all’apprezzamento, da effettuarsi caso per caso, del giudice nazionale. Mentre la normativa prescrizione di riferimento al fine di comparare la “parità” di tutela tra interessi finanziari della U.E. e interessi finanziari domestici viene individuata in quella relativa al delitto di associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri che, com’è noto, contempla un meccanismo per il quale, ad ogni atto interruttivo, il corso della prescrizione inizia di nuovo a decorrere per intero. Non opera, insomma, il tetto massimo dell’aumento di un quarto degli artt. 160 ult. co. e 161, co. 2 c.p.

Orbene, che si tratti di uno scempio non solo dei più elementari principi garantisti del diritto penale, patrimonio comune di tutti gli ordinamenti europei facenti parte dell’Unione, ma degli stessi principi fondativi dell’architettura delle moderne democrazie che si reggono sull’equilibrio dei poteri dello Stato, mi sembra innegabile.

Che quella della Corte di Giustizia sia frutto di una scelta politica, altrettanto innegabile.

A tacer d’altro, come si fa a sostenere, con un minimo di fondamento giuridico, che l’art. 325 TFUE è norma immediatamente precettiva e che quindi possa consentire al Giudice domestico una automatica disapplicazione di norme interne che vi contrastino? Credo che chiunque le legga non possa non rilevare il carattere “programmatico” di “invito” al legislatore domestico.

Tant’è vero che la disapplicazione non è affatto automatica, ma richiede, per stessa “ammissione” della Corte di Giustizia, un giudizio “discrezionale”, una valutazione tipicamente “politica” e tipica del legislatore e per di più da compiere “caso per caso” (siamo al case law, senza vincolo del precedente): se la disciplina della prescrizione possa comportare – si direbbe in termini propriamente penalistici – uno svilimento della prevenzione generale.

Risulta poi “mistificatoria” la stessa premessa “sostanziale della sentenza. Se è infatti vero che l’IVA è un’imposta “armonizzata”, non è invece assolutamente vero che la frazione di IVA nazionale destinata a confluire nelle casse dell’Unione Europea sia commisurata al gettito nazionale e quindi “dipenda” dalla misura di tale gettito. Ciò che alimenta le finanze europee è una percentuale del PIL nazionale. Quindi è falso che vi sia necessità di tutelare con sanzioni efficacemente dissuasive il recupero dell’IVA nazionale per proteggere adeguatamente le finanze dell’Unione.

Non solo, ma anche la scelta di individuare la disciplina della prescrizione concernente i reati posti a presidio degli interessi finanziari domestici al fine di misurarne l’equivalenza di tutela con quelli dell’Unione, in quella contemplata per l’associazione contrabbandiera di tabacchi lavorati esteri (e non ad esempio in quella dei reati in materia di imposte dirette), è scelta “politica” che rivela, tra l’altro, una profonda ignoranza delle ragioni per le quali il legislatore italiano ha dettato quel particolare regime della prescrizione.

Gli interessi coinvolti da quella fattispecie delittuosa non sono solo quelli finanziari, ma anche quelli attinenti l’ordine pubblico materiale e certamente non secondaria è stata la valutazione della particolare pericolosità che quel tipo di associazione manifesta nella realtà socio-criminale.

Quanto poi alla ritenuta natura processuale e non sostanziale della prescrizione (per cui secondo la Corte di Giustizia non vi sarebbe lesione dell’irretroattività della legge penale), l’argomento non è solo errato, ma anche “fuorviante” e frutto di ignoranza di basilari nozioni di diritto costituzionale generale. La riserva di legge sancita nell’art. 25 Cost. (e non solo) è pacificamente una riserva di legge di “modo di disciplina”, non di “campo di materia”. Essa abbraccia dunque tutte quelle disposizioni che consentono di riconnettere alla commissione di un determinato tipo di fatto illecito (il reato) una determinata conseguenza sanzionatoria limitativa dei diritti della persona, qualificabile come “pena”. Ne discende che tutte le disposizioni che concorrono a far sì che all’illecito commesso consegua la punizione sono “coperte” dalla riserva di legge con il corredo dei suoi connaturali corollari: irretroattività e determinatezza/tassatività. Le disposizioni sulla prescrizione vi rientrano a pieno titolo.

