

# Papers

di diritto europeo



UNIVERSITÀ  
di VERONA  
Dipartimento  
di SCIENZE GIURIDICHE



**Centro di documentazione europea – Università degli Studi di Verona – *Papers di diritto europeo*, 2019, edizione speciale**

***Trending International Law Topics – #TILT***

Stefano Catalano

Marcello Stella

Nigel Lowe QC (Hon)

© 2019 Centro di documentazione europea – Università degli Studi di Verona

**ISSN 2038-0461**

**Registrazione al Tribunale di Verona numero 1875 del 22/07/2010**

**Referee:** gli scritti contenuti nella rivista sono valutati attraverso un sistema *peer-review*.

La rivista *open access* “Papers di diritto europeo” raccoglie contributi sui temi dell’integrazione europea nei suoi aspetti di diritto, sia istituzionale sia materiale, e dei suoi riflessi sugli ordinamenti nazionali in una prospettiva interdisciplinare. Sono accolti contributi di professori e ricercatori universitari, come pure di studiosi italiani e stranieri.

I *papers* sono reperibili unicamente in formato elettronico e possono essere scaricati in formato pdf sul sito Internet.

**Direzione scientifica:**

Prof.ssa Maria Caterina Baruffi

**Comitato scientifico:**

Prof.ssa Maria Caterina Baruffi, [mariacaterina.baruffi@univr.it](mailto:mariacaterina.baruffi@univr.it)

Prof.ssa Laura Calafà, [laura.calafa@univr.it](mailto:laura.calafa@univr.it)

Prof. Franco Ferrari, [franco.ferrari@nyu.edu](mailto:franco.ferrari@nyu.edu)

Prof. Matteo Ortino, [matteo.ortino@univr.it](mailto:matteo.ortino@univr.it)

Dott.ssa Isolde Quadranti, [isolde.quadranti@univr.it](mailto:isolde.quadranti@univr.it)

**Comitato di redazione:**

Dott.ssa Diletta Danieli, [diletta.danieli@univr.it](mailto:diletta.danieli@univr.it)

Dott.ssa Caterina Fratea, [caterina.fratea@univr.it](mailto:caterina.fratea@univr.it)

Dott.ssa Cinzia Peraro, [cinzia.peraro@univr.it](mailto:cinzia.peraro@univr.it)

Dott.ssa Isolde Quadranti, [isolde.quadranti@univr.it](mailto:isolde.quadranti@univr.it)

**Editore:**

Centro di documentazione europea dell’Università degli Studi di Verona

Dipartimento di Scienze giuridiche

Via Carlo Montanari, 9

37122 Verona

Tel. +39.045.8028847

Fax +39.045.8028846

## INDICE

Premessa	V
<i>TAVOLA ROTONDA “ANCORA SUL DIALOGO TRA LE CORTI E IL CASO TARICCO” 20 febbraio 2018</i>	
STEFANO CATALANO, <i>Il caso Taricco: un caso fondamentale</i>	3
MARCELLO STELLA, <i>L’epilogo del caso Taricco: i controlimiti ostano alla disapplicazione ope iudicis, anche per l’avvenire, di norme penali sostanziali (ma sono davvero tali quelle sulla interruzione e sull’aumento massimo del termine di prescrizione?) contrarie agli interessi finanziari della UE</i>	19
<i>SEMINARIO SUL DIRITTO DI FAMIGLIA INTERNAZIONALE ED EUROPEO 12 marzo 2018</i>	
NIGEL LOWE QC (HON), <i>‘Recasting’ The Revised Brussels II Regulation</i>	37



# Trending International Law Topics – #TILT

## Premessa

La pubblicazione di un'edizione speciale della rivista scientifica *Papers di diritto europeo* è prevista tra le attività del progetto di ricerca “Trending International Law Topics – #TILT”, finanziato nell'ambito del programma di Ricerca di Base 2015 promosso dall'Università degli Studi di Verona. Esso verte sui profili di estrema attualità del diritto internazionale pubblico e privato, compreso il diritto dell'Unione europea, nonché sulle relative ripercussioni nell'ordinamento nazionale, e si propone di approfondirli tramite l'organizzazione di seminari specialistici che vedono la partecipazione, in qualità di relatori, di esperti italiani e stranieri.

Tali seminari sono stati organizzati, periodicamente, nel corso del 2018, e questa edizione speciale raccoglie alcuni dei contributi presentati dai relatori invitati, in particolare durante la tavola rotonda “*Ancora sul dialogo tra le Corti e il caso Taricco*” tenutasi il 20 febbraio, e il seminario sul diritto di famiglia internazionale ed europeo svoltosi il 12 marzo.

Verona, febbraio 2019.



*TAVOLA ROTONDA*  
*“ANCORA SUL DIALOGO TRA LE*  
*CORTI E IL CASO TARICCO”*

*20 febbraio 2018*



### Abstract

Il contributo si occupa delle problematiche poste dal caso *Taricco*. Vengono esaminate sia le decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea, sia la decisione della Corte costituzionale che pone una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'UE. Particolare attenzione viene data alle delicate problematiche di ordine costituzionale che il caso pone. Nell'ultima parte del contributo si riflette su quali possano essere le pronunce della Corte costituzionale a seguito della risposta della Corte di giustizia sul rinvio pregiudiziale proposto dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 24 del 2017.

# Il caso *Taricco*: un caso fondamentale

---

Stefano Catalano\*

**SOMMARIO:** 1. Il caso *Taricco*: una questione di importanza fondamentale. – 2. La sentenza *Taricco* ed il divieto di ricavare conseguenze “negative” per il reo dalla applicazione del diritto UE. – 3. La sentenza *Taricco* non è una fonte del diritto. – 4. Il prezzo dei principi. – 5. Il rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale. – 6. La risposta della Corte di Giustizia. – 7. Cosa ci si può aspettare dalla Corte costituzionale? Qualche ipotesi.

## 1. Il caso *Taricco*: una questione di importanza fondamentale.

La sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea dell’8 settembre 2015 sul caso *Taricco* ([causa C-105/14](#)) ed il suo seguito pongono delicati e fondamentali problemi per gli studiosi di diverse discipline.

Il dispositivo della decisione, che rappresenta sicuramente «una svolta per il diritto penale europeo»<sup>1</sup>, risulta complesso e la semplice lettura evidenzia molte delle questioni che ne discendono. Si dice che una normativa italiana sulla prescrizione del reato «come quella stabilita dal combinato disposto dell’articolo 160, ultimo comma, del codice penale, come modificato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, e dell’articolo 161 di tale codice – normativa che prevedeva, all’epoca dei fatti di cui al procedimento principale, che l’atto interruttivo verificatosi nell’ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di imposta sul valore aggiunto comportasse il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale – è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE» ciò a condizione che «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», oppure se per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato siano previsti «termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea». La verifica dell’esistenza di tutte queste circostanze «spetta al giudice nazionale» che, in definitiva deve «dare piena efficacia all’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all’occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto

---

\* Professore associato di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Verona, Dipartimento di Scienze giuridiche.

