

dell'intangibilità dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili dell'uomo garantiti dalla Costituzione", perciò definiti dalla dottrina "contro-limiti".

L'ordinanza in questione assume altresì particolare rilevanza nel dibattito circa i rapporti sussistenti tra i due ordinamenti, dal momento che costituisce il primo caso di rinvio pregiudiziale operato dalla Corte Costituzionale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, confermando così l'apertura da parte del giudice delle leggi ad una visione integrata tra diritto nazionale e diritto europeo.

Più di recente, in materia di prescrizione (oggetto di approfondimento nel quarto volume e, con particolare riferimento alla materia dei reati tributari, nel quinto volume), la Consulta ha nuovamente proceduto a un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, con ordinanza n. 24 del 2017, così confermando il trend inaugurato circa dieci anni prima e caratterizzato da un atteggiamento di collaborazione e coordinamento tra le due Corti.

Tale impostazione consente di ritenere che le fonti europee possano, in un sistema integrato tra i due ordinamenti, annoverarsi a pieno titolo tra le fonti del diritto penale, nelle materie in cui l'Unione Europea è legittimata a intervenire e di cui dirà nei prossimi paragrafi.

## 2. I rimedi alla violazione del diritto europeo

Prima di esaminare la competenza europea e gli strumenti di intervento, diretto e indiretto, in materia penale, occorre dare atto degli strumenti che il diritto nazionale e l'ordinamento europeo predispongono al fine di prevenire o comporre un eventuale contrasto tra norme europee e norme nazionali.

L'esame dei rimedi al contrasto tra i due ordinamenti consentirà di meglio comprendere le dinamiche attraverso cui il diritto dell'Unione Europea produce effetti, in via mediata, sul diritto penale nazionale.

I rimedi ai casi di violazione del diritto dell'Unione Europea differiscono a seconda che il contrasto con le norme sovranazionali riguardi un atto normativo interno ovvero un provvedimento giurisdizionale.

Prendendo le mosse dalla prima ipotesi, occorre fare riferimento alle norme costituzionali che regolano il rapporto tra i due ordinamenti e alla giurisprudenza costituzionale e della Corte di Giustizia intervenuta sull'argomento.

Rilevano in tal senso le norme dettate dagli artt. 11 e 117, comma primo, della Costituzione: l'art. 11 "*consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni*" e, nel contempo, "*promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo*", tra cui rientra a pieno

titolo l'Unione Europea; l'art. 117, comma primo, Cost., inoltre, prevede espressamente che lo Stato e le Regioni esercitino la funzione legislativa nel rispetto degli obblighi comunitari.

Alla luce delle citate disposizioni, la Corte Costituzionale ha affermato, come si è avuto modo di evidenziare nel precedente paragrafo, che, in forza del principio del primato del diritto europeo, il giudice nazionale è tenuto ad applicare le norme europee in luogo delle norme nazionali con esse contrastanti.

Tale opzione presuppone tuttavia che sussista un effettivo contrasto tra le disposizioni nazionali e quelle europee, tale per cui le prime non possano essere interpretate in maniera conforme al diritto dell'Unione; qualora dunque il giudice nazionale possa superare il conflitto tra i due ordinamenti adottando un'interpretazione del diritto nazionale conforme al diritto europeo, non dovrà procedere a disapplicare la disposizione interna ma potrà limitarsi a selezionare, tra le possibili letture della stessa, quella conforme alle norme sovranazionali.

Qualora ciò non fosse possibile si presentano due eventualità, a seconda che la norma europea risulti direttamente applicabile nell'ordinamento nazionale o meno.

Nel primo caso, quando la norma europea sia dettata dai Trattati, da Regolamenti e da Direttive *self executing* (idonee cioè a produrre effetti diretti, perché scadute e dal contenuto precettivo preciso e dettagliato, che non richiede pertanto un intervento integrativo da parte del legislatore nazionale), il giudice nazionale sarà tenuto ad applicarla in luogo della norma interna contrastante, in forza del già esaminato principio del primato.

Qualora invece la norma europea di riferimento non sia suscettibile di applicazione diretta (come nel caso delle direttive quando non siano scadute ovvero, pur se scadute, non presentino un contenuto precettivo preciso e dettagliato), il giudice nazionale dovrà adire la Corte Costituzionale, sollevando questione di legittimità costituzionale della norma interna per contrasto con l'art. 117, comma primo, Cost.; in tal caso la norma europea fungerà da parametro di legittimità interposto tra la legge e la citata norma costituzionale: laddove infatti l'art. 117 Cost., al comma primo, impone al legislatore di rispettare, nell'esercizio della potestà normativa, gli obblighi comunitari (*rectius* europei), assegna alle norme dell'ordinamento europeo un rango gerarchico superiore alle fonti primarie ma inferiore a quelle costituzionali; la norma consente pertanto, alla Corte Costituzionale di verificare se la legge penale risulti conforme alle disposizioni del diritto europeo, dichiarandone l'illegittimità costituzionale in caso di contrasto.