Preoccupa non poco dunque che l’invito della Corte di Giustizia sia stato subito accolto dalla Terza Sezione della Corte di Cassazione (17.09.2015, n. 3105) che non si è sentita in dovere, come invece hanno meritoriamente fatto prima la Corte di Appello di Milano (II Sezione Penale, ord. 18.9.2015) e poi la stessa Terza Sezione della Cassazione, in diversa composizione (ord. 30.03.2016, n. 28346) di invocare la teoria dei contro-limiti ed investire del-

la questione la Corte Costituzionale [che come è noto si è pronunciata con l’ord. n. 24 del 2017, intervenuta quando il presente lavoro era ormai ultimato e della quale daremo conto in sede di appendice conclusiva].

Teoria che viene da lontano, ovvero dalle sentenze della Corte Costituzionale del 1973 e del 1984; ovvero da due sentenze della Corte Costituzionale tedesca: Solange 1 e 2 in base alle quali la Corte Costituzionale si riserva una prerogativa di controllo di costituzionalità sugli atti comunitari fintanto che il diritto comunitario non consentirà un livello di protezione dei diritti fondamentali equivalente a quello garantito dalla legge fondamentale nazionale. [Per l’approfondimento del tema dei “controlimiti”, si veda, da ultimo, il ponderoso volume a cura di A. BERNARDI, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei Principi costituzionali* ed in particolare l’ampia “Presentazione” dello stesso BERNARDI dal titolo: *I controlimiti al diritto dell’Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, Napoli, 2017].

La Corte di Appello di Milano invoca come contro-limite essenzialmente il principio di riserva di legge.

Il principio di riserva di legge è un principio tale da poter costituire un efficace e persuasivo contro-limite? Certo, se noi non siamo in grado di far capire qual è il senso della riserva di legge, abbiamo perso la partita in partenza. A forza di parlare della crisi del principio di riserva di legge, stratonato da regolamenti e fonti europee, abbiamo finito per arrenderci alla prospettiva del Giudice soggetto sia alla legge nazionale, sia a quella sovranazionale.

Ha ragione il Prof. Enzo Maiello quando nella sua relazione al Convegno di Firenze del 3 ottobre 2015 (“Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie”) dice che noi dobbiamo fare emergere il senso fondativo del principio di riserva di legge, chiave di volta dell’architettura del sistema penale e del sistema di equilibrio dei poteri. Questo è il contro-limite ed è un principio fondamentale se lo intendiamo in questo modo. Non può funzionare da contro-limite se ci limitiamo ad intendere la riserva di legge come mero principio regolativo del regime delle fonti del diritto penale: se la legge va intesa come legge domestica e come legge sovranazionale e c’è il primato di quest’ultima sulla prima, abbiamo perso in partenza la partita.

Intanto cominciamo a far comprendere che cos’è il principio di riserva di legge, che ruolo riveste negli assetti del sistema dei poteri in un Stato liberal-democratico-sociale (ogni tanto tornare alle origini fa bene). Ma non sarà poi inopportuno ribadire il fondamento costituzionale della prescrizione che affonda le proprie radici negli artt. 2, 27 e 111 Cost. e senza la quale si avrebbe quale inevitabile conseguenza la infinita, intollerabile, vergognosa

lunghezza dei processi. Con cittadini tenuti sulla graticola del processo penale per un tempo indefinito, senza sapere che fare della propria vita.

Per fortuna l'ordinanza di remissione della Terza Sezione della Cassazione che abbiamo sopra ricordato, si è premurata di allargare l'orizzonte e di rammentare, premessa la natura sostanziale della prescrizione e richiamati anche autorevoli precedenti sentenze della Consulta, come vi siano principi irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, elementi identificativi, immodificabili del suo assetto, tra i quali il principio di irretroattività, presidio delle libertà fondamentali del cittadino, quelli del diritto di difesa e di uguaglianza dei cittadini, quello della separazione dei poteri, consacrato non solo nella riserva di legge, ma anche nell'art. 101 Cost. che vuole il giudice soggetto solo alla legge. Enunciati, come si dirà, recepiti dall'ordinanza n. 24 del 2017 della Consulta.

La sentenza "Taricco" era nell'aria, costituisce l'epilogo di un cammino ineluttabile di progressiva erosione delle garanzie della persona con l'avanzare di un modello di diritto penale autoritario.

