

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

1/2025

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti.

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Andrea Abbagnano Trione, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Enrico Basile, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Carlo Bonzano, Matilde Brancaccio, Carlo Bray, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Gaia Caneschi, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Carlotta Conti, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Jacopo Della Torre, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Stefano Finocchiaro, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Dèsirèe Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Giorgio Lattanzi, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Adelmo Manna, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Francesco Mazzacuva, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Bartolomeo Romano, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia.

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Dario Albanese, Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Patrizia Brambilla, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Elisa Grisonich, Alessandro Malacarne, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Pontepino, Sara Prandi, Tommaso Trinchera.

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2023, p. 5 ss.

LIN, LA LEX MITIOR (SOVRANAZIONALE) E I SUOI LIMITI: OCCASIONE MANCATA O SEGNALI DI AVVICINAMENTO?

Corte Giust., Grande Sez., sent. 24 luglio 2023, Lin, causa C-107/23 PPU

di Francesco Bertocco

Tanto l'ordinamento italiano quanto quello convenzionale e dell'Unione Europea riconoscono il principio di retroattività della legge penale più favorevole (principio della lex mitior). La stessa simmetria, però, non si registra sul piano delle deroghe che ciascuno di questi ordinamenti riconosce al principio in parola. Il presente lavoro riflette su tali differenze e su come queste possano ripercuotersi sull'ordinamento interno, concentrandosi poi sull'impatto della sentenza annotata, con cui per la prima volta la Corte di Giustizia si confronta con il tema della derogabilità del principio della lex mitior.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il principio della *lex mitior* e i suoi limiti, confrontando l'ordinamento interno con quello convenzionale e sovranazionale. – 2.1. Il principio... – 2.2. ...e i suoi limiti. – 3. Una prima volta per la Grande Sezione: quale *lex mitior*? E quali limiti? – 3.1. Il caso. – 3.2. La sentenza della Grande Sezione. – 3.3. Note critiche. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

La sentenza annotata rappresenta una prima volta. Non era mai capitato, infatti, che la Corte di Giustizia dovesse fronteggiare in maniera così diretta una domanda circa i limiti del principio della *lex mitior* di cui all'articolo 49(1) della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (CDFUE).

Il principio di retroattività della legge penale più favorevole - anche noto, più brevemente, come principio della *lex mitior* - è riconosciuto da tutti i principali cataloghi di diritti fondamentali rilevanti nell'ordinamento italiano, dalla Costituzione¹ alla

¹ Nei cui articoli 3 e 117 comma 1 la Corte costituzionale ne ha rinvenuto il fondamento, v. *infra* sez. 2.

CDFUE, alla *European Convention of Human Rights*² (ECHR)³. La CDFUE, in particolare, si distingue tra i cataloghi citati per essere l'unico a prevedere nero su bianco, e non attraverso la mediazione di letture giurisprudenziali, il principio in parola.

In Italia, l'articolo 2 del codice penale Rocco prevedeva dei limiti all'efficacia della *lex mitior* già a partire dalla sua entrata in vigore; a questi la giurisprudenza costituzionale ne ha aggiunti altri, a partire al più tardi dagli inizi del Duemila. I limiti "italiani", però, non trovano necessariamente una traduzione sul piano convenzionale o sovranazionale.

Ciò che ci si domanda, perciò, cogliendo l'occasione offerta dalla sentenza *Lin*, è – *in primis* – in che misura i tre diversi livelli di tutela coinvolti riconoscano gli stessi limiti all'operatività del principio in parola. Dal momento che tale allineamento può ritenersi tutt'al più parziale, occorrerà poi indagare le conseguenze delle discrepanze identificate.

La riflessione prende le mosse dalla sezione seconda con un'introduzione del principio della *lex mitior*, ripercorrendone brevemente l'emersione e l'affermazione, focalizzandosi sui tre ordinamenti considerati. Si prosegue poi censendo i limiti che l'ordinamento italiano riconosce a tale principio, mettendoli a confronto con quelli accolti invece negli ordinamenti convenzionale e sovranazionale, per concludere ipotizzando possibili percorsi di ricomposizione delle divergenze riscontrate. La terza sezione si sposterà invece dal generale al particolare, proponendo una ricostruzione e un commento degli argomenti svolti dalla Corte nel caso *Lin* e pesandone le ricadute in termini di avvicinamento o allontanamento tra la concezione sovranazionale della *lex mitior* e quella interna. La sezione quarta riassumerà il lavoro e le conclusioni raggiunte.

² Per puntualità nelle pagine che seguono si utilizzerà l'inglese per fare riferimento a nomi propri di istituzioni e di testi normativi che vedono soltanto questa, e il meno diffuso francese, quale lingua ufficiale (faranno eccezione i riferimenti giurisprudenziali in nota, in ossequio a criteri di coerenza e omogeneità dello stile di citazione). L'attenzione è inusuale per chi scrive di diritto interno, ma non per chi si occupi di diritto dell'UE, nel cui ambito le lingue ricoprono tutt'altro rilievo. È noto infatti come, in quella sede, tutte le lingue ufficiali degli Stati membri sono anche lingue ufficiali dell'Unione, ed ecco perché i riferimenti unionali saranno, in queste pagine, in italiano.

L'accento appena posto si colloca nell'ambito di una prospettiva volta alla maggiore valorizzazione del carattere originale di ciascuna lingua, italiano incluso, senza per questo nascondere il carattere transnazionale della cultura contemporanea. In sintesi, al riconoscere l'inglese come lingua franca non segue di necessità un'inclinazione generalizzata verso gli inglesismi, né fare attenzione all'originalità di ogni lingua, compresa la propria, comporta tradurre nella lingua madre anche ciò che non preclude la comprensibilità, men che meno quando sia l'ordinamento di riferimento a individuare una lingua ufficiale.

³ A partire dal caso *Scoppola* (C. eur. dir. uomo, Grande Sez., sent. 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia* (n. 2), la giurisprudenza della *European Court of Human Rights* (ECtHR) vi trova fondamento nell'art. 7(1) ECHR, v. *infra* sez. 2.

2. Il principio della *lex mitior* e i suoi limiti, confrontando l'ordinamento interno con quello convenzionale e sovranazionale.

2.1. Il principio...

Il principio di retroattività della norma penale più favorevole può essere sinteticamente reso come segue: se la norma penale successiva al fatto di reato è più favorevole di quella in vigore al *tempus commissi delicti*, quest'ultima va disapplicata in favore della successiva più favorevole.⁴

Il principio è posto in deroga a quello generale di irretroattività⁵ che, in materia penale, quale divieto di retroattività *in malam partem*, assume il carattere dell'inderogabilità, almeno con riferimento agli ordinamenti italiano, unionale e convenzionale.⁶ Per contro, la retroattività penale *in bonam partem* incontra limitazioni che sono pacifiche nell'ordinamento convenzionale e, soprattutto, interno. Vale lo stesso per l'ordinamento sovranazionale? In parte parrebbe doversi concludere che i limiti ci sono anche nel diritto dell'Unione, sebbene non siano mai stati esplicitati e, per altra parte, forse la lettura della sentenza qui annotata permette di iniziare ad intravedere alcuni indizi di un'emergente tendenza all'allineamento.

Nel 1869, anno di pubblicazione del fondamentale studio di Carlo Francesco Gabba "Della retroattività in materia penale: studi teorico-pratici", la *lex mitior* era già patrimonio comune della dottrina non soltanto italiana.⁷

Per quel che concerne il formante legislativo, poi, in Italia il Codice penale Rocco del 1930 contempla il principio all'art. 2⁸ fin dalla sua entrata in vigore, sia *sub species* di

⁴ Sul principio della *lex mitior* v., in dottrina, M. GAMBARDELLA, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, Ann. VII, 2014, 648; S. DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, in *Dig. pen.*, Vol. XIV, 1999, 82; F. C. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. pen.*, Vol. VII, 1993, 338.

⁵ Art. 11 prel.

In generale sulla retroattività o irretroattività degli atti normativi v. F. SATTA, voce *Irretroattività degli atti normativi*, in *Enc. giur.*, Vol. XIX.

⁶ V. artt. 25 c. 2 Cost., 49(1) CDFUE, 7(1) ECHR.

Oltre a *supra* nota 4, a commento delle norme citate si vd. – per quel che concerne il principio costituzionalizzato – F. BRICOLA, *Art. 25, 2° e 3° comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, 1981, 227, 284 ss.; per l'art. 49(1), R. PALLADINO, *I principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Tutela dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia: l'applicazione giurisprudenziale del titolo VI della Carta*, a cura di A. Di Stasi, Editoriale Scientifica, 2019, 293, 314 ss. e V. MITSILEGAS, E. BILLIS, *Art. 49 – Principles of Legality and Proportionality of Criminal Offences and Penalties*, in *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, a cura di S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD, II ed., Bloomsbury, 2021, 1473; per la garanzia convenzionale, W. A. SCHABAS, *Article 7. No punishment without law / Pas de peine sans loi*, in *The European Convention on Human Rights: A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 328.

Sulla diffusa convergenza dei diversi ordinamenti penali sul principio di irretroattività *in malam partem* della legge penale sostanziale, v. T. WEIGEND, *Criminal Law and Criminal Procedure*, in *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, a cura di J. M. Smits, J. Husa, C. Valcke, M. Narciso, Edward Elgar, 2023, 483, 489-490.

⁷ S. DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, cit., 87.

⁸ C. PECORELLA, *Art. 2*, in *Codice penale commentato*, fondato da E. Dolcini, G. Marinucci, diretto da E. Dolcini, G. L. Gatta, V ed., IPSOA (Wolters Kluwer), 2021, 47.

abolitio criminis – al comma 2 – sia declinato nella successione di leggi penali nel tempo, all’allora comma 3 (oggi comma 4, dopo la novella del 2006⁹).