<sup>1</sup> Lo osserva condivisibilmente V. MANES, [La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controllimiti](#), in [www.penalecontemporaneo.it](#), p. 3. L’A. (p. 5 ss.) spiega perché la sentenza *Taricco* innova notevolmente rispetto alle precedenti decisioni della Corte di giustizia che pure avevano avuto delle conseguenze in ambito penale. In effetti si giunge «all’affermazione degli effetti diretti in materia penale» (p. 15). Si fa rinvio a tale A. sia per richiamarne le condivisibili osservazioni, sia per ulteriori approfondimenti ed indicazioni bibliografiche in materia.

di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE». Ovviamente, l'interpretazione ed il significato dell'art. 325 TFUE cui deve essere data piena efficacia sono stati indicati dalla sentenza *Taricco* e il dispositivo ne riporta la sintesi e le conseguenze.

Non è, evidentemente, questa la sede per ricostruire il caso e il percorso logico che ha portato la Corte di giustizia alle affermazioni richiamate.

Ciò che preme sottolineare è, invece, come la portata dei vincoli derivanti dalla pronuncia, quindi dal diritto dell'Unione europea, siano tali da mettere in discussione principi così importanti dell'ordinamento giuridico italiano da aver condotto sia la Corte d'Appello di Milano, sia la Corte di cassazione a sollevare questione di legittimità costituzionale. Oggetto delle questioni è la verifica della compatibilità del diritto UE – che, vale solo la pena di ricordare per inciso, può derogare e prevalere persino su norme costituzionali in base a quanto ha statuito la Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 170 del 1984 – rispetto ad alcuni precetti costituzionali cui viene riconosciuto lo statuto di principi supremi, i soli in grado di resistere alla forza prevalente dei vincoli sovranazionali.

Il primo ad essere evocato dai giudici (ed il solo parametro utilizzato dalla Corte d'Appello di Milano) è l'art. 25, c. 2, Cost. che impone la irretroattività delle norme penali di sfavore. Ci si trova evidentemente di fronte ad un precetto irrinunciabile<sup>2</sup>. Infatti, per la Corte costituzionale, sentenza n. 394 del 2006, va affermata «l'assoluta intangibilità del principio in forza del quale nessun soggetto potrebbe essere condannato, o condannato a pena più severa, per un fatto che, nel momento in cui è stato commesso, non costituiva per legge reato, o costituiva un reato meno grave» (nello stesso senso si esprime anche la sentenza n. 161 del 2004 della stessa Corte costituzionale).

Un rilievo assai significativo ha anche il principio di uguaglianza, cui fa esplicito riferimento l'ordinanza della Corte di cassazione, Sez. III, del 30 marzo 2016. La sua natura di elemento essenziale del sistema costituzionale italiano è talmente evidente da non richiedere specifiche indicazioni. Su tutto si ricordi che l'uguaglianza di trattamento è la caratteristica centrale dello stato di diritto, forma di stato cui viene ricondotta anche quella italiana.

Tale parametro, non specificamente considerato dalla Corte d'Appello di Milano, ma inserito come detto nell'ordinanza di remissione della Corte di cassazione, pare a chi scrive particolarmente significativo. In effetti, la decisione della Corte di giustizia, a ben vedere, introduce un regime differenziato di prescrizione per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea. La differenziazione così creata rischia di non essere ragionevole, indipendentemente da quale sia il presupposto ricavabile dalla decisione della Corte di giustizia che si prenda in considerazione, ovvero sia

---

<sup>2</sup> Principio essenziale che però si trova in una situazione di crisi. Per la ricostruzione dei fattori di crisi del principio di legalità in materia penale M.E. D'AMICO, Testo dell'intervento al Convegno "*Crisi della legalità penale e diritto costituzionale*", tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano il 15 aprile 2016. Sulle problematiche che riguardano la riserva di legge in materia penale si rinvia a I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della Riserva di legge in materia penale*, Milano 2016.

che la non applicazioni derivi dal fatto che la «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», sia che si ritenga che i casi di frode ai danni dell'UE siano assoggettati a termini più brevi rispetto a quelli previsti per i reati commessi in danno dello Stato italiano.

Si tratta, pare opportuno ricordarlo, di due condizioni alternative. In altre parole, la disciplina sulla prescrizione va non applicata non solo se i due casi si verificano simultaneamente, ma anche se se ne verifica solo uno<sup>3</sup>.

La probabile violazione del principio di uguaglianza pare più evidente nel primo caso. Qui il fatto che il termine di prescrizione renda difficile la punizione dei colpevoli è elemento sufficiente ad allungare in modo indefinito i termini di prescrizione medesimi. Tuttavia, non si comprende perché il risultato debba essere raggiunto solo ove siano in gioco interessi finanziari dell'UE. Non pare ragionevole che sia sostanzialmente solo questo il requisito che determina l'allungamento della prescrizione. Non si capisce perché chi commetta delle frodi che ledono gli interessi dell'UE debba essere assoggettato ad un regime prescrizionale diverso da quello di chi ha commesso altri reati, in ipotesi anche molto più gravi. In ultima analisi chi lede gli interessi dell'UE rischia di vedersi applicare un regime della prescrizione simile a quello previsto per l'omicidio (che il codice penale considera non prescrittibile). Le ragioni di una simile assimilazione non risultano comprensibili neppure dalla lettura della decisione della Corte di giustizia. Infatti, il solo riferimento agli interessi finanziari dell'Unione europea non pare sufficiente a giustificare una così forte deroga a norme di portata generale come quelle sulla prescrizione. Da qui la natura discriminatoria del trattamento per chi leda i più volte ricordati interessi finanziari dell'Unione europea.

La violazione del principio di uguaglianza pare sussistere, sia pure in forma meno evidente, anche nell'altro caso (reati commessi contro gli interessi dello Stato). In questo caso la scelta del termine di prescrizione deve essere rimessa alle valutazioni discrezionali del legislatore e non è evidente perché il regime prescrizionale previsto per alcuni reati debba estendersi automaticamente alle frodi commessi in danno dell'Unione europea.

Se quanto precede fosse condivisibile, allora, vi sarebbero buone ragioni per ritenere fondata la questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 3 della Costituzione che, evidentemente, contiene un principio supremo del nostro ordinamento<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), p. 5; C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in *SIDIBlog*, par. 3. L'A. da ultimo ricorda che «anche la violazione di una sola delle due prescrizioni (...) è idonea a determinare l'incompatibilità (e quindi la disapplicazione) della normativa nazionale che abbia per effetto di impedire allo Stato membro il rispetto, appunto, degli obblighi di cui all'art. 325, par. 1 e 2, TFUE».

<sup>4</sup> Sulla possibile violazione del principio di uguaglianza si rinvia, per ulteriori approfondimenti, alle condivisibili osservazioni di I. PELLIZZONE, Testo dell'intervento al Convegno "Crisi della legalità penale e diritto costituzionale", tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano il 15 aprile 2016.

Da non dimenticare è, inoltre, l'art. 101, c. 2, Cost. che impone la soggezione del giudice solo alla legge. Il precetto, fondando l'indipendenza funzionale del giudice, riveste un ruolo primario all'interno del sistema costituzionale e potrebbe essere violato dal diritto UE, così come chiarito dalla sentenza *Taricco*, nella parte in cui impone al giudice di verificare, al fine di decidere per la disapplicazione o meno delle norme del codice penale sulla prescrizione, se la disciplina medesima impedisce «di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea». Secondo alcuni, in effetti, una simile valutazione metterebbe il giudice nelle condizioni di effettuare valutazioni discrezionali che non gli competono e che, viceversa, sarebbero di esclusiva spettanza del Parlamento<sup>5</sup>.