Siffatta impostazione ha trovato riscontro nella sentenza n. 28 del 2010 della Corte Costituzionale, in cui si è affermato che, in presenza di un con-

trasto non risolvibile in sede interpretativa tra una norma nazionale e una norma europea priva di effetti diretti nell'ordinamento italiano, la prima dovrà considerarsi violativa del disposto dell'art. 117, comma primo, Cost. e dovrà quindi essere oggetto di una pronuncia di incostituzionalità, previa remissione alla Corte.

Tale soluzione non si pone in contrasto con il principio del primato del diritto europeo poiché trova applicazione solo in presenza di norme non produttive di effetti diretti e che pertanto non potrebbero sostituire le norme nazionali con esse contrastanti. Si tratta pertanto di un rimedio che opera in via sussidiaria e garantisce la piena efficacia degli obblighi derivanti dai Trattati.

Qualora invece una violazione del diritto europeo sia perpetrata attraverso l'emanazione di un provvedimento giurisdizionale che applichi una norma con esso contrastante, occorre distinguere a seconda che tale provvedimento risulti ancora impugnabile ovvero abbia assunto i caratteri della cosa giudicata.

Nel primo caso, la violazione del diritto europeo sarà motivo di impugnazione del provvedimento secondo gli strumenti ordinari predisposti dall'ordinamento: il principio del primato opera infatti con esclusivo riferimento al contrasto tra norme e non consente di "disapplicare" provvedimenti giudiziari puntuali e concreti.

Diverso il caso in cui il provvedimento violativo del diritto europeo abbia assunto valore di giudicato, per esaurimento dei mezzi di impugnazione ovvero per acquiescenza delle parti.

In siffatta ipotesi occorre infatti bilanciare il principio della leale collaborazione tra gli Stati membri e l'Unione Europea (che impone ai primi di adottare tutte le misure utili alla corretta applicazione e alla piena efficacia del diritto europeo) con i principi di certezza del diritto e di intangibilità del giudicato. Nel comporre il contrasto tra i suddetti principi occorre inoltre tenere in considerazione la disciplina processual-penalistica, che consente, in ipotesi tassative, di intervenire sulle decisioni passate in giudicato, anche revocandone gli effetti.

La soluzione alle questioni in esame impone di operare delle distinzioni, prima fra tutte quella di tipo cronologico tra violazioni di una norma europea preesistente alla decisione passata in giudicato e la sopravvenienza di norme europee che invalidino *ex post* la decisione passata in giudicato.

L'ordinamento penale e processuale, infatti, prevede espressamente la possibilità di revocare gli effetti della sentenza di condanna passata in giudicato qualora sia venuta meno la relativa norma incriminatrice (come si avrà modo di evidenziare nella parte seconda del presente volume). L'art. 673 c.p.p., al comma primo, si limita a disciplinare i casi di abrogazione

o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, consentendo al giudice dell'esecuzione di revocare la sentenza di condanna, dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato.

La medesima *ratio* ricorre qualora la norma incriminatrice sia, in tutto o in parte, venuta meno per contrasto con una norma europea sopravvenuta alla decisione, che pone l'esigenza, per ragioni di eguaglianza e di giustizia sostanziale, di revocare la condanna per un comportamento che non potrebbe più costituire reato.

È stato pertanto sostenuto che, in presenza di un contrasto sopravvenuto tra decisione passata in giudicato e normativa europea, debba procedersi con la revoca della sentenza ai sensi dell'art. 673 c.p.p., estendendo la disposizione, in via analogica – *in bonam partem* – a siffatte ipotesi.

Tale soluzione solleva dubbi circa la propria ammissibilità, in quanto si tratta di un'operazione analogica in materia processuale, che stride con la riserva di legge sancita dall'art. 111, comma primo, Cost. (“*la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*”); tali perplessità, tuttavia, cedono il passo a fronte delle esigenze di giustizia per il reo e della necessità di assicurare l'attuazione del diritto europeo; tanto è confermato da una recente pronuncia della Corte di Cassazione, Sez. I penale, 15 giugno 2011, n. 24009, secondo cui una interpretazione costituzionalmente corretta della norma consente una applicazione in via analogica del disposto dell'art. 673 c.p.p., pur quando non si tratti di abrogazione o dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, ma di sopravvenuta inapplicabilità di una norma nazionale per effetto di una pronuncia della Corte europea, poiché si è in presenza di un'ipotesi certamente assimilabile, dal punto di vista logico, a quelle espressamente indicate nel citato art. 673 c.p.p.