Sul versante costituzionale, malgrado la Carta taccia sul punto, il giudice delle leggi non ha mai ritenuto che il principio confliggesse con quelli fissati in Costituzione¹⁰ e, anzi, la giurisprudenza della Corte si è ormai da tempo consolidata nel dare copertura costituzionale alla *lex mitior*, chiarendone altresì il fondamento, da ricercare non nell’art. 25 comma 2 Cost., ma nel principio di ragionevolezza di cui all’art. 3, ragionevolezza che impone di escludere l’applicazione di un trattamento peggiore al reo, laddove sia sopravvenuta una rivalutazione del legislatore circa il disvalore del fatto di reato e il conseguente trattamento punitivo.¹¹

Frattanto, nel 1966 il principio era ormai apparso all’art. 15 dell’*International Covenant on Civil and Political Rights*,¹² ratificato dall’Italia con la Legge 25 ottobre 1977, n. 881, depositata il 15 dicembre 1978. Più di recente, la *lex mitior* ha anche trovato esplicito riconoscimento all’art. 24(2) del *Rome Statute* della *International Criminal Court*, entrato in vigore nel 2002.¹³

La *European Convention of Human Rights*, dal canto suo, non prevedeva in origine il principio della *lex mitior* ma - a partire dal celebre caso *Scoppola* - la *European Court of Human Rights (ECtHR)* ha inaugurato la giurisprudenza che legge l’art. 7(1) *ECHR* come inclusivo di detta garanzia,¹⁴ comportando per altro un rafforzamento del fondamento costituzionale della stessa, da quel momento riferibile anche all’art. 117 c. 1.¹⁵

⁹ Il riferimento è alla Legge 24 febbraio 2006, n. 85.

¹⁰ Tra le pronunce più risalenti, in questo senso, v. Corte cost., sent. 16 gennaio 1978, n. 6.

¹¹ Corte cost., sent. 23 novembre 2006, n. 394.

¹² S. JOSEPH, M. CASTAN, *Prohibition of Retrospective Criminal Laws – Article 15*, in *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, III ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, 521.

¹³ W. A. SCHABAS, *Article 24. Non-retroactivity ratione personae / Non-retroactivité ratione personae*, in *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, II ed., Oxford, Oxford University Press, 2016, 555.

¹⁴ Corte EDU, *Scoppola*, cit., v. in particolare § 106: «*The Court therefore concludes that [...] a consensus has gradually emerged in Europe and internationally around the view that application of a criminal law providing for a more lenient penalty, even one enacted after the commission of the offence, has become a fundamental principle of criminal law*».

Si noti che tra gli indici di tale *consensus* la Corte cita l’art. 49(1) della Carta di Nizza e la Corte di Giustizia UE, Grande Sez., sent. 3 maggio 2005, *Berlusconi*, C-387/02, C-391/02 e C-403/02, v. subito *infra* nel testo. Si vd. anche § 109: «*In the light of the foregoing considerations, the Court takes the view that it is necessary to depart from the case-law established by the Commission in the case of X v. Germany and affirm that Article 7 § 1 of the Convention guarantees not only the principle of non-retrospectiveness of more stringent criminal laws but also, and implicitly, the principle of retrospectiveness of the more lenient criminal law*» (passaggio in cui emerge una differenza rispetto all’impostazione della giurisprudenza costituzionale: la *ECtHR* concepisce la *lex mitior* come l’altra faccia del principio di irretroattività penale; per il diverso approccio adottato da Corte costituzionale e Corte di Giustizia *cf.*, rispettivamente, *supra* nota 11 e relativo testo principale, e *infra* nota 18 e testo principale accompagnato).

Sull’art. 7 si rimanda a W. A. SCHABAS, *Article 7. No punishment without law / Pas de peine sans loi*, cit.

¹⁵ Corte cost., sent. 22 luglio 2011, n. 236.

Per uno sguardo di sintesi sulla giurisprudenza costituzionale fondamentale in materia di *lex mitior* v. Corte cost., sent. 21 marzo 2019, n. 63.

Per quel che concerne l'ordinamento unionale, questo giungeva a conclusioni analoghe a quelle della *ECTHR* prima ancora di *Scoppola*. Il principio, infatti, appare già all'art. 49(1) della Carta di Nizza, nel 2000, prima che questa divenisse giuridicamente vincolante assumendo rango pari a quello dei Trattati come "Carta dei diritti fondamentali dell'UE", ai sensi dell'art. 6(1) TUE.

La Corte di Giustizia, d'altronde, ha anticipato il Trattato di Lisbona in questo senso. Già nella sentenza *Berlusconi* della Grande Sezione – che *Scoppola* per altro riprenderà - i giudici, da Lussemburgo, affermarono che:

«[...] il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Ne deriva che tale principio deve essere considerato come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario [...]».¹⁶

Diversamente dalla giurisprudenza di Strasburgo, per altro,¹⁷ quella della Corte di Giustizia concorda con la Corte costituzionale italiana quanto alla *ratio* sottesa al principio in parola.¹⁸

2.2. ...e i suoi limiti.

Si è accennato al fatto che, nell'ordinamento italiano, il principio di retroattività della norma penale più favorevole incontra delle limitazioni. In effetti, si tratta di una conclusione facilmente comprensibile guardando al fondamento stesso della *lex mitior*: basandosi sul principio di ragionevolezza, è possibile, almeno astrattamente, che il giudizio di ragionevolezza volga a sfavore della *lex mitior* e a favore di altre esigenze di rilievo costituzionale pari o superiore. Ecco spiegato perché nel principio di ragionevolezza si trovi tanto il fondamento della *lex mitior* quanto il suo limite.¹⁹

Due prime ipotesi si danno con riferimento ai commi 4 e 5 dell'art. 2 c.p. Secondo il comma 5, in particolare, «se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti», ivi incluse quelle di cui ai commi 2 e 4, vale a dire il principio della *lex mitior* in ogni sua declinazione. Non si ravvisano particolari

¹⁶ Corte Giust., *Berlusconi*, cit., §§ 66-69 (commentata, e.g., da A. BIONDI, M. MASTROIANNI, *Joined Cases C-387/02, C-391/02 and C-403/02, Berlusconi and others*, in *CML Rev.*, 2/2006, 553).

La presente ricerca ha individuato proprio in *Id.* il precedente più risalente in questo senso. Sul punto, cf. R. PALLADINO, *I principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, cit., 314.

¹⁷ V. Corte EDU, *Scoppola*, cit., § 109, *supra* nota 14.

¹⁸ Pur senza fare riferimento al principio di ragionevolezza, proprio più del ragionamento della Corte costituzionale che di quella di Giustizia. Sul punto la Corte si pronunciò prima in Corte di Giustizia UE, Sez. V, sent. 6 ottobre 2016, *Paoletti*, C-218/15, § 27, e poi, i termini, Corte di Giustizia UE, Sez. V, sent. 7 agosto 2018, *Clergeau*, C-115/17, § 33, fino alla sentenza qui annotata, § 107. V. anche Conclusioni dell'Avvocato Generale Manuel Campos Sánchez-Bordona nella Causa C-107/23 PPU [Lin], §§ 93-95.

¹⁹ Corte cost., n. 394/2006, cit., § 6.4: «Il collegamento del principio della retroattività *in mitius* al principio di eguaglianza ne segna, peraltro, anche il limite».

criticità quanto alla legittimità costituzionale della norma in parola, che ben si comprende alla luce dell'anzidetto canone della ragionevolezza.²⁰

In passato, invece, era stata messa in dubbio la legittimità costituzionale dell'art. 2 c. 4 c.p.,²¹ nella parte in cui individua nel giudicato penale un limite all'efficacia della *lex mitior*, seppur con salvezza degli artt. 2 c. 2 c.p. e 673 c.p.p., oltre che 2 c. 3 c.p. Osservando alla luce di quanto detto finora la sentenza n. 74 del 1980 - con cui la Corte costituzionale afferma, al contrario, la legittimità costituzionale della norma penale in esame - viene da concludere che anche in quel caso la Corte ha ritenuto *ragionevole* la limitazione, posta a tutela della certezza dei rapporti «ormai esauriti».²²

Un'altra ipotesi è rappresentata dai Decreti-Legge non convertiti che, quand'anche siano più favorevoli della normativa penale precedente, non possono essere applicati retroattivamente.²³

Infine, un meccanismo simile caratterizza le leggi penali colpite da declaratorie di incostituzionalità. Queste si applicheranno sempre ai fatti commessi sotto il loro vigore - stante l'inderogabilità del principio di irretroattività penale - ma, laddove fossero più favorevoli della normativa penale a loro previgente, dal momento in cui vengono dichiarate incostituzionali non potranno più dispiegare effetti per il passato.²⁴

²⁰ La dottrina, nell'accogliere la norma, precisa però che la deroga opera in senso biunivoco: sia nel senso di impedire la retroattività della *lex mitior* successiva a quella temporanea o eccezionale, sia nel senso di impedire la retroattività della *lex mitior* eccezionale o temporanea che succeda a quella comune, v. S. DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, cit., 94 ss.; conf. C. PECORELLA, Art. 2, cit., § 93.

Inoltre, la giurisprudenza ha precisato che il limite di cui all'art. 2 c. 5 c.p. vale nei rapporti tra leggi temporanee o eccezionali e leggi comuni, ma non all'interno del novero delle leggi temporanee o eccezionali, anche se pare doveroso precisare che, perché la *lex mitior* ex art. 2 c. 5 trovi applicazione retroattiva a dispetto di un'altra legge temporanea o eccezionale, bisogna ritenere - alla luce della *ratio* che muove la previsione di questa legislazione "d'eccezione" e l'art. 2 c. 5 c.p. - che le due si siano succedute *nello stesso frangente temporale o eccezionale*.