Questi brevi cenni, rinviando per ulteriori approfondimenti al dibattito dottrinale che si è aperto successivamente alla sentenza della Corte di giustizia<sup>6</sup>, sono sufficienti a mostrare il rilievo della questione che la Corte costituzionale è chiamata ad affrontare. L'ipotesi dell'utilizzo dei controlimiti, in questa vicenda, ha concrete possibilità di inverarsi<sup>7</sup>, data la serietà delle censure avanzate, pur non dovendosi escludere il fatto che la Corte costituzionale possa, nel decidere, tenere in conto il posto che ha il principio di apertura del nostro sistema costituzionale all'ordinamento europeo<sup>8</sup>.

Indipendentemente dalla “fine della storia” del caso *Taricco*, risulta chiaro che la vicenda è un perfetto esempio di come il sempre maggiore dialogo fra le Corti e fra gli ordinamenti possa essere talvolta non armonico, anzi persino conflittuale. Sia che la difesa scatti, sia che concretamente non operi, le conseguenze saranno di certo rilevanti.

## 2. La sentenza *Taricco* ed il divieto di ricavare conseguenze “negative” per il reo dalla applicazione del diritto UE.

Molti come si vede sono gli spunti di riflessione che vengono dati dalla sentenza *Taricco*. Qui, nell'impossibilità di affrontarli tutti, ci si limiterà a fare qualche considerazione su alcuni temi specifici.

---

<sup>5</sup> Il problema della compatibilità con l'art. 101 Cost. viene segnalato da V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale ‘sovversione di sistema’: le ragioni dei controlimiti*, cit., p. 9 e s. e 12; G. CIVELLO, *La prima attuazione della sentenza “Taricco” della C.G.U.E.: il principio di legalità nell'epoca del “minimalismo penale”*, in *Arch. pen.*, 2016, n. 1; S. BISSARO, *Testo dell'intervento al Convegno “Crisi della legalità penale e diritto costituzionale”*, tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano il 15 aprile 2016. In senso contrario F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni e sulla reale posta in gioco*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), p. 31 ss.

<sup>6</sup> Per ulteriori approfondimenti, oltre agli altri contributi raccolti in questa rivista, si vedano i numerosi scritti apparsi sul sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), nonché gli interventi resi al Convegno “I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali”, svoltosi a Ferrara il 7 e 8 aprile 2016 e reperibili in rete sia sul sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), sia sul sito [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), sia [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). Sui problemi “interni” posti dal caso *Taricco* si veda anche I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della Riserva di legge in materia penale*, cit., p. 82 ss. (specialmente p. 86 ss.).

<sup>7</sup> Auspica l'utilizzo dei controlimiti M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. i controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 2, p. 1 ss.

<sup>8</sup> Sul punto A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i “controlimiti”)*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 9 aprile 2016.

Un primo aspetto riguarda la possibile contraddizione fra la sentenza qui in esame ed il filone della giurisprudenza della Corte di giustizia che chiarisce come la violazione da parte degli Stati membri di obblighi imposti da una direttiva non può avere effetti negativi sui singoli. In questo senso chiara è la sentenza CGUE sul caso *Berlusconi* ([causa C-387/02](#)) nella quale si afferma che «la Corte ha (...) dichiarato in maniera costante che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un soggetto e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti (v., in particolare, sentenza 5 ottobre 2004, [cause riunite da C-397/01 a C-403/01](#), *Pfeiffer*) » e soprattutto che «una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle dette disposizioni»<sup>9</sup>.

Certo si è consapevoli che il ragionamento appena ricordato concerne la non attuazione delle direttive e che, nel caso *Taricco*, il parametro scelto dalla Corte di giustizia, forse non casualmente, per giungere al risultato di ammettere la non applicazione, con effetti negativi per gli imputati, di una norma interna ritenuta non compatibile con i vincoli europei, sia una norma del Trattato<sup>10</sup>. In questo si potrebbe riconoscere una differenza tale da non rendere applicabile il principio indicato nella sentenza *Berlusconi*.

Tuttavia, il fatto che dalla non attuazione del diritto dell'Unione europea non debbano derivare conseguenze negative per i singoli, soprattutto in materia penale, dovrebbe essere un principio generale dell'ordinamento europeo stesso. Da un lato, infatti, l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sancisce il principio dell'irretroattività delle sanzioni penali, dall'altro, la stessa sentenza *Berlusconi* ricorda come «il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri» e che «tale principio deve essere considerato come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario»<sup>11</sup>.

In sintesi, dalla giurisprudenza e dal diritto positivo dell'Unione europea si dovrebbe ricavare che quanto affermato nel caso *Berlusconi* sulle direttive vale in generale, quindi anche laddove la non applicazione di una norma interna con conseguenze negative per i singoli derivi dalla non attuazione (o non corretta attuazione) del diritto UE, in generale.

Si tratterebbe di un principio generale che, come ha ricordato recentemente la stessa Corte di giustizia in riferimento ad un caso relativo alle discriminazioni in base all'età, il giudice del singolo caso deve applicare. Nella sentenza della Corte di giustizia UE sul caso *Dansk Industri* ([causa C-441/14](#)), in

---

<sup>9</sup> Le affermazioni riportate si leggono ai punti 74 e 75 della sentenza citata nel testo.

Sulla sentenza della Corte di giustizia, sulle sue ricadute nell'ordinamento italiano e, in generale sul principio della legalità penale in ambito sovranazionale si veda M.E. D'AMICO, *Relazione introduttiva*, in *Ai confini del 'favor rei'. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino 2005, p. 8 e ss.

<sup>10</sup> Sul punto si vedano le osservazioni di C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, cit., par. 5.

<sup>11</sup> I punti della sentenza richiamati sono i nn. 68 e 69.

effetti, si dice che il giudice deve dare applicazione diretta ai principi e ai diritti garantiti dalla legislazione europea, nell'interpretazione proposta dalla Corte di giustizia, in ogni caso (nel caso di specie anche con riferimento ad una controversia fra privati)<sup>12</sup>.

In definitiva, sembrerebbe esserci un conflitto fra il sicuro riconoscimento del principio della non applicazione retroattiva della norma sfavorevole e le affermazioni della Corte di giustizia nel caso *Taricco*. In vero, i giudici europei ritengono di superare il problema affermando la natura solo processuale della prescrizione.

L'operazione non sembra comunque convincente. Indipendentemente dal fatto che la prescrizione ha, nell'ordinamento italiano, una natura sostanziale, come ricordato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (si veda di recente la sentenza n. 236 del 2011), resta il fatto che dalle indicazioni della Corte di giustizia potrebbe derivare, in alcuni casi, la punizione di individui che, se queste non venissero seguite, andrebbero assolti per intervenuta maturazione della prescrizione. Si pensi al caso di chi venisse condannato alla conclusione di un processo che prosegue, nonostante il verificarsi della prescrizione del reato secondo le norme italiane, per il fatto che il giudice ritenga che la normativa italiana non assicuri la persecuzione di alcuni reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea. In simili circostanze, sarebbe difficile sostenere che le conseguenze negative sul piano penale non derivino dal diritto europeo. In effetti, si avrebbe non tanto un allungamento dei termini di prescrizione, ma una vera e propria «imprescrittibilità di fatto»<sup>13</sup>. Se questo è vero, allora, pare che i principi generali del diritto dell'Unione europea ricordati dalla sentenza *Berlusconi* non trovino accoglimento nelle ipotesi qui in esame.