Quella prospettata è tuttavia una soluzione parziale, destinata a trovare applicazione nel solo caso di sopravvenuta entrata in vigore della norma europea che contrasta con la sentenza passata in giudicato, giustificando così la necessità di un incidente di esecuzione nei termini di cui si è detto.

Diverso il caso in cui la norma europea violata dal provvedimento giurisdizionale ormai definitivo fosse previgente alla sentenza e al suo passaggio in giudicato. In tal caso, infatti, il giudice penale era tenuto ed era in condizione di ravvisare un contrasto tra la norma applicata e il diritto europeo e ciò nonostante ha adottato una decisione che, pur se erronea, ha acquisito il carattere della definitività.

Occorre tuttavia distinguere a seconda che il giudicato si sia formato per acquiescenza delle parti, che hanno omesso di esercitare il diritto di impugnazione della decisione, ovvero per esaurimento dei mezzi di impugnazione a seguito dell'intervento della Corte di legittimità.

In quest'ultimo caso, infatti, qualora la causa da decidere implichi l'applicazione del diritto europeo e sussista un dubbio circa l'interpretazione di questo ovvero circa la compatibilità del diritto nazionale con le norme dell'ordinamento europeo, i giudici della Corte di Cassazione, in quanto giudici apicali della giustizia penale, sono tenuti a sottoporre la questione alla Corte di Giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE.

La disposizione citata prevede infatti al terzo capoverso che *“Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte”*.

Ebbene, in siffatte ipotesi, qualora la Corte di Cassazione abbia omesso di rinviare la questione alla Corte di Giustizia, tale violazione degli obblighi comunitari e del generale dovere di leale collaborazione implica la necessità di porvi rimedio, disapplicando le disposizioni nazionali che impediscono un nuovo giudizio sulla vicenda, conforme al diritto europeo.

A tali conclusioni è pervenuta la Corte di Giustizia in materia di diritto amministrativo, in relazione al caso in cui la definitività dell'atto amministrativo illegittimo sia derivata da una pronuncia di un organo giurisdizionale che, omettendo di operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, abbia adottato una decisione in contrasto con il diritto dell'Unione alla luce della successiva giurisprudenza del Giudice europeo. In siffatta ipotesi la Corte ha affermato, in sentenza 13 gennaio 2004, c.d. Kühne & Heitz NV, in C-453/00, che *“l'organo amministrativo è tenuto, in applicazione del principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE [oggi art. 4 T.U.E.], a riesaminare tale decisione al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente di diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte [di Giustizia]”*.

I medesimi principi, che nel diritto amministrativo hanno consentito al privato di ottenere tutela in forma specifica a fronte della violazione del diritto europeo, mediante il riesame della decisione divenuta definitiva a seguito di una sentenza passata in giudicato, debbono *a fortiori* trovare applicazione in materia penale, a tutela del reo che sia stato ingiustamente condannato, in violazione del diritto europeo.

Peraltro la Corte Costituzionale ha avuto modo di affermare che il principio del giudicato opera a favore e a garanzia del reo e pertanto ammette deroghe qualora queste implichino effetti favorevoli per quest'ultimo (come nel caso di riunione di più reati oggetto di sentenze di condanna passate in giudicato, quando sia stata successivamente riconosciuta la continuazione tra di essi, con la possibilità di modificare la pena irrogata con sentenza de-

finitiva, applicando in sede esecutiva il cumulo giuridico: in tal senso Corte Costituzionale, sentenza 9 aprile 1987 n. 115). Ne deriva che la medesima operazione non potrebbe essere attuata in ipotesi di effetti sfavorevoli per il reo derivanti dalla deroga al principio del giudicato.

Fuori dei casi di omesso rinvio pregiudiziale, si pone invece il problema di individuare quale strumento possa essere applicato per garantire il rispetto del diritto dell'Unione a fronte di un provvedimento giurisdizionale in contrasto con esso e passato in giudicato.

Esclusa la possibilità di ricorrere all'art. 673 c.p.p. – che riguarda i casi di sopravvenienze normative – e in assenza degli stringenti presupposti in presenza dei quali la Corte di Giustizia ha ammesso la deroga al principio del giudicato, si dovrebbe concludere nel senso della intangibilità della decisione, nonostante risulti applicativa di norme in contrasto con il diritto dell'Unione Europea.