In giurisprudenza, v. Cass., Sez. I, sent. 14 marzo 2013, n. 11994, imp. *Di Pauli*, rv. 255448 - 01: «Si applicano le disposizioni del cod. pen. militare di pace ai reati militari commessi nell'ambito delle missioni previste dalla L. 4 agosto 2006 n. 247, anche se antecedenti alla data della sua entrata in vigore e quindi assoggettati alla più severa disciplina del cod. pen. militare di guerra prevista dalla precedente normativa, non rilevando la temporaneità di quest'ultima in quanto la regola derogatoria al regime di retroattività della "lex mitior" stabilita dall'art. 2, comma quinto cod. pen. non trova ragione di applicazione nel caso di norme parimenti temporanee o eccezionali succedutesi l'una all'altra durante il periodo di vigenza ovvero durante la permanenza della situazione di eccezionalità. (Fattispecie relativa ad azione civile esercitata dai superstiti e dai parenti delle vittime dell'attentato di Al Nassiriya)» (in termini, Cass., Sez. I, sent. 4 luglio 2007, n. 25811, imp. *Elia*, rv. 239559 - 01; sent. 1 luglio 2008, n. 26316, imp. *Cau*, rv. 240396 - 01; sent. 28 luglio 2008, n. 31420, imp. *Madonna*, rv. 240672 - 01).

Sul punto v. C. PECORELLA, Art. 2, cit., § 94.

²¹ V. sul punto S. DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, cit., § 7.

²² Corte cost., sent. 20 maggio 1980, n. 74.

De iure condendo non è l'unica posizione sostenibile, ovviamente: v. in tal senso la posizione contraria espressa nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale, cit., *infra* nota 29.

²³ È quanto deciso dalla Corte cost., sent. 22 febbraio 1985, n. 51, che ha dichiarato incostituzionale l'ultimo comma dell'art. 2 c.p. per violazione dell'art. 77 Cost.

²⁴ Fatto salvo il giudicato, così come stabilito dal combinato disposto degli articoli 136 c. 1 Cost. e 1 L. cost. 9 febbraio 1948, n. 1, per come interpretati dalla giurisprudenza costituzionale (v. Corte cost., sent. 16 aprile 2021, n. 68, § 2.2 del *Considerato in diritto*).

Tale complessa regolazione della materia intertemporale, disciplinata *funditus* dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 394 del 2006,²⁵ permette di non porre nel nulla l'efficacia del sindacato costituzionale delle leggi, preservando allo stesso tempo il disposto dell'art. 25 c. 2 Cost. Tale possibilità discende dal carattere "flessibile" del principio della *lex mitior* che - anche in questo caso del tutto ragionevolmente - cede di fronte alla necessità di preservare la rigidità della Carta costituzionale, garantita appunto dal sindacato di legittimità.

Sul versante convenzionale, la ECtHR, aprendo alla *lex mitior* con la sentenza *Scoppola*, ne definiva anche i contorni, ammettendo anch'essa che il principio incontrasse dei limiti o, meglio, *un solo* limite, vale a dire la salvezza del giudicato:

«That principle [ovvero il principio della retroattività della norma penale più favorevole] is embodied in the rule that where there are differences between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and subsequent criminal laws enacted before a final judgment is rendered, the courts must apply the law whose provisions are most favourable to the defendant.».

Per altro, nella sua giurisprudenza successiva la Corte è tornata sull'argomento, rimettendo agli ordinamenti degli Stati Parti della Convenzione la possibilità di prevedere l'ultrattività del principio in parola rispetto alla *res iudicata*.²⁶

Per quel che concerne invece l'art. 49(1) CDFUE, la Corte di Giustizia dell'UE non si è mai pronunciata sull'eventualità che il principio della *lex mitior* ivi positivizzato potesse incontrare delle limitazioni.²⁷ Tuttavia, pur senza esplicitamente riferire tale limite all'operatività della *lex mitior*, la giurisprudenza della Corte di Giustizia - in ossequio alle identiche ragioni di certezza dei rapporti riconosciute anche dalla Corte costituzionale - è consolidata nel senso di ritenere che il principio del primato non comporti la disapplicazione della norma interna contraria al diritto dell'UE finanche giungendo al punto di travolgere il giudicato, salvo che tale travolgimento sia già contemplato dall'ordinamento dello Stato membro.²⁸ Declinando tale principio generale

²⁵ Corte cost., n. 394/2006, cit., su cui G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le «zone franche»*, in *Giur. cost.*, 6/2006, 4160; ID., *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, E.S.I., 2006, 77. V. anche Corte cost., sent. 18 giugno 2008, n. 215.

²⁶ C. eur. dir. uomo, Sez. III, sent. 12 gennaio 2016, *Gouarré Patte c. Andorra*, §§ 32-36 (ma cf. la *dissenting opinion* di due membri del collegio giudicante); Sez. IV, sent. 30 novembre 2021, *Artsruni c. Armenia*, §§ 54 ss. Ne consegue la piena conformità all'art. 7 della Convenzione dell'art. 2 c. 2 c.p., per esempio.

²⁷ Pur tenuto conto dell'affermazione di principio contenuta in Corte Giust., *Berlusconi*, cit., § 72, da cui traspare, in anticipo di diversi anni e con riferimento proprio alla *lex mitior*, il principio che verrà poi affermato in Corte di Giustizia UE, Grande Sez., sent. 26 febbraio 2013, *Melloni*, C-399/11 circa la prevalenza del primato, dell'effettività e dell'unità del diritto dell'UE sullo standard più elevato - rispetto a quello unionale - riconosciuto da un certo Stato membro in riferimento a dei diritti fondamentali (chiaramente, tale affermazione implica l'imposizione di una deroga - unionale - sul principio della *lex mitior* interno, più che su quello fissato dalla Carta, cf. sez. 3 *infra*).

²⁸ V. G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, vol. 1, IV ed., a cura di P. De Pasquale, F. Ferraro, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 326-330. In giurisprudenza, v., in particolare, Corte di Giustizia UE, Sez.

nel quadro d'indagine qui oggetto d'attenzione, esso porta a ritenere che – implicitamente – già la Corte riconosca nel giudicato un limite alla *lex mitior* tutelata dall'art. 49(1) CDFUE, almeno entro gli stessi limiti in cui tale deroga opera sul piano interno.²⁹

2.3. Rischio di “strappi” e possibili ricomposizioni.

Quanto appena osservato non è sufficiente a coprire integralmente le distanze emerse tra le concezioni della *lex mitior* e dei suoi limiti proprie degli ordinamenti italiano, convenzionale ed unionale. Poste in evidenza le discrepanze, bisogna interrogarsi sulle conseguenze delle stesse, senza celare il rischio che queste portino ad esiti conflittuali.

II, sent. 10 luglio 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, §§ 58-60, 62 e giurisprudenza ivi citata, riferimento che appare anche in C. RAUCHEGGER, *National constitutional rights and the primacy of EU law: M.A.S.*, in *CML Rev.*, 5/2018, 1521, 1536. Più recentemente v. ancora Corte di Giustizia UE, Sez. IV, sent. 11 settembre 2019, *Călin*, C-676/17, §§ 26-31).

È la stessa Corte, ancora in Corte Giust., *Pizzarotti*, cit., § 61, a riprendere il noto adagio giurisprudenziale per cui il principio opposto, che predica la prevalenza del diritto dell'Unione sulla cosa giudicata, abbia trovato applicazione soltanto in un caso «del tutto particolare», in cui il rispetto del giudicato avrebbe comportato una violazione delle prerogative dell'Unione di significativa entità, per altro in una materia quanto mai “comunitarizzata” quale quella degli aiuti di Stato. Il riferimento è al noto caso italiano, Corte di Giustizia UE, Grande Sez., sent. 18 luglio 2007, *Lucchini*, C-119/05.

Va precisata, d'altro canto, la necessità di non adottare un approccio eccessivamente riduttivo nei confronti dell'idoneità di *Lucchini* a rappresentare un precedente replicabile. A tal proposito, v. E. D'ALESSANDRO, *La Corte di giustizia si esprime di nuovo sul rapporto tra giudicato nazionale e aiuti di Stato*, in *Foro it.*, 1/2016, IV, col. 43, 46: «In altri termini, sebbene la Corte di giustizia in linea di principio sostenga che il diritto dell'Unione europea non impone sempre e comunque al giudice nazionale di disapplicare le norme interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione per porre rimedio ad una violazione del diritto dell'Unione, essa ha in concreto affermato che la disapplicazione deve avere luogo quando il giudicato sia stato emesso senza tener conto di una pregressa decisione della commissione concernente gli aiuti di Stato, come accaduto nella vicenda *Lucchini*. In tal caso, infatti, il contegno della giurisdizione nazionale risulta nei fatti lesiva della competenza esclusiva della commissione in materia. La stabilità del diritto è bene cedente, nel bilanciamento di interessi, a fronte della necessità di rispettare tali regole. Come chiarito dal punto 44 della motivazione della sentenza *Klausner Holz* in epigrafe, alla medesima disapplicazione del giudicato nazionale si deve pervenire nei casi in cui la decisione della commissione sopravvenga, nel tempo, rispetto alla res iudicata interna [...]».

Conf. F. P. LUISSO, *La cedevolezza del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1/2016, 17, 33.

Sul tema v. *amplius id.*; E. D'ALESSANDRO, *La Corte di giustizia si esprime di nuovo sul rapporto tra giudicato nazionale e aiuti di Stato*, cit.; E. A. FAVARA, *Corte di Giustizia e res iudicata: abbattute le colonne d'Ercole?*, in *Rass. Avv. St.*, 2/2016, 1.

²⁹ Con la conseguenza per cui non dovrebbero sorgere frizioni tra la disciplina dell'art. 2 commi 2, 3 e 4 c.p. e il diritto dell'Unione.

L'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona, nelle Conclusioni rassegnate con riferimento al caso qui commentato, giunge invero a conclusioni più prudenti per quel che concerne lo *status quo* del diritto dell'Unione, ma è altresì vero che il suo argomentare segue un percorso diverso (v. Conclusioni dell'Avvocato Generale, cit., §§ 121). Dal suo punto di vista, poi, tale limite all'operatività della *lex mitior* andrebbe superato (v. *Id.*, §§ 122 ss.).