Sembra esserci, poi, «una intrinseca contraddizione» nella ricostruzione della Corte di giustizia nella sentenza *Taricco*. Essa si premura di precisare che la prescrizione, avendo natura processuale, non andrebbe a ledere i diritti dei singoli, a cominciare da quelli riconosciuti dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ma poi la stessa Corte chiarisce che il vizio della normativa italiana sulla prescrizione sta nel fatto che questa non consente, in un numero rilevante di casi, la punizione, per altro con sanzione penale (ossia con sanzioni efficaci e dissuasive), di coloro i quali ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea. Risulta chiaro che la non applicazione della normativa sulla prescrizione rimuove quell'ostacolo che impedirebbe, in caso contrario, la possibile condanna (ove ovviamente sia provata la responsabilità dell'agente). In altre parole e nella sostanza, la decisione della Corte di giustizia pone le condizioni per la irrogazione di una sanzione penale<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Si veda, sulla decisione, V. DI MICHELE, [Interpretazione conforme, disapplicazione, principio di uguaglianza e non di discriminazione: attraverso la Carta di Nizza la Corte di giustizia riafferma la primazia del diritto dell'Unione e la stabilità del sistema giurisdizionale europeo](#), in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).

<sup>13</sup> C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, cit., par. 3 ss.

<sup>14</sup> C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, cit., par. 5.

In questo senso la decisione sul caso *Taricco* potrebbe essere in difficile armonia anche con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, come noto, fa rientrare sotto il cappello protettivo dell'art. 7 CEDU tutte quelle sanzioni che abbiano un carattere afflittivo. In questo senso, in effetti, il richiamo operato dalla Corte di giustizia alla giurisprudenza della Corte Edu, in particolare alla sentenza del 22 giugno 2000, *Coëme c. Belgio* (ricorsi nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96), non pare convincente<sup>15</sup>.

### 3. La sentenza *Taricco* non è una fonte del diritto.

Un ulteriore punto sul quale sembra utile qualche riflessione è quello che si riconnette alla efficacia della sentenza *Taricco* rispetto ai reati che si siano prescritti prima, ovvero dopo tale decisione.

Secondo alcuni, per evitare problemi di contrasto con norme costituzionali, in particolare con l'art. 25, c. 2, o con l'art. 111 Cost., si dovrebbe distinguere le ipotesi a seconda che la prescrizione del reato finanziario che lede gli interessi dell'Unione europea sia maturata prima o dopo l'emanazione della sentenza della Corte di giustizia sul caso *Taricco*<sup>16</sup>. Andrebbe evitata, in altre e più semplici parole, una "applicazione retroattiva" della pronuncia europea e una non applicazione, *in malam partem*, della disciplina italiana sulla prescrizione<sup>17</sup>.

Si è detto, insomma, che la «corretta interpretazione della sentenza della Corte di giustizia deve anzitutto indurre a escludere che gli obblighi da essa sanciti si riferiscano anche [ai] casi (...) in cui il termine di prescrizione fosse già scaduto al momento della pronuncia della sentenza»<sup>18</sup>. Si tratterebbe di un'interpretazione avvalorata da un passaggio del par. 57 della stessa decisione *Taricco* in cui si fa riferimento ai fatti non ancora prescritti<sup>19</sup>.

In tal senso si esprime anche la Corte di cassazione, III sezione, con la sentenza 17 settembre 2015, n. 2210/16, conclusiva del procedimento n. 12999/2015 R.G.N., che ritiene di non poter intervenire con la disapplicazione delle norme del codice penale sulla prescrizione in un caso nel quale la prescrizione era già stata dichiarata<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> Sul punto si rinvia a V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, cit., p. 14.

<sup>16</sup> E. LUPO, *La primauté del diritto dell'Ue e l'ordinamento penale nazionale*, cit., p. 12 ss.; F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit., p. 24 e ss. (spec. 26 e ss.).

<sup>17</sup> Molto precise e chiare sono sul punto le osservazioni di E. LUPO, *La primauté del diritto dell'Ue e l'ordinamento penale nazionale*, cit., p. 13 e s.

<sup>18</sup> F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit., p. 26.

<sup>19</sup> In questo senso si esprime, oltre a F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit., p. 26 s., che cita anche le conclusioni dell'Avv. Gen. sul caso *Taricco*, v. anche E. LUPO, *La primauté del diritto dell'Ue e l'ordinamento penale nazionale*, cit., p. 13.

<sup>20</sup> La sentenza è pubblicata sul sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

Una simile impostazione, che peraltro avrebbe l'effetto di rendere irrilevante la questione di costituzionalità sollevata dalla Corte d'Appello di Milano<sup>21</sup>, potrebbe superare buona parte (ma non necessariamente tutti) dei dubbi relativi alla compatibilità della non applicazione delle norme sulla prescrizione rispetto all'art. 25 Cost.

Resterebbero, in effetti, in piedi i problemi di uguaglianza e quelli attinenti alla non retroattività delle norme penali di sfavore (almeno se non si accedesse ad un'idea della prescrizione come norma processuale che potrebbe superare le difficoltà derivanti dal testo dell'art. 25 Cost.)<sup>22</sup>.

La ricostruzione ora ricordata, pur lodevole per l'intento di conciliare i principi fondamentali del nostro sistema costituzionale ed i vincoli derivanti dall'adesione all'ordinamento dell'Unione europea, a prescindere dal fatto che, lo si è detto poco sopra, non supera ogni perplessità, non pare condivisibile per una essenziale ragione.

Essa presuppone che le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea abbiano il rango di vere e proprie fonti del diritto. Solo a tale condizione, in effetti, si può immaginare una vera e propria successione di norme nel tempo. Solo così è immaginabile una diversa soluzione dei casi concreti a seconda del fatto che la prescrizione sia maturata prima o dopo la pubblicazione della sentenza della Corte di giustizia.

La soluzione prospettata, più precisamente, non considera vincolante sempre e comunque la sentenza della Corte di giustizia, ma ne circoscrive gli effetti nel tempo, esattamente come se ci si trovasse di fronte ad una classica successione di fonti nel tempo.

Ma proprio questo è il punto non condivisibile. Non sembra accettabile l'idea che le sentenze della Corte di giustizia possano essere considerate alla stregua di vere e proprie fonti del diritto<sup>23</sup>.

La Corte costituzionale ha precisato, a cominciare dalla sentenza n. 113 del 1985, che le statuizioni della Corte di giustizia possano essere applicate direttamente dal giudice. In altre parole, il giudice del caso concreto deve risolverlo tenendo conto, immediatamente, delle indicazioni che la Corte di giustizia ha dato, in via pregiudiziale, relativamente al significato del diritto europeo. La vincolatività delle decisioni giurisdizionali europee deriva dal fatto che esse danno interpretazione alle disposizioni europee. Una simile constatazione non permette di ritenere che le decisioni della Corte di giustizia producano effetti solo per il futuro. Al contrario, esse vincolano il giudice del caso che ha dato origine alla pronuncia, nonché gli altri giudici che si trovino ad applicare il diritto dell'Unione europea, a tenere conto delle indicazioni della Corte di giustizia.

---

<sup>21</sup> Lo osserva giustamente F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit., p. 28.