La medesima problematica si è posta in relazione al caso di condanna passata in giudicato che abbia applicato erroneamente il diritto interno, per errore del giudice penale. Occorre a tal riguardo premettere che il rimedio straordinario della revisione, che consente di impugnare una decisione passata in giudicato, non contempla tra i propri presupposti l'errore di diritto, né interno, né europeo. La disposizione dell'art. 630 c.p.p. è stata invece integrata, attraverso una recente sentenza della Corte Costituzionale (n. 113 del 2011, di cui si dirà ampiamente nella seconda sezione), in relazione ai casi di violazione delle norme della CEDU accertata con sentenza della Corte di Strasburgo.

Ebbene, in relazione alla violazione del diritto interno con sentenza di condanna passata in giudicato, la Corte di Cassazione, sezione I penale, 8 giugno 2015, n. 24399, ha rimesso alle Sezioni Unite della Corte la questione relativa all'operatività dell'art. 673 c.p.p. nei casi in cui la norma applicata fosse stata abrogata o dichiarata incostituzionale – o, per quanto rileva in questa sede, disapplicata per contrasto con il diritto europeo – prima della formazione del giudicato penale.

Nel rimettere la questione alle Sezioni Unite, la prima sezione ha dato atto del contrasto registratosi in merito nella giurisprudenza di legittimità: secondo un primo orientamento, infatti, dovrebbe escludersi l'operatività della revoca *ex art. 673 c.p.*, poiché la norma richiede la sopravvenienza dell'*abolitio criminis* e, nel contempo, non ammette un sindacato circa il merito della decisione, cui afferisce l'errore di diritto in cui è incorso il giudice del dibattimento; l'opposto orientamento fa invece appello ai principi di giustizia sostanziale sottesi alla disposizione succitata, che impongono la revoca di ogni sentenza, antecedente o successiva all'*abolitio criminis*, che condanni un soggetto in assenza di una valida e vigente norma incriminatrice.

Ebbene, con sentenza del 23 giugno 2016, n. 26259, le Sezioni Unite hanno dato risposta alla questione rimessa dalla prima sezione, affermando che “Il giudice dell’esecuzione può revocare, ai sensi dell’articolo 673 c.p.p., una sentenza di condanna pronunciata dopo l’entrata in vigore della legge che ha abrogato la norma incriminatrice, allorché l’evenienza di abolitio criminis non sia stata rilevata dal giudice della cognizione”.

Il supremo consesso ha infatti osservato che il principio “*nullum crimen, nulla poena, sine lege*” (nessun crimine e nessuna pena in assenza di una legge), che impone la revoca di una condanna priva di base legale, “non può essere condizionato da riferimenti cronologici in quanto se l’articolo 2 c.p., comma 2, prevede che nessuno possa essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato (e, se vi è stata condanna, ne cessano l’esecuzione e gli effetti penali), ancor più va tutelata la posizione di colui che sia stato condannato per un fatto che già al momento della commissione non era reato per essere precedentemente intervenuta l’abolitio criminis”.

La soluzione individuata dalle Sezioni Unite è dunque quella di estendere l’ambito operativo della revoca di cui all’art. 673 c.p.p. anche a siffatte ipotesi, in cui il giudicato si sia formato in applicazione di una norma inefficace perché già abrogata al momento della decisione.

Può pertanto ritenersi, in attesa che la Corte di Cassazione affronti in via diretta la questione, che, stante la ormai pacifica estensione del rimedio della revoca ai casi di sopravvenuto contrasto con il diritto europeo, la soluzione che le Sezioni Unite adottata nella sentenza citata potrà trovare applicazione anche con riferimento alle sentenze passate in giudicato che abbiano fatto applicazione di una norma contrastante con il diritto dell’Unione Europea.

In conclusione, dunque, può ritenersi che la prima forma di reazione del giudice penale al paventato contrasto delle norme interne con il diritto europeo è il tentativo di interpretazione conforme delle prime rispetto alle disposizioni sovranazionali; qualora tale operazione ermeneutica non risulti possibile, il giudice penale dovrà disapplicare la norma interna contrastante con quella europea e dare applicazione a quest’ultima; se tuttavia la norma europea violata non risulti direttamente applicabile, il giudice penale nazionale dovrà adire la Corte Costituzionale perché verifichi la legittimità della norma interna rispetto all’art. 117, comma primo, Cost. e alla norma europea, che opera quale parametro interposto di legittimità costituzionale.