La precondizione di tale eventualità è che vi sia uno spazio di sovrapposizione tra la garanzia italiana e, rispettivamente, quella unionale e convenzionale. Le ipotesi in cui tale precondizione sussiste sono - almeno in astratto - necessariamente più numerose se si considera il rapporto tra ordinamento italiano ed *ECHR*, rispetto al rapporto tra Italia e CDFUE. È vero, infatti, che la nozione sostanziale di diritto penale adottata dalla *ECtHR*³⁰ è stata adottata anche a Lussemburgo,³¹ tuttavia l'ambito di applicazione dell'art. 7(1) *ECHR* non conosce il confine rappresentato per la CDFUE dall'art. 51(1)³² della stessa Carta. Ciò detto, la penetrazione nell'ordinamento interno del diritto dell'Unione, anche in materia penale, è tale da rendere difficile l'individuazione di ipotesi in cui trovi applicazione l'art. 7(1) *ECHR* e non l'art. 49(1) CDFUE.

La storia della tutela multilivello dei diritti fondamentali³³ ha dato plastica dimostrazione, negli ultimi anni, di quali siano i possibili esiti dei conflitti tra ordinamenti. Laddove l'ordinamento interno e quello con cui entra in relazione si riconoscano tendenzialmente pari ordinati, sul piano astratto si aprono due vie alternative: o il primo si conforma al vincolo esterno, o rivendica la propria identità e il proprio carattere originario, esercitando i controlimiti. In concreto, tuttavia, si auspica sempre che le Corti giungano, attraverso il dialogo, ad una ricomposizione.

Questa è la dinamica a cui si assiste quando a fronteggiarsi sono l'ordinamento di uno Stato membro e quello dell'Unione. Diverso discorso, almeno in Italia, va fatto per l'ordinamento convenzionale. L'art. 7(1) della Convenzione - che, come noto, va letto alla luce della giurisprudenza della *ECtHR*³⁴ - ha, in virtù dell'art. 117 c. 1 Cost., rango di norma interposta nel sindacato di legittimità costituzionale. Pertanto, nel caso in cui si

³⁰ A partire dal celebre precedente C. eur. dir. uomo, Plen., sent. 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*. Successivamente, si vd. anche Sez. II, sent. 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia*.

³¹ I "criteri *Engel*" sono noti, in ambito unionale, come "criteri *Bonda*" (Corte di Giustizia UE, Grande Sez., sent. 5 giugno 2012, *Bonda*, C-489/10).

³² A. WARD, *Article 51 – Field of Application*, in *The EU Charter of Fundamental Rights*, cit., 1553, spec. §§ 51.56-51.151.

³³ Il concetto attraversa sottotraccia l'intera sentenza annotata e, di riflesso, il suo commento. Esso costituisce, anzi, il contesto in cui si muove la riflessione tanto della Corte quanto quella qui esposta. Non a caso in queste pagine rivestono un'importanza cruciale alcuni celebri e recenti esempi di conflitto (o dialogo) tra Corti svoltisi proprio all'ombra del cd. *multilevel* (G. M. FLICK, *I diritti fondamentali e il multilevel: delusioni e speranze*, in *Cass. pen.*, 7/2019, 2401): è il caso della "saga" *Taricco* (su cui v. *infra* nota 39) e del caso *Melloni* (v. *supra* nota 27), ma anche della sentenza della Corte EDU, *Scoppola*, cit. e, in ultimo, della sentenza annotata.

In dottrina, a titolo esemplificativo e con un minimo di attenzione allo sviluppo diacronico della riflessione, v. A. RUGGERI, *La tutela "multilivello" dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, in *Pol. dir.*, 3/2007, 317; ID., *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Riv. AIC*, 1/2011; ID., *I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, in *Consulta ONLINE*, 1/2019, 157; G. GUZZETTA, *Garanzia multilivello dei diritti e dialogo tra le Corti nella prospettiva di un Bill of Rights europeo*, in *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*, a cura di A. D'Atena, P. Grossi, Giuffrè, 2004, 155; A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012. Di recente, è tornato sul tema - con un'interessante prospettiva da "addetto ai lavori" - F. VIGANÒ, *Protection of Fundamental Rights Between Constitutional Courts and Court of Justice: The Italian Case*, in *Rev. Eur. Lit.*, 3/2024, 93.

³⁴ Corte cost., sent. 24 ottobre 2007, n. 348, § 4.6 del *Considerato in diritto*.

incontri una deroga al principio della *lex mitior* che sia legittima sul piano costituzionale ma priva di una conferma su quello convenzionale, la risoluzione del contrasto passerà dalla dichiarazione di incostituzionalità *in parte qua* della legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione, la n. 848 del 4 agosto 1955, con conseguente prevalenza della prospettiva interna.³⁵ L'approccio italiano ai due diversi ordinamenti è diverso perché diversa è la premessa: l'ordinamento italiano non si accosta a quello convenzionale da pari, ma da una posizione sovraordinata, pur ponendo l'*ECHR* al di sopra del legislatore ordinario.

I margini di conflittualità, come si accennava, esistono invece nel rapporto tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione. Tali margini potrebbero essere però richiusi attraverso la generale *escape clause* prevista dall'art. 52(1) CDFUE, secondo cui:

«Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

Alla luce di una prima osservazione, infatti, pare possibile prefigurare la compatibilità con i requisiti appena citati delle deroghe previste dall'ordinamento italiano, anche se poi, in concreto, bisognerebbe indagare puntualmente la rispondenza di ogni deroga a ciascuno dei presupposti indicati dall'art. 52(1).³⁶

Un'altra soluzione è rappresentata dalla possibilità dell'emergere, a Lussemburgo, di una giurisprudenza che riconosca, come accade a Roma, una serie di limiti al principio sovranazionale della *lex mitior*, riducendo o annullando lo iato tra la garanzia interna e quella di cui all'art. 49(1) CDFUE. Sotto questo profilo, *Lin* rappresentava un'ottima occasione; se tale occasione sia stata sfruttata o meno dalla Grande Sezione è, in ultima analisi, la domanda che si pone la prossima sezione.

³⁵ *Id.* In dottrina, v., *ex multis*, R. CALVANO, *La Corte costituzionale e la CEDU nella sentenza n. 348/2007: Orgoglio e pregiudizio?*, in *Giur. it.*, 3/2008, 573; R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Riv. AIC*, 4/2018; E. CANNIZZARO, *Diritti "diretti" e diritti "indiretti": i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *dir. UE*, 1/2012, 23; L. CAPPUCCIO, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione*, in *Foro it.*, 1/2008, I, col. 47; M. CARTABIA, *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1/2015, 29; C. CARUSO, *Il "posto" dell'interpretazione conforme alla Cedu*, in *Giur. cost.*, 4/2018, 1985.

Per un'analisi approfondita ed aggiornata sul ruolo accordato dalla Corte costituzionale italiana alla *ECHR*, v. infine lo studio *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di M. A. Scurati Manzoni, 2023, disponibile al seguente URL: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_333_20230512135117.pdf.

³⁶ Per un'analisi approfondita degli stessi, v. S. PEERS, S. PRECHAL, *Article 52 – Scope and Interpretation of Rights and Principles*, in *The EU Charter of Fundamental Rights*, cit., 1611, 1617 ss.

3. Una prima volta per la Grande Sezione: quale *lex mitior*? E quali limiti?

Il 24 luglio 2023 la Grande Sezione della Corte di Giustizia si è pronunciata sul caso *Lin*.³⁷ Nella sentenza la Corte si è occupata, per la prima volta,³⁸ dei limiti in cui eventualmente incorra il principio della *lex mitior* nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione.

Alla novità della questione giuridica fa da contraltare il caso concreto, inerente la tensione tra prescrizione penale - avente natura di istituto sostanziale in Romania, Stato membro del giudice remittente - e la tutela effettiva degli interessi finanziari dell'Unione, tensione con cui Lussemburgo ha avuto a che fare già diverse volte in passato.³⁹

Esattamente come capita in Italia, infatti, in Romania la prescrizione è un istituto di diritto sostanziale, soggetta quindi, oltre che ai principi di legalità penale e irretroattività *in malam partem*, al principio di retroattività della legge penale più favorevole,⁴⁰ ed è proprio sul principio della *lex mitior* applicato alla prescrizione penale che il giudice rumeno rimettente interpella la Corte di Giustizia.

3.1. Il caso.

Il caso portato di fronte alla Corte riguarda cinque soggetti condannati in Romania per associazione a delinquere ed evasione dell'IVA relativa alla vendita di gasolio e delle accise sul carburante stesso. Per tali reati, commessi nel 2010, la penale

³⁷ Corte di Giustizia UE, Grande Sez., sent. 24 luglio 2023, *Lin*, C-107/23 PPU. Per una sintesi del caso, v. *Osservatorio Corte di giustizia dell'UE*, a cura di C. Grandi, in *Dir. pen. proc.*, 6/2024, 825.

³⁸ Cf. Conclusioni dell'Avvocato Generale, cit., § 99. A tal proposito è significativo che, nelle sue Conclusioni, l'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona, riferendosi alla giurisprudenza della Corte sul principio della *lex mitior*, parli di «giurisprudenza [...] ancora in fase iniziale» (*Id.*, § 3).

³⁹ In particolare, v. Corte di Giustizia UE, Grande Sez., sent. 8 settembre 2015, *Taricco*, C-105/14; sent. 5 dicembre 2017, *M.A.S. e M.B.*, C-42/17.

Sulla "saga *Taricco*" v. in dottrina, *ex multis*: C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco e il dialogo (?) tra giudici nazionali e Corte di giustizia*, in *Dir. UE*, 1/2018, 153; M. GAMBARDELLA, *La sentenza Taricco 2: obbligo di disapplicazione in malam partem "a meno che" non comporti una violazione del principio di legalità*, in *Cass. pen.*, 1/2018, 114; G. PICCIRILLI, *The "Taricco Saga": the Italian Constitutional Court continues its European journey*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 4/2018, 814; G. ZICCARDI CAPALDO, *The Taricco affair: a dialogue between the deaf and the dumb: a proposal to strengthen cooperation between the ECJ and national courts*, in *The global community: Yearbook of Int'l Law & Jurisprudence 2018*, 1/2019, 3; M. BONELLI, *The Taricco saga and the consolidation of judicial dialogue in the European Union*, in *Maastricht Journal of Eur. & Comp. Law*, 3/2018, 357; V. MANES, *Some lessons from the Taricco saga*, in *New Journal of Eur. Crim. Law*, 1/2018, 12; C. RAUCHEGGER, *National constitutional rights and the primacy of EU law*, cit.; F. VIGANÒ, *Melloni overruled? Considerations on the "Taricco II" judgment of the Court of Justice*, in *New Journal of Eur. Crim. Law*, 1/2018, 18; D. SARMIENTO, *Adults in the (Deliberation) Room. A comment on M.A.S.*, in *Q. cost.*, 1/2018, 228.