<sup>22</sup> Sul punto si rinvia, ancora una volta, a F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit., p. 28 e ss.

<sup>23</sup> Ritiene, in generale e con riferimento ad un processo amministrativo, che «la sentenza interpretativa pregiudiziale della Corte di Giustizia è (...) equiparabile ad una sopravvenienza normativa» il Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 9 giugno 2016, n. 11.

Se si vuole circoscrivere la portata nel tempo delle indicazioni di quest'ultima, anche e soprattutto se ciò deriva dal necessario rispetto dei diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento costituzionale italiano, la via è quella maestra indicata dalla Corte costituzionale, ossia l'utilizzo dei controlimiti.

Ogni altra via rischierebbe di essere in contrasto con il principio, più volte ribadito dalla Corte di giustizia, secondo cui all'applicazione immediata del diritto europeo non devono essere frapposti ostacoli di ordine interno.

Inoltre, la posizione di chi ritiene non ammissibile considerare una decisione giurisdizionale, di qualunque tipo, alla stregua di una fonte del diritto trova autorevole riconoscimento nell'orientamento della Corte costituzionale che, nella sentenza n. 230 del 2012, ha negato che il mutamento di un orientamento giurisprudenziale, ancorché consolidato, potesse avere effetti, sulle decisioni passate in giudicato, simili a quelli che si hanno laddove a mutare sia il quadro normativo. La Corte afferma che «a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione; mentre le stesse Sezioni unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole, come in più occasioni è in fatto accaduto».

Certo si è consapevoli della diversità del ruolo della Corte di giustizia, ma il fatto che persino l'orientamento di tale giudice possa essere rivisto (e ipoteticamente non seguito) rende estendibile la *ratio decidendi* della Corte costituzionale anche agli orientamenti giurisprudenziali della Corte di giustizia.

#### 4. Il prezzo dei principi.

In definitiva, sembra a chi scrive che la vicenda *Taricco* possa essere l'occasione per l'utilizzo dei controlimiti nei riguardi delle prescrizioni date dalla Corte di giustizia nell'interpretazione dell'art. 325 TFUE<sup>24</sup>.

In senso contrario non convincono sino in fondo le osservazioni di chi ritiene che occorra pensare bene all'utilizzo dei controlimiti per assecondare gli astuti calcoli di alcuni “furbetti” che dopo essersi assicurati indebiti e lautii profitti siano ora solo in attesa della maturazione della prescrizione per vedersi garantita l'impunità<sup>25</sup>.

Non è questo il luogo, ovviamente, per giudizi morali o di valore, né per ogni tipo di considerazione di opportunità.

---

<sup>24</sup> Si condivide, quindi, l'auspicio formulato negli scritti di M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. i controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., e di V. MANES, *La 'svolta' Taricco e la potenziale 'sovversione di sistema': le ragioni dei controlimiti*, cit.

<sup>25</sup> Il ragionamento che non convince sino in fondo è di F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit., p. 34 s.

Ciò che però va considerato è che alle origini del diritto costituzionale sta la necessità di difendere anche il più indifeso individuo nei confronti degli abusi dei pubblici poteri, indipendentemente dagli obiettivi presi in considerazione dalle autorità. Inoltre, la difesa dei principi deve essere fatta “sul serio”, a prescindere dalla “simpatia” o “antipatia” di chi di volta in volta ne potrà beneficiare. Anzi, l’importanza dei principi si coglie proprio nella consapevolezza che essi sono così centrali da dover essere difesi anche nei confronti dell’individuo “peggiore” e più riprovevole. L’alternativa non è altra se non quella di sacrificare il principio di cui nessuno, nemmeno l’individuo più probo e onesto, potrà poi più beneficiare.

In sintesi, la difesa dei principi può avere un costo nel singolo caso concreto, ma questo è il prezzo per la conservazione di ciò che più è fondamentale in un ordinamento.

## 5. Il rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale.

La particolare importanza della vicenda in esame trova conferma anche nella pronuncia della Corte costituzionale, l'[ordinanza n. 24 del 2017](#), che non decide la questione di costituzionalità, ma propone un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’Unione europea. Si tratta del secondo rinvio pregiudiziale fatto nell’ambito del giudizio di costituzionalità in via incidentale.

Nella sostanza la Corte costituzionale chiede alla Corte di giustizia di avallare una «lettura “costituzionalmente conforme”» della sentenza *Taricco*<sup>26</sup>.

Prima di ogni considerazione, però, conviene ricordare brevemente il ragionamento del Giudice delle leggi. Anzitutto, si ribadisce come, in ossequio ad un consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, il regime legale della prescrizione dei reati – diversamente da quanto avvenga in altri ordinamenti europei – «è soggetto al principio di legalità in materia penale» espresso dall’art. 25 Cost., avendo una natura sostanziale e non meramente processuale.

Tanto premesso, la Corte, per verificare la compatibilità con i precetti ricavabili dall’art. 25 Cost. dei vincoli europei, quali determinati nella sentenza *Taricco* della Corte di giustizia, si chiede se potesse essere prevedibile per un qualunque individuo che l’art. 325 TFUE imponesse la non applicazione delle norme italiane sulla durata massima dei termini di prescrizione. La risposta al quesito è negativa.

Inoltre, la Corte ritiene che la verifica debba essere svolta anche con riguardo alla capacità della regola posta dalla citata decisione della Corte di giustizia di limitare la discrezionalità del singolo giudice. Anche in questo caso la risposta è negativa.

Ne discende, allora, un conflitto fra i vincoli derivanti dalla lettura dell’art. 325 TFUE data nel caso *Taricco* e l’art. 25 Cost. Una simile constatazione, unita al fatto che la norma costituzionale esprime un principio supremo dell’ordinamento italiano, tuttavia, non conduce ad un accoglimento delle questioni

---

<sup>26</sup> C. CUPELLI, [La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia](#), in *Dir. pen. contemporaneo*, 2017, n. 1, p. 199-205, a p. 199.

di costituzionalità. Una simile decisione, in vero, avrebbe rappresentato il primo caso di applicazione concreta della teoria dei controlimiti con riguardo all'ordinamento dell'Unione europea.

Proprio la percezione della gravità della situazione da parte della Corte costituzionale sembra aver suggerito il rinvio pregiudiziale. In effetti, si dice, «è necessario chiedersi se la Corte di giustizia abbia ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla regola» posta dalla sentenza *Taricco* «anche quando essa confligge con un principio cardine dell'ordinamento italiano». Il Giudice costituzionale «pensa il contrario», ma chiede conferma alla Corte di giustizia. Si ritiene che quest'ultima, nel punto 53 della sua decisione, laddove espressamente afferma che il giudice nazionale deve dare applicazione al diritto europeo assicurandosi che «i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati», abbia voluto dire che i vincoli imposti dall'art. 325 TFUE si applicano solo se compatibili con i principi relativi all'identità costituzionale del singolo Stato membro. Ovviamente, se una simile impressione della Corte costituzionale fosse corretta, non vi sarebbe alcun conflitto con le norme costituzionali italiane. In breve, «cesserebbe ogni ragione di contrasto».