Diverso il caso di violazione del diritto europeo per mezzo di una decisione giurisdizionale applicativa di una norma interna contrastante con il diritto dell’Unione Europea. Qualora infatti la decisione non sia passata in giudicato potranno essere esperiti gli ordinari mezzi di impugnazione; se invece si è



formato il giudicato occorre distinguere se la norma europea che risulta violata sia sopravvenuta o antecedente alla decisione definitiva: nel primo caso opera, per analogia, il rimedio della revoca della sentenza di condanna *ex art.* 673 c.p.p.; nel secondo caso, del pari, è prospettabile l'operatività della revoca, alla luce di quanto deciso dalla Corte di Cassazione in relazione ai casi di violazione del diritto interno; deve infine rilevarsi che, se tuttavia sulla causa si è pronunciata la Corte di Cassazione e, a fronte di un dubbio circa il contrasto con il diritto europeo, la Corte abbia ommesso di rinviare la questione alla Corte di Giustizia perché si pronunciasse in sede di rinvio pregiudiziale, la sentenza potrà essere rimessa in discussione, previa disapplicazione delle norme sul giudicato penale, in linea con l'impostazione accolta dalla Corte di Giustizia in analoghe ipotesi, in materia amministrativa.

### **3. Le competenze dell'Unione Europea in materia penale**

L'Unione Europea ha visto progressivamente crescere le proprie competenze in materia penale, a testimonianza della sempre più intensa collaborazione e sinergia tra gli Stati membri.

Deve tuttavia sin da principio escludersi la possibilità per il legislatore europeo di introdurre in via diretta e immediata fattispecie incriminatrici e le relative pene nell'ordinamento italiano.

A sostegno di tale conclusione sono stati individuati due principali argomenti: il primo si fonda sulla carenza di legittimazione democratica delle norme incriminatrici eventualmente introdotte dal legislatore europeo negli ordinamenti nazionali; il secondo è invece incentrato sul principio di legalità, di cui all'art. 25 Cost., in forza del quale l'ordinamento nazionale ammetterebbe in materia penale le sole norme emanate dal legislatore italiano: il principio di legalità, in quanto principio fondamentale della Costituzione, è destinato a prevalere sui vincoli europei o internazionali, quale "controlimita" all'ordinamento sovranazionale, e non consentirebbe alcuno spazio normativo diretto in materia penale per le fonti europee.

Nessuno dei due sopraesposti argomenti appare tuttavia dirimente: quanto alla carenza di legittimazione democratica deve infatti evidenziarsi che le procedure legislative europee hanno visto crescere il peso del Parlamento, fino alla completa equiparazione al Consiglio, nella procedura di co-decisione; ne consegue che, trattandosi di un'istituzione i cui componenti sono ormai da tempo eletti a suffragio universale negli Stati membri, non risulta priva della necessaria legittimazione democratica per legiferare anche in materia penale (sono peraltro numerosi i settori, altrettanto rilevanti e che riguardano diritti fondamentali della persona, in cui da tempo parti rilevanti della disciplina sono dettate dall'Unione Europea).



Quanto invece al secondo argomento, di carattere formale, secondo cui la riserva di legge non consentirebbe l'intervento europeo in materia penale, occorre procedere ad una lettura sistematica dell'art. 25, comma secondo, Cost., unitamente alle disposizioni della Carta Costituzionale che espressamente assegnano rilevanza, nel panorama delle fonti del diritto, alle norme europee – e internazionali – riconoscendogli rango superiore alla legge ordinaria, quali norme interposte tra le fonti di primo grado e la Costituzione.

Le norme europee pertanto presentano un grado gerarchico superiore rispetto alla legge ordinaria e, nel contempo, ai sensi dell'art. 117, comma primo, Cost., costituiscono parametro – sebbene indiretto – di legittimità costituzionale delle leggi dello Stato.

Ne consegue che, tanto l'argomento della carenza di legittimazione democratica, quanto il dato formale della riserva di legge assoluta ex art. 25, comma secondo, Cost., non valgono ad escludere un eventuale intervento del legislatore europeo in materia penale.

L'attuale interdizione delle fonti comunitarie dall'ordinamento penale deve dunque essere ricondotta non ai "contro-limiti" dell'ordinamento nazionale, ma all'assenza di una competenza diretta dell'Unione Europea in materia penale.

Manca infatti un fondamento normativo, anche solo implicito, che consenta alle istituzioni europee di intervenire in via diretta e immediata sull'ordinamento penale degli Stati membri; il riferimento al potere sanzionatorio riconosciuto dai Trattati (in tal senso art. 261 TFUE, già 229 TCE) deve infatti intendersi come potere di applicare sanzioni amministrative e non propriamente penali.

Tanto è altresì confermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che, pronunciandosi in causa C-176/03, nella composizione della Grande Sezione (equivalente alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione o all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato), ha espressamente affermato che *“la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrano nella competenza della Comunità”*.

Nella stessa sentenza, tuttavia, la Corte evidenzia che, pur mancando siffatta competenza in capo alle istituzioni europee, è comunque possibile che il legislatore europeo richieda *“l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali”* quando questa *“costituisce una misura indispensabile”*, adottando *“provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri [...] che esso ritiene necessari”*.