⁴⁰ V. Corte Giust., *Lin*, cit., §§ 24-25, 31. Il principio della *lex mitior* è espressamente previsto dall'art. 15 § 2 della costituzione rumena, per essere poi precisato dall'art. 5 § 1 del codice penale locale, per cui: «Se tra la commissione del reato e la sentenza definitiva sono intervenute una o più leggi penali, si applica la legge più favorevole» (Corte Giust., *Lin*, cit., §§ 6 e 14). Sul punto, v. *infra* note 53-54. Cf. il ruolo attribuito al giudicato in Romania con quello descritto *supra* sez. 2 con riferimento al principio della *lex mitior* nei diversi ordinamenti considerati.

responsabilità dei cinque è riconosciuta con sentenza di primo grado del 13 marzo 2018, poi confermata in appello con sentenza della Corte di appello di Braşov datata 30 giugno 2020.⁴¹ Contro la sentenza, divenuta definitiva, i condannati presentano un “ricorso straordinario di annullamento” ai sensi dell’art. 426 *lett. b*) del codice di procedura penale locale,⁴² invocando il principio della *lex mitior* con riferimento a due sentenze della Corte costituzionale rumena, pubblicate rispettivamente il 25 giugno 2018 e il 9 giugno 2022.⁴³

Seguendo l’orientamento espresso dalla Corte di Giustizia finanche nella sentenza annotata, si deve fare riferimento alla ricostruzione del diritto interno operato dal giudice rimettente per comprendere il riferimento dei ricorrenti alla giurisprudenza costituzionale rumena.⁴⁴

La Corte di appello di Braşov riporta infatti che la sentenza del giudice delle leggi pubblicata nel 2018 ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 155 § 1 del codice penale locale, relativo alle cause di interruzione della prescrizione. La disposizione prevedeva che ogni atto processuale fosse causa di interruzione, ivi compresi quelli compiuti all’insaputa di colui che in Italia chiameremmo “indagato”, così impedendo la conoscibilità degli effettivi tempi di prescrizione del reato.⁴⁵

⁴¹ Corte Giust., *Lin*, cit., §§ 2, 19-20.

Due dei cinque condannati, al momento del rinvio pregiudiziale, stavano già scontando la loro pena detentiva (v. *Id.*, §§ 52-53), dato che ha influito sulla decisione della Corte di procedere d’urgenza ai sensi dell’art. 108(1) del Regolamento di procedura della stessa (la Corte motiva questa sua scelta *amplius* ai §§ 48-56 della sentenza).

⁴² V. Corte Giust., *Lin*, cit., §§ 2, 15. La citata *lett. b*) prevede la possibilità di impugnare in annullamento la sentenza definitiva «quando l’imputato è stato condannato sebbene esistessero prove dell’esistenza di una causa di estinzione del procedimento penale».

⁴³ Corte Giust., *Lin*, cit., §§ 33-36.

⁴⁴ V. Corte Giust., *Lin*, cit., § 76.

È sulla base di questa impostazione che la Corte riesce a liberarsi di due questioni che altrimenti sarebbero risultate pregiudiziali alla decisione nel merito dei quesiti rivoltile. *In primis*, l’art. 147 § 4 della costituzione rumena prevedrebbe l’irretroattività delle sentenze costituzionali (v. Corte Giust., *Lin*, cit., § 7; vero è che vi è stata giurisprudenza costituzionale rumena che ha superato la lettera del precetto, tanto che si registra dottrina e giurisprudenza locali che propendono ora per la retroattività ora per l’irretroattività, v. R. VIORESCU, *CJEU Decision C-107/23 PPU: Protection of the EU Financial Interests and the National Principle of “Lex Mitior”*, in *Eur. J. L. & Pub. Admin.*, 2/2023, 24, *passim* e spec. 27. Di tale divergenza di vedute la Corte di Giustizia non dà conto.). In secondo luogo, bisognerebbe chiedersi se ai fini del principio della *lex mitior* - se non per quello di matrice unionale almeno per quello “interno” (v. *infra* sulla differenza tra i due standard) - le sentenze costituzionali possano essere parificate ad atti aventi forza di legge (tale ultima questione è affrontata e risolta positivamente dall’Avvocato Generale, v. Conclusioni dell’Avvocato Generale, cit., §§ 112 ss.). Sotto quest’ultimo profilo si noti l’interpretazione del giudice rimettente, il quale sostiene che il principio della *lex mitior* interesserebbe soltanto le novelle di fonte legislativa (v. Corte Giust., *Lin*, cit., § 39). La Corte, tuttavia, ai §§ 77 e 78 della sentenza annotata, liquida indirettamente la posizione del giudice *a quo* sottolineando la prevalente rilevanza dell’impostazione che emerge dalla giurisprudenza delle Corti di cassazione e costituzionale rumene (che, paradossalmente, il giudice di Lussemburgo conosce proprio attraverso la mediazione della Corte d’appello di Braşov).

⁴⁵ Conclusioni dell’Avvocato Generale, cit., §§ 21-22.

A tale pronuncia del giudice delle leggi era seguita una giurisprudenza di merito «non uniforme»⁴⁶ circa l'applicabilità o meno della norma penale in parola.⁴⁷

Nel 2022, perciò, era dovuta intervenire nuovamente la Corte costituzionale rumena, rimarcando che i giudici di merito avevano errato nel non dare applicazione alla sentenza del 2018, e che la loro ondivaga giurisprudenza aveva reso, tra il 2018 e il 2022, la normativa penale in materia di prescrizione non conoscibile per mancanza di certezza.⁴⁸ Il giudice delle leggi concludeva statuendo che – nell'arco di tempo considerato e fino ad un'eventuale novella legislativa – la legge penale rumena doveva ritenersi sprovvista di qualsiasi previsione che contemplasse cause di interruzione della prescrizione.⁴⁹

Seguiva poi, sempre nel 2022, una pronuncia della Suprema Corte rumena – *l'Înalta Curte de Casație și Justiție* (Alta Corte di cassazione e di giustizia) – che i ricorrenti non citavano a sostegno del loro ricorso, ma che il giudice rimettente includeva nella ricostruzione presentata alla Corte: i giudici di legittimità – applicando il principio della *lex mitior* alla pronuncia costituzionale del 2018 – ne estendevano retroattivamente gli effetti fino al 2014,⁵⁰ anno di entrata in vigore della norma censurata (e dell'intero codice penale rumeno)⁵¹.

In questo quadro alla Corte pare possibile cogliere le ragioni per cui i ricorrenti citano entrambe le sentenze di illegittimità costituzionale: dal momento che la seconda è stata pubblicata *dopo* il passaggio in giudicato della sentenza di condanna in appello,⁵² essa non potrebbe – da sola – costituire la *lex mitior* applicabile, se non in quanto “interpretazione autentica”⁵³ della sentenza costituzionale del 2018, che invece

⁴⁶ *Id.*, § 23.

⁴⁷ Né dalle Conclusioni dell'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona, né dalla sentenza emerge che l'ordinamento rumeno ammetta un simile esito per una dichiarazione di incostituzionalità. Né una conclusione diversa può trarsi dalla lettera dell'art. 147 cost. rumena, v. Corte Giust., *Lin*, cit., § 7.

⁴⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale, cit., § 25. La traduzione italiana parla di «chiarezza» e «prevedibilità», riprendendo espressioni topiche della giurisprudenza convenzionale e sovranazionale.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Tale profilo emerge esplicitamente soltanto al § 78 della sentenza annotata e non, invece, ai §§ 31-32, in cui viene fatta sintesi della sentenza di legittimità in parola, né al § 26 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale, cit., che più diffusamente riassume la pronuncia della Suprema Corte rumena.

Il combinato disposto delle due sentenze di illegittimità costituzionale, quindi, avrebbe comportato l'espunzione dell'istituto dell'interruzione della prescrizione penale nell'arco temporale che va dal 2018 al 2022. Sarebbe poi l'interpretazione che la Suprema Corte rumena ha dato delle due sentenze citate ad averne esteso retroattivamente gli effetti al periodo 2014-2018.

È curioso, ad ogni modo, che nella ricostruzione della giurisprudenza costituzionale citata non vi sia traccia di una disciplina del periodo antecedente alla sentenza del 2018.

⁵¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale, cit., nota 6.

⁵² Che di per sé precluderebbe l'operatività, in Romania, della *lex mitior*, v. l'art. 5 § 1 del cod. pen. rumeno, *supra* nota 40.