La stessa Corte costituzionale, nel suo esercizio di dialogo con la Corte di giustizia<sup>27</sup>, tiene a precisare che la eventuale non applicazione, nel caso di specie, del vincolo derivante dall'art. 325 del TFUE dipende dalla qualificazione che l'ordinamento italiano dà alla prescrizione. Questa è, dice la Corte costituzionale, «una qualificazione esterna rispetto al significato proprio dell'art. 325 del TFUE, che non dipende dal diritto europeo ma esclusivamente da quello nazionale».

In sintesi, il tentativo del Giudice delle leggi è quello di evitare una formale dichiarazione di incostituzionalità e di assicurare, al contempo, il rispetto dei principi irrinunciabili del sistema costituzionale italiano. Per giungere ad un tale risultato occorre la collaborazione della Corte di giustizia che viene a tal fine chiamata in causa.

Resta chiaro, comunque, che se il vincolo della non applicazione delle norme sulla prescrizione per contrasto con l'art. 325 TFUE fosse ribadito dalla Corte di giustizia, non vi sarebbe alternativa per la Corte costituzionale all'accoglimento delle questioni sollevate dalla Corte di Appello di Milano e dalla Corte di cassazione.

Il rinvio pregiudiziale, quindi, riporta la Corte di giustizia al centro della scena e la mette nella condizione, forse non facile, di scegliere se ribadire una rigorosa lettura della disposizione del TFUE, oppure attenuarla, non imponendone l'applicazione laddove essa sia ritenuta dai singoli giudici nazionali in conflitto con norme fondamentali del loro ordinamento<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Di dialogo fra le Corti parla, condivisibilmente, C. AMALFITANO, [La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo](#), in *Eurojus.it*, 29 gennaio 2017, p. 1. Ritiene «singolare» e non condivisibile parlare di «deale collaborazione» fra Corti A. RUGGERI, [Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco. in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti \(a margine di Corte cost. n. 24 del 2017\)](#), in *Consulta online*, 2017, n. 1, p. 81.

<sup>28</sup> C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, cit., p. 8.

Strade alternative, pur intraviste da alcuni<sup>29</sup>, non sembrano facilmente praticabili. Davvero difficile risulta, almeno a chi scrive, salvaguardare i principi supremi dell'ordinamento italiano e non rivedere, almeno in piccola parte, la precedente decisione della Corte di giustizia sul caso *Taricco*.

## 6. La risposta della Corte di Giustizia.

La risposta della Corte di giustizia dell'Unione europea è stata resa con la decisione del 5 dicembre 2017 ([causa C-42/17](#)). Si precisa, in primo luogo, che il principio di legalità in materia penale è ricompreso fra i principi dell'ordinamento UE. In secondo luogo, si dice che «il requisito della determinatezza della legge applicabile, che è inerente a tale principio» e parimenti riconosciuto nell'ambito del diritto europeo, «implica che la legge definisca in modo chiaro i reati e le pene che li reprimono». In terzo luogo, si sottolinea che «il principio di irretroattività della legge penale osta in particolare a che un giudice possa, nel corso di un procedimento penale, sanzionare penalmente una condotta non vietata da una norma nazionale adottata prima della commissione del reato addebitato, ovvero aggravare il regime di responsabilità penale di coloro che sono oggetto di un procedimento siffatto».

Ne consegue, secondo la Corte di giustizia, «che spetta al giudice nazionale verificare se la condizione richiesta (...) dalla sentenza *Taricco*, secondo cui le disposizioni del codice penale in questione impediscono di infliggere sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, conduca a una situazione di incertezza nell'ordinamento giuridico italiano quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile, incertezza che contrasterebbe con il principio della determinatezza della legge applicabile. Se così effettivamente fosse, il giudice nazionale non sarebbe tenuto a disapplicare le disposizioni del codice penale in questione». Non solo, si dice che la regola *Taricco* ora ricordata non dovrà essere mai applicata alle fattispecie verificatesi prime del giorno 8 settembre 2017 (giorno nel quale è stata pubblicata la sentenza *Taricco*). Ciò deriva dal riconoscimento dei principi di legalità e di determinatezza quali principi del diritto dell'Unione europea. Per i fatti commessi successivamente a tale data, invece, lo si ribadisce, spetta al giudice verificare la applicabilità delle prescrizioni contenute nella più volte citata decisione della Corte di giustizia *Taricco*.

## 7. Cosa ci si può aspettare dalla Corte costituzionale? Qualche ipotesi.

---

Di ultimatum dato dalla Corte costituzionale alla Corte di giustizia parla A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, cit., p. 81. Nello stesso senso V. MANES, [La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco" \(note minime all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017\)](#), in [www.penalecontemporaneo.it](#), p. 1.

<sup>29</sup> C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, cit., p. 4.

La risposta della Corte di giustizia sembra, almeno a chi scrive, accontentare solo in parte la Corte costituzionale. In effetti i Giudici UE continuano a ritenere che la loro decisione del settembre 2015 possa essere equiparabile ad una fonte del diritto. Una simile concezione pare, per le ragioni sopra indicate, non essere in linea con la giurisprudenza costituzionale italiana e, specie in materia penale, non essere compatibile con il principio di legalità in materia penale. Anche l'indicazione del singolo giudice del caso concreto quale "guardiano" della determinatezza della regola *Taricco* non pare del tutto compatibile con i principi costituzionali italiani.

Ciò basterà per indurre la Corte costituzionale ad una sentenza di accoglimento con la quale si facciano valere i controlimiti rispetto ai vincoli dell'Unione europea? La risposta non è scontata.

Quali vie di decisione potrà seguire la Corte costituzionale? Tutte le ipotesi sono sul tappeto. In primo luogo, la Corte costituzionale potrebbe considerare non ammissibile la questione. Infatti, se non dovesse ritenere necessario azionare i controlimiti potrebbe ribadire la sua giurisprudenza costante (a partire dalla sentenza n. 170 del 1984) secondo la quale le questioni relative ai rapporti fra ordinamento interno e Diritto UE sono rimesse al giudice comune. Potrebbe la Corte dare rilievo al fatto che le questioni poste alla Corte stessa si riferiscono a fatti commessi prima del giorno della sentenza *Taricco* (8 settembre 2015). In questo modo non si porrebbe in contrasto con la Corte di giustizia e lascerebbe la decisione del problema ai giudici comuni. Una simile ipotesi non sembra però condivisibile perché non sarebbe coerente con l'ordinanza n. 24 del 2017 e soprattutto sminuirebbe l'importanza e la portata del principio di determinatezza, nonché l'idea della necessaria natura legislativa della disciplina penale.

La Corte allora, potrebbe dichiarare infondata la questione, ritenendo sufficienti le precisazioni della Corte di giustizia, magari chiedendo ai giudici di valutare con particolare rigore l'esistenza della determinatezza della regola *Taricco*. Questa soluzione, a parere di chi scrive, intermedia avrebbe il pregio di non lasciare completamente nelle mani dei singoli giudici la soluzione del problema, inoltre potrebbe essere un segnale nel senso di una non abdicazione rispetto al ruolo di Corte garante dei diritti. In questo senso, una pronuncia di infondatezza potrebbe essere un ulteriore segnale nella direzione indicata dalla sentenza n. 269 del 2017 con la quale la Corte costituzionale ha affermato che spetta alla Corte stessa esaminare le questioni di costituzionalità che si pongono rispetto alla violazione dei diritti fondamentali, persino laddove vi sia in gioco anche un problema di compatibilità rispetto al Diritto dell'Unione europea. Questa soluzione, specie se ribadisse quanto affermato nella sentenza n. 269 del 2017, potrebbe essere salutata positivamente. La Corte costituzionale muoverebbe un altro importante passo verso la rimeditazione di quell'atteggiamento che l'ha condotta ad avere un ruolo marginale nella difesa dei diritti, laddove vengano in rilievo questioni attinenti al Diritto europeo.