Ne consegue che la competenza europea in materia penale può assumere carattere propulsivo, evidenziando comportamenti lesivi degli interessi tutelati e degli obiettivi perseguiti dall'Unione Europea, a fronte dei quali gli

Stati membri sono chiamati a intervenire con misure sanzionatorie che, ove strettamente necessario, potranno assumere la natura di pene.

Deve tuttavia precisarsi che la concreta definizione delle fattispecie incriminatrici e l'individuazione delle sanzioni da irrogare restano appannaggio esclusivo del legislatore nazionale.

L'impostazione accolta dalla Grande Sezione ha trovato conferma nelle norme del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), introdotto con il Trattato di Lisbona del 2009, che disciplina espressamente la competenza dell'Unione in materia penale all'art. 83.

La disposizione in esame prevede infatti la possibilità per il Parlamento europeo e il Consiglio di stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale; lo strumento normativo individuato dalla norma è la direttiva europea, che lascia pertanto intatta la competenza legislativa statale in relazione alla disciplina di attuazione.

Il secondo periodo del primo paragrafo dell'art. 83 TFUE prevede un elenco tassativo delle materie di intervento, tra cui *“terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata”*.

È tuttavia consentito al Consiglio di adottare (all'unanimità e previa approvazione del Parlamento) una decisione che individua altre sfere di criminalità che presentino carattere transnazionale, sulla scorta degli indici individuati al comma primo della disposizione, che fa riferimento al carattere o alle implicazioni dei reati o alla una particolare necessità di combatterli su basi comuni.

Il secondo paragrafo della disposizione in commento prevede inoltre, allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si riveli indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, che le Istituzioni europee possano, mediante direttiva, individuare norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione.

Gli spazi di manovra dell'Unione Europea in funzione propulsiva del diritto penale degli Stati membri sono dunque individuati in riferimento all'esigenza di far fronte a fenomeni di criminalità transfrontaliera – che operi cioè oltre i confini nazionali e richieda pertanto un intervento comune – ovvero in funzione sussidiaria, in materie oggetto di armonizzazione da parte del diritto europeo, quando la predisposizione di misure sanzionatorie, anche penali, appaia necessaria a garantire il raggiungimento degli obiettivi dell'U-

nione (si pensi alla materia ambientale, ove le direttive europee richiedono espressamente la predisposizione di sanzioni penali al fine di garantire un'efficace tutela dell'ambiente e degli eco-sistemi).

Il potere di intervento riconosciuto all'Unione è tuttavia controbilanciato dalle previsioni di cui al paragrafo 3 dell'art. 83 TFUE, che consente agli stati membri di adire il Consiglio europeo (occorre tenere distinte le istituzioni del Consiglio dell'Unione Europea e del Consiglio europeo, evitando altresì di confondere quest'ultimo con il Consiglio d'Europa, di cui si avrà modo di trattare nella seconda sezione dedicata alla CEDU), perché si pronunci in merito all'incidenza delle direttive europee in materia penale sugli aspetti fondamentali degli ordinamenti penali nazionali; in tal caso la procedura legislativa è sospesa sino a quando il Consiglio Europeo non abbia sciolto positivamente la riserva, nel termine di quattro mesi<sup>3</sup>.

In questo modo la sovranità degli Stati membri in materia penale trova ulteriore conferma e tutela, garantendo un controllo politico circa la necessità dell'intervento e il suo impatto con i principi e la disciplina del diritto penale nazionale.

La cautela con cui il Trattato di Lisbona ha, quasi timidamente, istituzionalizzato un'area di intervento, seppure in via mediata, dell'Unione Europea in materia penale è confermata dalle disposizioni del successivo art. 84 TFUE, che esclude qualsiasi forma di armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, in sede di adozione delle misure per incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri nel campo della prevenzione della criminalità. Le direttive europee emanate ai sensi dell'art. 83 TFUE dovranno pertanto limitarsi ad individuare gli strumenti sanzionatori e le fattispecie illecite la cui punizione risulti necessaria per far fronte alle esigenze sopra menzionate, senza tuttavia operare alcuna forma di armonizzazione della disciplina penale nazionale, posto che siffatto potere non compete all'Unione Europea in forza dei vigenti Trattati.

### *3.1. La Carta di Nizza*

Le norme che, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, regolano le competenze europee in materia penale, e le fonti derivate in esse previste, non esauriscono le forme di incidenza del diritto dell'Unione Europea sul diritto penale degli Stati membri.