⁵³ Tanto i ricorrenti nel procedimento principale quanto il giudice del rinvio evocano soltanto il parametro della *lex mitior*, anche con riferimento alla sentenza costituzionale del 2022 (v. *infra*). Anche l'Avvocato Generale considera soltanto il principio della *lex mitior* nel suo ragionamento, v. Conclusioni dell'Avvocato Generale, cit., §§ 89, *passim*. La Grande Sezione invece, come si vedrà *infra*, ritiene che i corollari del principio di legalità penale (prevedibilità e determinatezza), ai quali il giudice del rinvio riconduce il fondamento della decisione del giudice delle leggi occorsa nel 2018, pertengano anche alla sentenza del 2022, mentre del

costituirebbe pacificamente *lex mitior*, essendo intervenuta tra l'epoca dei fatti (2010) e il passaggio in giudicato della sentenza di appello.⁵⁴⁻⁵⁵

L'appena svolto esame della giurisprudenza rumena indica con chiarezza che, limitando l'analisi all'ordinamento rumeno, le due sentenze costituzionali citate avrebbero comportato l'accoglimento del ricorso straordinario di annullamento all'origine del procedimento principale. Il problema, tuttavia, era rappresentato dall'alto numero di casi simili che, riguardando peraltro gli stessi reati, avrebbero dovuto avere esito analogo, numero che sarebbe cresciuto ulteriormente se si fosse accolta l'impostazione della giurisprudenza di legittimità, per cui la norma più favorevole avrebbe dovuto retroagire fino al 2014. La ricostruzione fin qui prospettata, insomma, esponeva al rischio che «migliaia di imputati non [fossero] passibili di responsabilità

principio della *lex mitior* abbia fatto applicazione soltanto la Suprema Corte rumena dello stesso anno (v. Corte Giust., *Lin*, cit., §§ 74, 77-78, 110-124). Così facendo la Corte di Giustizia viene meno al principio – già citato *supra* – per cui il giudice *a quo* ha competenza esclusiva quanto all'interpretazione del diritto interno. D'altro canto, l'art. 5 § 1 cod. pen. rumeno ammette l'operatività della *lex mitior* soltanto entro il passaggio in giudicato della sentenza penale, perciò è comprensibile l'interpretazione dei giudici di Lussemburgo, che la sentenza costituzionale del 2022 non poteva effettivamente rappresentare una *lex mitior* nel procedimento principale, almeno non se ci si ferma alla lettera dell'art. 5 § 1 citato.

Ciò non toglie che vi sia una qualche anomalia in una sentenza “di interpretazione autentica” rispetto ad una sentenza precedente. Pari anomalia, tuttavia, si registrava tra il 2018 e il 2022, con la «non uniforme» applicazione della sentenza costituzionale del 2018.

Come si vedrà *infra*, peraltro, è proprio l'appena descritto inquadramento della sentenza costituzione del 2022 ad aver permesso alla Corte di raggiungere la soluzione di cui si dirà, anche evidenziandone i pregi. Laddove si riconoscesse come preferibile una diversa impostazione, infatti, la Corte non avrebbe potuto risolvere nello stesso modo la causa, v. *infra* note 54 e 95.

⁵⁴ Eppure, delle due l'una: o – come da un lato conferma indirettamente la Grande Sezione - vale l'art. 5 § 1 cod. pen. rumeno, la *lex mitior* non può superare il giudicato, e allora se il procedimento non è ancora definitivamente concluso alla data della prima sentenza costituzionale esso verrà attratto nell'orbita della giurisprudenza costituzionale di cui si è detto, mentre per i condannati in via definitiva alla pubblicazione della sentenza costituzionale del 2018 non vi potrà essere *lex mitior* alcuna – ma se così fosse sarebbe errata l'impostazione attribuita alla Suprema Corte rumena - oppure la norma vigente diverge dalla lettera dell'art. 5 § 1, e ha errato la Corte di Giustizia a negare efficacia di *lex mitior* direttamente alla sentenza costituzionale del 2022, sopravvalutando il fatto che nella ricostruzione del giudice del rinvio le due sentenze costituzionali vengano invocate insieme dai ricorrenti, oltre che avallando una giurisprudenza di legittimità fallace. La Grande Sezione pare non avvedersi della contraddizione implicata dalla terza soluzione seguita, per cui la sentenza costituzionale del 2022 è di “interpretazione conforme”, ma ciò non inficia la pronuncia della Suprema Corte del 2022. In sede di annotazione, ci si limita a rilevare per inciso tale contraddizione. Nondimeno, è più probabile che sia la giurisprudenza di legittimità rumena a conoscere il diritto rumeno, e quindi sia da preferire l'interpretazione che va oltre la lettera dell'art. 5 § 1 cod. pen. rumeno. Sulle conseguenze di tale diversa impostazione v. *infra* nota 95.

⁵⁵ Al netto delle riflessioni svolte fin ora, si noti che nella ricostruzione del giudice del rinvio – il quale sul punto fa riferimento alla sentenza del 2022 della Suprema Corte rumena (v. Corte Giust., *Lin*, cit., § 32) - viene data per scontata la rilevanza della sentenza costituzionale del 2022, nonostante il legislatore ordinario, in pendenza del termine per la pubblicazione della stessa, fosse finalmente intervenuto per emendare in senso costituzionalmente conforme la norma penale censurata (v. *Id.*, § 30), e che l'art. 147 § 1 della Cost. rumena (v. *Id.*, § 7) preveda che, in caso di un simile intervento del legislatore entro i 45 giorni successivi alla pubblicazione della sentenza (e *a fortiori* in pendenza di tale pubblicazione?), la sentenza in parola vada considerata *tamquam non esset*.

penale»⁵⁶, con un macroscopico *vulnus* per la tutela effettiva degli interessi finanziari dell'Unione in Romania.⁵⁷

In un quadro simile, il giudice *a quo* – su sollecitazione del Pubblico Ministero⁵⁸ – si rivolge alla Corte ponendole tre quesiti,⁵⁹ i primi due dei quali sono riassumibili in una domanda circa la possibilità che la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, sancita dall'art. 325(1) TFUE, osti all'applicazione della giurisprudenza costituzionale citata, comportandone la disapplicazione o se, invece, stante la copertura offerta alla giurisprudenza in esame dal principio della *lex mitior* di cui all'art. 49(1) CDFUE, sia l'art. 325(1) TFUE a trovare un limite nella garanzia penalistica, con conseguente accoglimento del ricorso proposto nel procedimento principale.

Il terzo quesito, su cui non ci si soffermerà in queste pagine, riguarda l'eventuale responsabilità del magistrato che disapplichì la giurisprudenza interna in forza del principio del primato.⁶⁰

3.2. La sentenza della Grande Sezione.

Rimanendo ai primi due quesiti, la Grande Sezione li analizza cumulativamente e, in un primo momento, individua la questione da decidere nel confronto tra l'art. 325(1) TFUE e l'art. 49(1) CDFUE:⁶¹ l'art. 49(1) trova dei limiti nell'esigenza, di cui all'art. 325(1) citato, di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione, oppure è vero il contrario, con la conseguenza che non va disapplicata la giurisprudenza interna di cui si è detto?

Si noti che la Corte, nel fare riferimento all'art. 49(1), non chiama in causa *soltanto* il principio della *lex mitior*, ma anche quello di legalità penale nei suoi corollari di prevedibilità e determinatezza,⁶² in verità non contemplati dai quesiti del giudice rumeno.⁶³ La Corte, in particolare, riconduce il parametro della *lex mitior* alla sentenza di legittimità del 2022, e quello di prevedibilità e determinatezza *non soltanto* alla sentenza costituzionale del 2018, ma anche a quella del 2022.⁶⁴

Nell'affrontare il quesito propostole, la Corte parte dal prendere atto del fatto che applicare la giurisprudenza costituzionale rumena a cui il giudice rimettente fa riferimento aprirebbe un notevole *vulnus* nelle maglie della tutela degli interessi finanziari dell'Unione, così ponendosi in contrasto con l'art. 325(1) TFUE.⁶⁵ La Corte

⁵⁶ *Id.*, § 90.

⁵⁷ *Id.*, §§ 40-41, 45.

⁵⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale, cit., § 37.

⁵⁹ Elencati al § 44 della sentenza annotata.

⁶⁰ Sul terzo quesito, v. Corte Giust., *Lin*, cit., §§ 16-18, 42-43, commentata sul punto da P. F. BRESCIANI, *Tutela degli interessi finanziari dell'Unione ed effetto diretto in malam partem in materia penale: una nuova stagione rumena per la saga Taricco?*, in *Riv. Contenz. Eur.*, 2/2023, 94, 100.

⁶¹ *Id.*, § 73.

⁶² *Id.*, § 74.

⁶³ V. *supra* nota 53.

⁶⁴ Su questi profili v. *ibid* e, più in generale, i corrispondenti passaggi *supra* sez. 3.1.

⁶⁵ Corte Giust., *Lin*, cit., §§ 87-94.

conferma quindi la sua giurisprudenza *Taricco*⁶⁶ ribadendo la diretta efficacia dell'art. 325(1) TFUE,⁶⁷ da cui – in linea di principio – discenderebbe l'obbligo, per il giudice rumeno di disapplicare la giurisprudenza costituzionale più volte citata.⁶⁸

Quanto affermato, però, precisa la Corte, vale soltanto in linea di principio, perché bisogna poi verificare che l'obbligo di disapplicazione venga adempiuto in termini coerenti con il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla CDFUE e dai principi generali dell'Unione.⁶⁹

Questi, ed in particolare la Carta, vengono senza dubbio in rilievo nel caso di specie.⁷⁰ Nel disegnare il proprio perimetro di applicazione, infatti, la CDFUE, all'art. 51(1), dispone 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* [...]».⁷¹

Il riferimento all'attuazione del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri è letto dalla giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia nel senso indicato nella celebre sentenza *Fransson*,⁷² poi ulteriormente circostanziato nelle pronunce successive: la Carta si applica agli Stati membri ogni qualvolta questi agiscano in una materia anche soltanto in minima parte disciplinata dal diritto dell'UE, su cui il diritto dell'Unione pone cioè un qualche tipo vincolo, quand'anche lasco.⁷³

Nel caso di cui si trova ad occuparsi la Corte nella sentenza annotata pare evidente che tale vincolo sia rappresentato, *in primis*, dall'art. 325(1) TFUE.⁷⁴

⁶⁶ Corte Giust., *Taricco*, cit., punti 49-52. V. anche Corte Giust., *M.A.S. e M.B.*, cit., §§ 38-39; Corte di Giustizia UE, Grande Sez., sent. 21 dicembre 2021, *Euro Box Promotion*, C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19, C-840/19, § 253.