Siamo dunque alla disarticolazione del sistema costituzionale fondato sull'equilibrio dei poteri. Forse doveva intervenire questa sentenza per provocare un risveglio anche culturale di cui già la Corte di Appello di Milano e la Terza Sezione della Cassazione [e poi la Corte Costituzionale] si sono fatte interpreti e che ha portato un gran numero di giuristi ad interrogarsi se davvero si debba sacrificare sull'altare degli interessi delle lobbies economico-finanziarie burocratiche dell'Europa "di Corte" (anche invocati a sproposito) il patrimonio culturale faticosamente conquistato non di una identità nazionale chiusa in sé stessa, ma appartenente a quella che ormai possiamo chiamare la tradizione plurisecolare dell'Europa dei popoli.

La soluzione non sta in un anacronistico ritorno nostalgico al passato, ma in un'azione combinata a livello europeo di tutti i giuristi, accademici, magistrati, avvocati che sentono il dovere di ribellarsi alla costruzione di una Europa "prigioniera" di soffocanti interessi puramente economico-finanziari sostenuti da un apparato burocratico-poliziesco.

Solo una cultura comune delle garanzie a livello – sia di diritto penale sostanziale, sia di diritto processuale penale – attraverso l'elaborazione di modelli virtuosi comuni, potrà forse salvare l'idea stessa di Europa.

Altrimenti, come già sta accadendo, gli egoismi nazionalistici la distruggeranno.

APPENDICE

Con ordinanza n. 24 resa in data 23 Novembre 2016, la Consulta, utilizzando l'elegante strumento del rinvio pregiudiziale alla stessa Corte di Giustizia, ha posto ai Giudici di Lussemburgo una serie di interrogativi palesemente retorici.

Dopo avere premesso che:

a) al Giudice non possono essere affidate scelte che si basano su discrezionali valutazioni di politica criminale, ostandovi il principio di separazione dei poteri, “di cui l’art. 25, secondo comma, Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale” (p. 3);

b) il principio di leale cooperazione degli Stati membri, implica rispetto reciproco tra Stati membri e Unione e che il rispetto verrebbe meno “se le ragioni dell’unità pretendessero di cancellare il nucleo stesso dei valori su cui poggia lo stato membro” (p. 4);

c) il diritto dell’Unione (così come le sentenze della Corte di Giustizia) non può (possono) interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia “ai principi supremi del suo ordine [“ordine”- si badi -, non “ordinamento”] costituzionale” (p. 4);

d) la Costituzione italiana estende il principio di legalità non solo al fatto, ma a qualsiasi profilo sostanziale concernente la punibilità e le norme sulla prescrizione, di natura sostanziale (p. 5) e non processuale, sono anch’esse coperte dal principio di legalità;

e) occorre poi anche considerare se, al momento del fatto, la persona potesse ragionevolmente prevedere, in base al quadro normativo vigente all’epoca, che il diritto dell’Unione avrebbe imposto la disapplicazione della disciplina della prescrizione, essendo principio irrinunciabile del diritto penale costituzionale quello della prevedibilità delle conseguenze penali della propria condotta;

i Giudici della Consulta hanno posto alla Corte di Giustizia tre quesiti “interpretativi” dell’art. 325, paragrafi 1 e 2 TFUE con cui in sostanza chiedono di “precisare” se la norma del Trattato debba imporre al Giudice nazionale la disapplicazione delle disposizioni in materia di prescrizione anche quando ciò contrasti “con i principi supremi dell’ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro” (terzo, “riassuntivo”, quesito).

Credo che la nostra Corte non potesse essere più chiara di così, dando prova di eleganza istituzionale, perché formalmente ha mantenuto distinte le competenze proprie e quelle della Corte di Giustizia, e di fermezza nell’erigersi a garante dei principi fondativi del sistema costituzionale italiano.

Non solo dunque ha mostrato una sapienza e una capacità di assumere posizioni originali straordinarie, non allineandosi né alla decisione “remissiva” della Corte

spagnola (che notoriamente si è “inchinata” alla Corte di Giustizia), né a quella altezzosamente rivendicativa dei controlimiti imposti dal proprio ordinamento della Corte tedesca; ma, ha in sostanza chiesto ai Giudici di Lussemburgo una sorta di self restraint: ditemi che quella norma del Trattato non può essere interpretata nel senso che possa operare anche in contrasto con i principi irrinunciabili dell’assetto ordinamentale dello Stato membro (ovvero sancite voi che sono sempre fatti salvi i controlimiti); oppure i controlimiti li attiviamo noi e dichiariamo l’incostituzionalità dell’art. 325, paragrafi primo e secondo, nella parte in cui, detto in brutale sintesi, possa comportare conseguenze contrastanti con i principi irrinunciabili propri delle costituzioni degli Stati membri.

Stiamo a vedere.

GIOVANNI FLORA