---

<sup>3</sup> In ogni caso, qualora le obiezioni sollevate da uno degli Stati membri comporti l'arresto di un progetto di direttiva in materia penale, ai sensi del paragrafo 4 dell'art. 83 TFUE, è consentito agli Stati membri di instaurare una forma di cooperazione rafforzata, purché raggiungano il numero di nove, e di attuare le misure proposte, previa informativa alle Istituzioni europee.

Fondamentale importanza in tal senso assume infatti la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (nota come Carta di Nizza) che, promulgata a Nizza nel 2000, è stata revisionata nel 2007 in vista dell'inclusione nel diritto dei Trattati dell'Unione Europea, avvenuta nel 2009 con la riscrittura dell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea (TUE).

L'art. 6 cit., al paragrafo 1, prevede infatti che *“L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo”*, precisando inoltre che la Carta *“ha lo stesso valore giuridico dei trattati”*.

L'attuale formulazione dell'art. 6 TUE segna dunque un importante mutamento del valore giuridico della Carta che, in forza del previgente art. 6, non riceveva alcun riconoscimento nei Trattati, a differenza della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), come si avrà modo di osservare nella seconda sezione del presente capitolo.

L'assegnazione alla Carta del medesimo valore dei Trattati comporta oggi invece l'operatività del principio del primato per le disposizioni in essa contenute, che consente di disapplicare ogni fonte nazionale con esse contrastante (ad eccezione delle fonti espressive dei principi fondamentali degli ordinamenti degli Stati membri, c.d. contro-limiti); inoltre le disposizioni della Carta rappresentano uno dei parametri di legittimità per l'operato delle Istituzioni europee e per gli atti, anche normativi, da esse emanati; la Carta costituisce infine parametro di legittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 117, comma primo, Cost. – nel testo vigente dopo la novella costituzionale del 2001 – qualora il giudice nazionale non possa accedere ad un'interpretazione conforme del diritto nazionale o alla diretta applicazione delle norme in essa contenute (per i rimedi alla violazione del diritto europeo si rinvia al secondo paragrafo del presente capitolo).

Così ricostruito il rango normativo della Carta di Nizza, occorre esaminare le principali disposizioni che essa presenta in materia penale, destinate pertanto ad incidere sull'ordinamento nazionale, al pari delle disposizioni del TFUE sopra esaminate.

Rilevano in tal senso le disposizioni di cui agli artt. 48 e 49 della Carta, che sanciscono, rispettivamente, la presunzione di innocenza del reo – garantendo altresì il diritto di difesa – nonché il principio di legalità e di proporzionalità delle pene.

La prima disposizione pone regole che afferiscono in maggior misura al diritto processuale penale, non prive tuttavia di rilevanza sostanziale, nella parte in cui sanciscono la presunzione di innocenza che, come si è già osservato in relazione all'omologa norma costituzionale italiana (art. 27, comma secondo, Cost.), incide sulla struttura del reato e sulle regole di accertamen-

to degli elementi costitutivi della fattispecie penale, primo fra tutti il nesso eziologico.

La seconda, dettata dall'art. 49 della Carta, assume invece tratti squisitamente penali-sostanziali e sancisce che *“Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale”*.

Nel contempo, la disposizione in esame afferma che *“Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima”*. Rinviando alla parte seconda del presente volume l'esame delle disposizioni dell'art. 49 della Carta di Nizza che afferiscono ai principi che regolano la successione di norme penali nel tempo (al pari del paragrafo 2 dell'art. 49, che prende in considerazione i crimini riferibili allo *ius gentium*, sotto il profilo intertemporali), occorre in questa sede dare atto della vocazione strettamente penalistica della disposizione in commento ed esaminare quali effetti sia idonea a produrre sul diritto penale nazionale.

Si pensi, in particolare, al paragrafo 3 dell'art. 49 della Carta di Nizza, che sancisce espressamente il principio di proporzione delle pene rispetto al reato (*“3. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato”*), che revocherebbe in dubbio la legittimità di numerose norme incriminatrici di recente introduzione e il loro esorbitante trattamento sanzionatorio.

Non meno rilevante è il disposto dell'art. 50 della Carta, ai sensi del quale *“Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge”* (su cui si tornerà nella seconda sezione).

Ebbene, nonostante le immediate e dirette ricadute che le norme menzionate potrebbero produrre sul diritto nazionale (specie riguardo ai profili di successione di leggi penali nel tempo, di cui si dirà nella parte seconda), la stessa Carta ne limita gli effetti, all'art. 51, sancendo che *“Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione”*; il paragrafo 2 della disposizione in esame precisa inoltre che *“La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati”*. D'altronde, anche l'art. 6 TUE, nell'attuale formulazione, pur avendo riconosciuto alla Carta di Nizza il valore giuridico dei Trattati, sottolinea, al secondo capoverso del

paragrafo 1, che “*Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell’Unione definite nei trattati*”.