⁶⁷ Corte Giust., *Lin*, cit., § 96. *Contra* F. VIGANÒ, *Melloni overruled?*, cit., 19. *Mutatis mutandis*, però, cf. quanto capita in caso di mancata attuazione delle direttive, con particolare riferimento al cd. "effetto di esclusione" (G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea – Parte istituzionale*, IX ed., Torino, Giappichelli, 2023, 312 e giurisprudenza ivi citata): *a fortiori* non pare affatto insostenibile che una norma del Trattato quale l'art. 325(1) TFUE, quand'anche non sufficientemente precisa da *sostituire* la norma interna, sia in grado di esplicitare l'anzidetto effetto di esclusione con riferimento a norme interne che esondino la discrezionalità accordata dalla norma del Trattato agli Stati Membri, e anzi confliggano con la previsione citata.

⁶⁸ Corte Giust., *Lin*, cit., §§ 97-99.

⁶⁹ Cf. *Id.*, §§ 100-101.

⁷⁰ *Id.*, § 101 e giurisprudenza ivi citata.

⁷¹ V. *supra* nota 32.

⁷² Corte di Giustizia UE, Grande Sez., sent. 26 febbraio 2013, *Fransson*, C-617/10.

⁷³ A. WARD, *Article 51*, cit., §§ 51.86-51.87. In tal senso, si noti in particolare Corte di Giustizia UE, Sez. X, sent. 6 marzo 2014, *Siragusa*, C-206/13, § 25; V. anche C. RAUCHEGGER, *National constitutional rights and the primacy of EU law*, cit., 1531-32.

⁷⁴ Ai §§ 80-86 della sentenza annotata la Corte riassume il quadro delle competenze dell'Unione e degli Stati membri nella materia sul cui sfondo si muove la controversia, e il grado entro cui le prime siano state esercitate: pur trattandosi di competenze concorrenti, *ratione temporis* la materia *de qua* era in prevalenza disciplinata dagli Stati membri a loro discrezione, seppur entro i vincoli posti dall'art. 325 TFUE. Successiva

Ciò detto, la Corte chiarisce fin da subito, facendo riferimento al noto caso *Taricco*, che non è l'art. 49(1) CDFUE a venire qui in rilievo, perché esso non copre la prescrizione penale.⁷⁵

La Corte nota, però, che laddove il diritto dell'Unione non disciplini compiutamente la materia di cui si tratta, e cioè quando vi sia spazio per un'attuazione nazionale del diritto dell'Unione che sia in qualche misura discrezionale, rimangono applicabili gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali.⁷⁶

A questo punto la Grande Sezione richiama l'art. 51(1) CDFUE, ma fa invero applicazione (anche) dell'art. 53 CDFUE, così come interpretato nel caso spagnolo *Melloni*.⁷⁷ A far data dalla celebre sentenza citata, infatti, Lussemburgo ha chiarito che in casi del genere si ha una sovrapposizione dei «rispettivi ambiti di applicazione»,⁷⁸ ed una conseguente “concorrenza” tra lo standard unionale e quello nazionale. Tale concorrenza va risolta “verso l'alto”,⁷⁹ anche quando ciò comporti la prevalenza dello standard nazionale sul diritto dell'UE, pur dovendosi riconoscere i confini tracciati da *Melloni* a coerente chiusura del sistema, e cioè rispettando «la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión»^{80, 81}

Ecco allora che il collegio, alla luce del suo stesso periodare, aggiorna i termini della questione: la giurisprudenza interna andrebbe disapplicata per contrarietà all'art. 325(1) TFUE, e a ciò non osta l'art. 49(1) CDFUE, ma potrebbe ostare l'analogo standard “interno”, rumeno, per la mediazione dell'art. 53, ed entro i limiti letti nella stessa norma

è infatti l'opera di armonizzazione compiuta dalla direttiva TIF.

⁷⁵ Corte Giust., *Lin*, cit., § 108.

La posizione di *Taricco*, fa notare l'Avvocato Generale, si rifaceva però alla giurisprudenza dell'*ECtHR*, che però nel frattempo è persa muoversi verso un'impostazione più simile a quella rumena (ed italiana), qualificando cioè la prescrizione come istituto di diritto sostanziale (v. Conclusioni dell'Avvocato Generale, cit., §§ 108-109).

⁷⁶ Corte Giust., *Lin*, cit., § 110. Che questo sia il caso lo si vede da quanto osservato *supra* nota 74.

La via qui imboccata dalla Grande Sezione era stata prospettata anche dall'Avvocato Generale (v. Conclusioni dell'Avvocato Generale, cit., §§ 131 ss.), sebbene in subordine alla soluzione da lui ritenuta preferibile (*Id.*, § 128), per cui la Corte avrebbe dovuto interpretare l'art. 49(1) CDFUE in maniera innovativa, quale inclusivo della prescrizione penale laddove questa costituisca istituto di diritto penale sostanziale nell'ordinamento interno dello Stato membro considerato (soluzione che sarebbe difficilmente sostenibile in un'ottica di uniforme tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dall'Unione).

⁷⁷ Corte Giust., *Melloni*, cit. La Corte, si noti, non richiama esplicitamente il precedente, che appare invece al § 133 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale.

⁷⁸ Art. 53 CDFUE. V. B. DE WITTE, *Article 53 – Level of Protection*, in *The EU Charter of Fundamental Rights*, cit., 1675, § 53.06.

⁷⁹ Cf. la Spiegazione dell'art. 53 CDFUE.

⁸⁰ Corte Giust., *Melloni*, cit., § 60 [di seguito anche “criteri *Melloni*”, n.d.a.]. Come accennato *supra* nel testo, lo spagnolo è la lingua del caso.

⁸¹ La conclusione è corroborata leggendo Corte Giust., *Melloni*, cit. alla luce della successiva Corte Giust., *M.A.S e M.B.*, cit. Sul punto, v. B. DE WITTE, *Article 53*, cit., 1679 ss. e F. VIGANÒ, *Melloni overruled?*, cit., 20. Per una problematizzazione della questione, v. inoltre *Id.*; D. SARMIENTO, *Adults in the (Deliberation) Room.*, cit. *Contra*, K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Place of the Charter in the European Legal Space*, in *The EU Charter of Fundamental Rights*, cit., 1711, 1730 ss.

dalla giurisprudenza *Melloni*.⁸² Il punto, dunque, sta nel fotografare il contenuto di questo analogo standard interno e sottoporlo ad un “*Melloni test*”.

Lo standard rumeno ha il medesimo contenuto di quello sovranazionale: esso include il principio di legalità penale e i suoi corollari di determinatezza e prevedibilità, ma anche il principio di irretroattività *in malam partem* e quello della *lex mitior*. La garanzia rumena ha però un ambito di applicazione più ampio di quella unionale, dal momento che abbraccia anche la prescrizione penale che, nell’ordinamento interno dello Stato membro, è considerata un istituto di diritto sostanziale.⁸³ È evidente, perciò, che lo standard rumeno offra un livello di tutela più alto di quello dell’Unione.⁸⁴ Rimane da vedere se esso confligge con «*la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión*».

A tale riguardo, la Corte riprende la distinzione, già sottolineata nelle pagine precedenti, tra prevedibilità e determinatezza, fondamenti della giurisprudenza costituzionale di cui si discute, e *lex mitior*, la quale viene in rilievo soltanto con riferimento all’interpretazione che la Cassazione rumena fa della giurisprudenza costituzionale qui d’interesse. I primi due standard fondano l’espunzione dell’istituto dell’interruzione della prescrizione dall’ordinamento rumeno per il periodo 2018-2022, il secondo per l’espunzione relativa al periodo 2014-2018.

Quanto al periodo 2018-2022, entro cui assume rilevanza la giurisprudenza costituzionale fondata su prevedibilità e determinatezza, la Grande Sezione si rifà al suo precedente *M.A.S e M.B.*,⁸⁵ nel quale aveva ritenuto dirimente il grado di armonizzazione della materia interessata,⁸⁶ quella – cioè – relativa alla tutela penale degli interessi finanziari dell’Unione. Nel caso qui in esame, come in quello allora in rilievo, la materia non era soggetta ad armonizzazione nel frangente temporale d’interesse. La Corte stabilisce quindi che sia data precedenza al parametro interno, quand’anche questo

⁸² Al netto di come si è evoluto il diritto vivente dell’UE, si noti che J. BERING LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?*, in *CML Rev.*, 5/2001, 1171, 1191, all’indomani della formulazione della Carta di Nizza, poneva in evidenza come l’art. 53 della CDFUE si apra con la locuzione «Nessuna disposizione della presente Carta [...]», inferendo da tale circostanza la possibilità di una norma di diritto dell’Unione che potesse prevalere sullo standard di tutela nazionale superiore a quello sovranazionale. In tale prospettiva, l’art. 325(1) TFUE non incontrerebbe ostacoli nello standard di tutela rumeno. Certo, ammettere che i diritti fondamentali sovranazionali non possano prevalere, in caso di concorrenza, sul più alto standard interno, salvo poi dire che su quest’ultimo possono invece prevalere tutte le altre norme di diritto dell’Unione vanificherebbe il ruolo di fondo riconosciuto all’art. 53.

⁸³ Corte Giust., *Lin*, cit., § 111.

⁸⁴ *Id.*, § 112.

⁸⁵ V. *supra* nota 39. Anche quel caso, d’altronde, riguardava dei reati in materia di IVA, e vedeva contrapposti - da un lato - l’art. 325(1) TFUE e - dall’altro - uno standard nazionale di tutela che estendeva le garanzie penalistiche alla prescrizione.