L'ultima soluzione possibile è quella dell'accoglimento delle questioni. Qui si affermerebbe con energia il "posto" del principio di legalità in materia penale e della necessaria determinatezza delle norme penali. Una simile decisione, forse, potrebbe essere l'occasione per difendere la riserva di legge in materia

penale, dandone una dimensione fortemente statale e recuperandone la *ratio* storica. Si è certamente consapevoli del forte tasso di “conflittualità” di una simile decisione e di quanto sarebbe complicata dal punto di vista dei rapporti con l’Unione europea. Per questo l’ipotesi sembra difficilmente percorribile e, nel complesso, poco probabile.

In conclusione, si vede come tutte le ipotesi di decisione siano possibili. Anche da ciò si percepisce la importanza fondamentale del caso in esame. Si tratta sicuramente di una vicenda che, indipendentemente dalla sua conclusione, farà ancora molto discutere e che lascerà un segno nel cammino dei rapporti fra Unione europea e ordinamento italiano.



L'epilogo del caso *Taricco*: i controlimiti ostano alla disapplicazione *ope iudicis*,  
anche per l'avvenire, di norme penali sostanziali (ma sono davvero tali  
quelle sulla interruzione e sull'aumento massimo del termine di prescrizione?)  
contrarie agli interessi finanziari della UE

Marcello Stella

### Abstract

Il contributo fornisce una cronistoria criticamente ragionata della vicenda *Taricco*, fino al suo epilogo nella pronuncia della Corte Costituzionale italiana, la quale, in virtù del richiamo alle garanzie fondamentali dell'imputato, ed avendo ottenuto previamente l'avallo della Corte di Giustizia, ha fatto salva l'applicazione della disciplina interna in materia di aumento massimo del termine prescrizione del reato. La cruciale problematica al fondo della vicenda *Taricco*, che investe la concezione processualistica o sostanzialistica delle norme che disciplinano la prescrizione del reato, è stata però negletta da tutti i giudici italiani ed europei.

# L'epilogo del caso *Taricco*: i controlimiti ostano alla disapplicazione *ope iudicis*, anche per l'avvenire, di norme penali sostanziali (ma sono davvero tali quelle sulla interruzione e sull'aumento massimo del termine di prescrizione?) contrarie agli interessi finanziari della UE

---

Marcello Stella\*

**SOMMARIO:** 1. Prima di *Taricco*. La Corte di Giustizia si improvvisa *defensor Fisci* ascrivendo natura «civilistica» all'azione risarcitoria del Fisco inglese nel caso anglo-danese *Sunico*, all'insegna della lotta senza quartiere contro l'evasione IVA. – 2. Cronologia ragionata del caso *Taricco*. – 3. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale del GUP di Cuneo del 17 gennaio 2014. La ritenuta ricevibilità del quesito pregiudiziale. Osservazioni critiche. – 4. I giudici italiani disapprovano la giurisprudenza *Taricco*. La Corte Costituzionale italiana, chiamata in soccorso, con ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017 (Pres. Grossi, Rel. Lattanzi) adisce di nuovo la Corte di Giustizia. – 5. L'ordinanza della Corte Costituzionale e la natura della prescrizione penale. – 6. Epilogo. La pronuncia della Corte di Giustizia, Grande Sezione, 5 dicembre 2017 (Pres. Lenaerts, Rel. Vilaca, Avv. Gen. Bot), C-42/17, *M.A.S. e M.B.* (c.d. *Taricco bis*) e l'ultima parola della Consulta.

1. Prima di *Taricco*. La Corte di Giustizia si improvvisa *defensor Fisci* ascrivendo natura «civilistica» all'azione risarcitoria del Fisco inglese nel caso anglo-danese *Sunico*, all'insegna della lotta senza quartiere contro l'evasione IVA.

L'epilogo, tutto sommato prevedibile e previsto<sup>1</sup>, del caso *Taricco* non cancella il profondo senso di insoddisfazione nell'interprete che (al di là del *background* giuridico di ognuno) vi si accosti in animo di comprender meglio le ragioni per cui i principii di legalità e di tassatività della fattispecie incriminatrice siano entrati in conflitto con le disposizioni di diritto internazionale, segnatamente del Trattato UE, che obbligano gli Stati membri ad improntare il loro diritto penale all'insegna della tutela effettiva degli

---

\* Titolare di assegno di ricerca nell'Università di Verona. Testo dell'intervento (con aggiunta di note e dell'aggiornamento sulla pronuncia della Corte Costituzionale del 31 maggio 2018, n. 115) svolto in occasione della Tavola Rotonda “*Ancora sul dialogo fra le Corti e il caso Taricco: Prospettive di diritto costituzionale, internazionale, penale e dell'Unione Europea*”, Università degli Studi di Verona, 20 febbraio 2018.

<sup>1</sup> Tra i primi a formulare un pronostico, nel senso rivelatosi poi esatto, A. CIAMPI, *Il caso Taricco impone la disapplicazione delle garanzie della prescrizione: un problema di rapporti fra diritto dell'UE e diritto nazionale e di tutela dei diritti fondamentali, non solo di diritto processuale internazionale*, in *Int'l Ls*, 2015, p. 113 ss.

interessi finanziari della UE; coniando dunque regole idonee a garantire una repressione effettiva e sufficientemente dissuasiva di alcuni reati tributari, e così di quelli che involgono la dichiarazione falsa od omessa dei redditi ai fini dell'imposta sul valore aggiunto.

Sia detto subito, seppur soltanto *per incidens*: non è affatto la prima volta che la Corte di Giustizia ed i suoi organi (Avvocati Generali, estensori di sovente informate *opinions*) hanno sfruttato la occasione di rinvii pregiudiziali claudicanti (che pur senza scaturire da una *lis ficta*, erano dubbiamente ricevibili) per assestare colpi durissimi contro i responsabili di frodi fiscali in materia di IVA.

La unione doganale tra Stati e le libertà di stabilimento e di circolazione delle merci sono preziose, si sa, ma sono anche la coltura ideale per far crescere il bacillo dell'evasione fiscale.

Qualche anno prima della sentenza *Taricco*, meriterà allora ricordare, la Corte di Giustizia aveva decretato che rientra nella materia «civile e commerciale» di cui al Regolamento n. 44/2001 l'azione di condanna al risarcimento del danno erariale promossa da una autorità fiscale nazionale, che scelga di convenire in un giudizio civile risarcitorio gli asseriti corresponsabili solidali di una frode carosello transnazionale. Nel caso *Sunico*<sup>2</sup>, la p.a. attrice era niente meno che il *Revenue Service* di Sua Maestà la Regina, ed i convenuti, nel foro di Londra, erano varie società e persone fisiche, di diversa cittadinanza. Come nella miglior tradizione del Bardo, il Fisco inglese aveva scoperto esservi del marcio in Danimarca, e proprio in quello Stato membro aveva scelto di agire, chiedendo al giudice civile di Copenaghen di emettere un provvedimento di sequestro conservativo onde congelare i conti correnti bancari dei presunti evasori.