Ne deriva che i principi sanciti in materia penale troveranno applicazione con esclusivo riferimento alle norme incriminatrici dettate in attuazione del diritto dell’Unione Europea e, pertanto, nelle sfere di competenza tracciate dal già esaminato art. 83 TFUE o in materie legate all’attuazione degli obiettivi dell’Unione. Come si avrà modo di evidenziare nell’esame dei principi che regolano la successione delle norme penali nel tempo, l’autolimitazione che la Carta impone all’ambito operativo delle proprie disposizioni normative non consente di elevare le stesse a parametri – interposti – di legittimità costituzionale, potendo al più rilevare nella veste di *tertium comparationis* ai sensi dell’art. 3 Cost. nei termini di cui si dirà nell’apposita trattazione.

Anche le disposizioni dettate dalla Carta di Nizza sono dunque destinate a produrre effetti solo mediati sul diritto penale nazionale, nei limiti delle competenze riconosciute al legislatore europeo.

#### **4. L’incidenza indiretta del diritto europeo in materia penale: gli effetti sfavorevoli per il reo**

Esclusa pertanto la possibilità per l’Unione Europea di intervenire in maniera diretta e immediata in materia penale, occorre esaminare le numerose forme di incidenza del diritto europeo in via indiretta sul diritto degli Stati membri, distinguendole a seconda che ne derivino effetti favorevoli ovvero di sfavore per il reo.

Il secondo caso, oltre che per effetto dell’introduzione di reati e sanzioni penali su impulso delle direttive europee di cui al già esaminato art. 83 TFUE, potrà verificarsi allorché una norma di favore risulti in contrasto con il diritto dell’Unione Europea e sia quindi oggetto di disapplicazione ovvero di dichiarazione di incostituzionalità, quando le norme europee non siano suscettibili di applicazione diretta.

Al pari di quanto osservato in relazione alle sentenze della Corte Costituzionale, oggetto di trattazione nel precedente capitolo, non è possibile per la Corte di Giustizia intervenire sulla normativa penale statale attraverso pronunce che abbiano l’effetto di estendere o aggravare le sanzioni penali nazionali allorché non garantiscano un’efficace attuazione del diritto dell’Unione. Nello stesso senso si è espressa la Corte di Giustizia dell’Unione Europea in relazione ai reati in materia di falso in bilancio, nella previgente formulazione, oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte perché ne attestasse l’insufficienza a garantire un effetto deterrente per le condotte incriminate, lesive per il mercato unico europeo; in tale occasione, la Corte, in causa C-387/02, ha escluso la possibilità di intervenire sulle norme penali nazionali, con effetti

sfavorevoli per il reo, per di più a fronte di una direttiva non direttamente applicabile, perché priva del necessario carattere di precisione e dettaglio (*non self executing*). In siffatte ipotesi, pertanto, la soluzione da adottare deve rinvenirsi nella procedura di infrazione nei confronti dello Stato membro che si sia reso inadempiente agli obblighi di attuazione del diritto dell'Unione.

Diverso il caso in cui l'intervento della Corte di Giustizia sia volto non ad estendere l'ambito operativo della fattispecie penale, né ad aggravarne il trattamento sanzionatorio, ma ad incidere sull'applicazione di una norma di favore che risulti in contrasto con il diritto dell'Unione.

È quanto avvenuto di recente in materia di reati tributari, in relazione alle disposizioni di cui agli artt. 160 e 161 c.p., che individuano i termini massimi di prescrizione, operanti anche a fronte di cause di interruzione del termine prescrizione.

La Corte di Giustizia, con la sentenza “*Taricco*”, in causa C-105/14, ha affermato al riguardo che una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella nazionale “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 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”. La Corte prosegue affermando che “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”.

L'eventuale disapplicazione delle norme che individuano i termini massimi di prescrizione, pertanto, comporterebbe che ogni atto interruttivo della prescrizione implichi un nuovo decorso del relativo termine, senza limite alcuno.

La decisione della Corte, che ha rimesso al giudice nazionale la valutazione della sussistenza di elementi idonei a dimostrare la violazione del diritto europeo (l'impossibilità di sanzionare i comportamenti lesivi dell'interesse fiscale europeo ovvero la disparità di trattamento rispetto alla tutela penale degli interessi fiscali nazionali), ha visto contrapporsi due orientamenti in giurisprudenza: il primo, adottato dalla Corte di Cassazione (in tal senso Cass., sez. III penale, 20 gennaio 2016, n. 2210), di recepimento delle indicazioni del giudice europeo, con conseguente disapplicazione delle norme di cui agli artt. 160 e 161 c.p. e interruzione dei termini di prescrizione con