⁸⁶ Corte Giust., *M.A.S. e M.B.*, cit., §§ 44-47. V. altresì K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Place of the Charter in the European Legal Space*, cit., 1732-1733, §§ 55.82 - 55.84, particolarmente espliciti sul punto, e P. BRAMBILLA, *Prescrizione, tutela dei diritti fondamentali e salvaguardia degli interessi dell’Unione: una nuova pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2023, 1675, 1679. V. anche, di recente, F. VIGANÒ, *Protection of Fundamental Rights Between Constitutional Courts and Court of Justice*, cit., 99.

confligga con l'art. 325(1) TFUE, dal momento che non vi è violazione dei criteri *Melloni* e, in ultima analisi, del principio del primato.⁸⁷

A tal proposito, potrebbe valere anche in questa sede la critica da alcuni rivolta alla sentenza *M.A.S. e M.B.*: il criterio in concreto adoperato dalla Corte garantisce tutt'al più "la *unidad*", ma non "la *efectividad*" del diritto dell'UE.⁸⁸

Quasi per venire incontro ad una simile obiezione, occupandosi dell'eventuale efficacia di *lex mitior* che la giurisprudenza costituzionale considerata dispiegherebbe in rapporto agli eventi interruttivi occorsi tra l'entrata in vigore del codice penale rumeno (2014) e la pubblicazione della sentenza costituzionale del 2018, la Corte ammette di dover porre in bilanciamento tra loro il principio interno della *lex mitior* con l'art. 325(1) TFUE,⁸⁹ giungendo alla conclusione per cui la prevalenza dello standard di tutela rumeno metterebbe in crisi l'effettività del diritto dell'Unione.⁹⁰

Così ragionando, la Corte esclude la disapplicazione della giurisprudenza interna per quanto riguarda il periodo 2018-2022 - così salvando i ricorrenti nel procedimento principale - ma non per quel che concerne il periodo 2014-2018.

Con ciò il collegio non vuole chiaramente sostenere l'insostenibile, e cioè che la mancanza di cause di interruzione della prescrizione nel solo arco temporale che va dal 2018 al 2022 non comprometta l'effettività del diritto dell'Unione e, nello specifico, della tutela dei suoi interessi finanziari, mentre così non sarebbe se si considerasse il periodo 2014-2018. Piuttosto, la Grande Sezione sceglie di dare continuità a *M.A.S. e M.B.*, confermandosi consapevole di come vi possano essere Stati membri che concepiscono alcune garanzie penalistiche - come, su tutte, l'irretroattività *in malam partem* in *M.A.S.*, e la legalità in *Lin* - in modo più rigido,⁹¹ e altre, quali la *lex mitior*, in modo più flessibile.⁹² Nel suggerire questa distinzione la Corte sembra peraltro sposare la rigidità (almeno) delle prime,⁹³ e lascia intravedere - in maniera più o meno intenzionale - la possibilità di un'estensione di tale distinzione all'interpretazione delle garanzie penalistiche di altri Stati membri, qualora dovessero in futuro venire in rilievo. Se così fosse, rimarrebbe soltanto da portare con sé tale distinzione anche quando si interpreta dell'art. 49(1) CDFUE.

⁸⁷ Corte Giust., *Lin*, cit., §§ 113-118.

⁸⁸ F. VIGANÒ, *Melloni overruled?*, cit., 20.

⁸⁹ A questo servono in ultima analisi i "criteri *Melloni*", al di là del fuorviante riferimento al grado di armonizzazione e in una certa continuità con il principio italiano di ragionevolezza, di cui si è detto trattando della *lex mitior* italiana *supra* sez. 2. Sul punto cf. D. SARMIENTO, *Adults in the (Deliberation) Room.*, cit., 231, che taccia - ingenerosamente? - di opportunismo la Corte, quando forse andrebbe soltanto esortata a meglio esplicitare le proprie regole di giudizio.

A rilevarlo, anche P. F. BRESCIANI, *Tutela degli interessi finanziari dell'Unione ed effetto diretto in malam partem in materia penale*, cit., 99: «La motivazione della decisione non chiarisce, in realtà, il criterio sostanziale che fonda la valutazione della Corte sull'intollerabilità del livello di rischio sistemico».

⁹⁰ V. Corte Giust., *Lin*, cit., §§ 119-124.

⁹¹ Cf. il riferimento ai controlimiti ventilato in Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24.

⁹² Si noti come, indirettamente, i ricorrenti nel procedimento principale prospettassero l'inclusione nel nucleo delle garanzie "rigide" anche della *lex mitior*, v. Conclusioni dell'Avvocato Generale, cit., § 38.

⁹³ V. Corte Giust., *Lin*, cit., §§ 113-118. Questo aspetto è evidenziato anche da P. BRAMBILLA, *Prescrizione, tutela dei diritti fondamentali e salvaguardia degli interessi dell'Unione*, cit., 1682.

3.3. Note critiche.

Il caso che era stato presentato alla Grande Sezione, in verità, offriva proprio la possibilità di approfondire la giurisprudenza della Corte in merito al principio della *lex mitior* – «ancora in fase iniziale»⁹⁴ – soprattutto con riferimento ai limiti che l’operatività del principio incontra. Così facendo, dal punto di vista italiano, la Corte avrebbe potuto ridurre (o ampliare) le discrepanze tra impostazione interna e impostazione unionale.

Lussemburgo ha indirettamente opposto due rifiuti all’opportunità che le si apriva dinnanzi: da un lato ha circoscritto il *tempus* entro cui dare rilievo al principio della *lex mitior* al periodo 2014-2018, creando non poche incertezze circa la corretta interpretazione del diritto interno rumeno rilevante ai fini della sua decisione,⁹⁵ dall’altro appare opinabile la scelta di confermare *M.A.S. e M.B.* circa il perimetro dell’art. 49(1) CDFUE.

Se è vero che non vi è tradizione comune tra gli Stati membri che permetta di ampliare dette garanzie penalistiche alla prescrizione penale, è vero anche che la Corte potrebbe farsi promotrice di un’opera di uniformazione in tal senso, adeguando lo standard sovranazionale a quello interno degli Stati membri più garantisti.⁹⁶

Si potrebbe obiettare, tutt’altro che a sproposito, che in tal modo si finirebbe per indebolire proprio la tutela degli interessi finanziari dell’Unione, eppure non è detto che le contingenze bastino a confutare una posizione di principio, tanto più che non è così scontato che una prescrizione di natura processuale sia sufficiente (e non è sicuramente necessaria) ad adempiere il mandato che l’art. 325(1) TFUE pone sui legislatori nazionali, richiamato spesso,⁹⁷ e anche in questa sentenza,⁹⁸ dalla Corte di Giustizia.

⁹⁴ Conclusioni dell’Avvocato Generale, cit., § 3.

⁹⁵ Dirimente sul punto risultano essere le implicazioni derivanti dall’art. 5 § 1 del cod. pen. rumeno. V. *supra* note 53-54. Alla luce di quanto osservato, ora è chiaro che, accedendo all’interpretazione opposta a quella seguita qui, l’unico standard che sarebbe venuto in rilievo sarebbe stato il principio della *lex mitior*, e la conclusione raggiunta dalla Grande Sezione per il periodo 2014-2018 sarebbe stata estesa anche oltre. Si sarebbe persa la distinzione tra garanzie “rigide” e garanzie più “flessibili” prospettata alla fine di sez. 3.2. *supra*, ma per il resto sarebbe rimasta l’analogia tra il criterio applicato dalla Corte e quello seguito dal giudice delle leggi italiano (su cui v. *supra* nota 88).

⁹⁶ È quanto auspicato anche dalle Conclusioni dell’Avvocato Generale cit., § 100 (cf. lo sforzo comparatistico *ivi* con l’affermazione di principio in Corte Giust., *Berlusconi*, cit., *supra* nota 16, da leggere a questo punto più in senso normativo che descrittivo, a riprova del fatto che la Corte può avere un ruolo di promozione su questi temi). A proposito della soluzione, di compromesso, auspicata dall’Avvocato Generale v. *supra* nota 76. V. inoltre *supra* nota 75 a proposito dell’evoluzione della giurisprudenza convenzionale.

⁹⁷ V. Corte Giust., *M.A.S. e M.B.*, cit., § 41.

⁹⁸ V. Corte Giust., *Lin*, cit., § 93.

4. Considerazioni conclusive.

I limiti che l'ordinamento italiano riconosce al principio della *lex mitior* sono diversi e più penetranti rispetto a quelli ammessi dalle analoghe garanzie sul piano convenzionale e sovranazionale, le quali – come si è visto nella sezione 2.2 – si fermano soltanto di fronte al giudicato.

In tale contesto, la sentenza annotata avrebbe potuto rappresentare una rilevante novità, ma così non è stato perché la Corte è rimasta ferma nel suo proposito di interpretare l'art. 49(1) CDFUE senza estenderlo all'istituto della prescrizione penale.

Se la Corte fosse stata di diverso avviso, vi è ragione di credere che la sentenza avrebbe rappresentato un avvicinamento al modello italiano, visto il metodo adottato dalla Grande Sezione per decidere sul contrasto tra art. 325(1) TFUE e *lex mitior* rumena.

Il giudice di Lussemburgo ha infatti ritenuto di dover operare un «necessario bilanciamento»⁹⁹ - del tutto evocativo di quelli che opera, con riferimento al principio della *lex mitior*, la Corte costituzionale italiana – applicando i criteri *Melloni* – che, osservati dall'angolazione prospettica italiana, paiono dissimulare con altre vesti il principio di ragionevolezza¹⁰⁰ – e concludendo, sulla base di ragioni di *efectividad* del diritto dell'Unione, per la prevalenza dell'art. 325(1) TFUE.

Inoltre, la Grande Sezione pare alludere ad una lettura “graduata” delle garanzie penali vigenti negli Stati membri,¹⁰¹ lettura che potrebbe in futuro adottare nell'interpretare diritti diversi da quelli rumeno o italiano, fino a concepire anche l'art. 49(1) CDFUE come inclusivo di garanzie “rigide” e meno “rigide”, collocando tra le seconde la *lex mitior*.

Per chi avesse sperato in un avvicinamento della giurisprudenza unionale a quella italiana circa i limiti del principio della *lex mitior*, la sentenza *Lin* appare *prima facie* deludente. Le tendenze di cui si scorge l'emersione tra le righe della sentenza, tuttavia, fanno ben sperare.

⁹⁹ Corte Giust., *Lin*, cit., § 123.

¹⁰⁰ V. *supra* nota 88.

¹⁰¹ In questo senso anche P. BRAMBILLA, *Prescrizione, tutela dei diritti fondamentali e salvaguardia degli interessi dell'Unione*, cit., 1682.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**