Il giudice danese della cautela, all'evidenza alquanto spiazzato e scosso da tale iniziativa senza precedenti (riusciremmo forse noi a figurarci un manipolo di solerti funzionari dell'Agenzia delle Entrate, impegnati a discutere all'estero ricorsi per sequestri conservativi ingentissimi?) chiedeva doverosamente lumi alla Corte di Giustizia, in ordine alla sussistenza della sua stessa giurisdizione cautelare. Posto che la causa risarcitoria di merito pendente in Inghilterra, non era affatto scontato che potesse qualificarsi come ricadente nella materia civile e commerciale, il giudice danese sospettava di non essere munito di *potestas iudicandi*. Il giudice remittente era proprio di questo ultimo avviso, poiché le regole uniformi sulla giurisdizione espressamente non s'applicano alla materia tributaria.

In un contraddittorio comunitario davvero *inter pauciores* (oltre al Regno Unito, che era al postutto parte "offesa" dal reato di evasione e dal mancato introito dell'IVA, partecipò alla discussione soltanto, ma non per caso, ...la Svizzera!), la Corte di Giustizia confermò che la azione promossa dal Fisco inglese

---

<sup>2</sup> [Corte giust., 12 settembre 2013, causa C-49/12, The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs c. Sunico ApS and Others](#), ECLI:EU:C:2013:545, su cui, *si vis*, M. STELLA, *Le azioni risarcitorie del Fisco inglese contro i coautori di frodi carosello IVA residenti in altri stati membri rientrano ella materia civile e commerciale del Reg. n. 44/2001*, in *Int'l Lis*, 2015, p. 8 ss.

doveva intendersi a tutti gli effetti alla stregua di una comunissima azione risarcitoria per danno patrimoniale, dunque una *causa petendi* civilistica, al pari di una controversia tra privati.

Passi che il *petitum* della domanda risarcitoria era esattamente corrispondente all'importo della imposta evasa; passi anche che la parte danneggiata era una pubblica amministrazione. Ciò che stupì della pronuncia *Sunico*, fu la sorprendente disinvoltura con cui la Corte di Giustizia, che in passato aveva sempre sottolineato la necessità di dare alle disposizioni del Regolamento n. 44/2001 una «interpretazione autonoma», a prescindere dalle qualificazioni assegnate dal diritto nazionale a questa o a quella azione giudiziale (si pensi alla celebre giurisprudenza *Reichert* sulla natura delle revocatorie fallimentari), nel caso di specie finì per accogliere supinamente la qualificazione civilistica che la stessa parte attrice aveva impresso (*studiously*, direbbero gli inglesi) alla sua domanda. E ciò al precipuo e neppure tanto celato scopo di giovare alle norme uniformi sulla giurisdizione (anche cautelare), e poi ed ancor più delle norme sul riconoscimento automatico della sentenza di condanna meritale. La Corte di Giustizia, in quel caso, passato quasi sottotraccia, finì in sostanza per conferire una patente di libera circolazione in tutta Europa alle condanne risarcitorie civilistiche che il Giudice inglese avrebbe pronunciato nei confronti di tutti coloro che avessero preso parte alla frode carosello. Fossero essi società o persone fisiche fiscalmente domiciliate nel Regno Unito, e perciò soggetti alla potestà impositiva di quello Stato, o anche residenti in altri Stati membri, e perciò non passibili di essere attinti da avvisi di accertamento quali *taxpayers* britannici.

Certo non poteva bastare quella pronuncia epocale a impedire la *Brexit*, ma già era un segno importante, una prima indicativa avvisaglia della predisposizione della Corte di Lussemburgo a favorire con ogni mezzo la lotta all'evasione...

## 2. Cronologia ragionata del caso *Taricco*.

La vicenda *Taricco* si lascia a pieno titolo collocare entro il filone di pronunce in cui la Corte di Giustizia ha gettato il cuore oltre l'ostacolo, al fine di “ricevere” questioni pregiudiziali interpretative cruciali per gli interessi dell'Unione, pur a fronte del patente difetto di ricevibilità, e financo di carente rilevanza per la risoluzione del caso alle cure del giudice *a quo*.

La coloritura quasi politicizzata assunta dalla vicenda *Taricco* ha fatto sì che molti di quei pur pregiudiziali profili siano in qualche modo passati in secondo piano.

La stessa, vessata *quaestio iuris* al fondo della vicenda *Taricco*, che investe la natura, processuale o sostanziale, delle disposizioni che disciplinano (non già la prescrizione del reato in sé e per sé, bensì) l'ammontare massimo della proroga del termine di prescrizione, una volta che esso torni a decorrere dopo essere stato interrotto (e dunque azzerato) in grazia di determinati atti processuali di impulso o di accertamento, sembra per vero esser stata sostanzialmente aggirata da tutti i protagonisti della vicenda.

In luogo di una disamina seria, introspettiva e aperta col grave e centrale quesito di diritto, che proprio un confronto a livello europeo avrebbe potuto e dovuto contribuire a rivitalizzare, la saga *Taricco*

ha attirato invece le più svariate letture, via via più lontane dal baricentro giuridico della lite, alcune tese addirittura a imputare alla Corte Costituzionale italiana di aver posto in essere una vittoriosa «strategia diplomatica»<sup>3</sup> a tutela della certezza del diritto. Visione che ne snatura la funzione.

Per tacere poi del fatto che l'epilogo del caso si è svolto all'ombra di uno *ius superveniens*, la [Direttiva \(UE\) 2017/1371](#) del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017 (entrata in vigore il 20 agosto 2017), che al considerando 22 ed all'art. 12 obbliga gli Stati membri a dotarsi di norme sulla prescrizione di reati lesivi degli interessi finanziari della UE che siano realmente idonee a consentire la conduzione delle indagini, l'esercizio della azione penale e lo accertamento del reato in un termine "congruo". L'impostazione accolta dalla Direttiva, *si licet*, è alla insegna della natura *processuale* dell'istituto della prescrizione penale<sup>4</sup> del reato.

Procediamo però con ordine.

Il dialogo tra Corti nella vicenda *Taricco* è scandito da una moltitudine di provvedimenti, elencati nello schema cronologico che segue:

1. [ordinanza rinvio pregiudiziale GUP Cuneo del 17 gennaio 2014](#);
2. [conclusioni Avv. Gen. Kokott del 30 aprile 2015](#);
3. [sentenza Corte di Giustizia UE dell'8 settembre 2015](#) ("*Taricco*");
4. [ordinanza q.l.c. Corte d'Appello di Milano del 18 settembre 2015](#);
5. [ordinanza q.l.c. Corte Cassazione dell'8 luglio 2016](#);
6. [ordinanza rinvio pregiudiziale Corte Costituzionale n. 24 del 26 gennaio 2017](#);
7. [conclusioni Avv. Gen. Bot del 18 luglio 2017](#);
8. [sentenza Corte di Giustizia UE del 5 dicembre 2017](#) (c.d. "*M.A.S.*");
9. [sentenza Corte Costituzionale n. 115 del 31 maggio 2018](#);

A ciascuno di questi tasselli vorremmo accompagnare, quasi a mo' di commento ragionato, alcune riflessioni, atte a mettere in luce le principali criticità ed aporie che costellano questo singolarissimo *leading case* penal-tributario.

### 3. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale del GUP di Cuneo del 17 gennaio 2014. La ritenuta ricevibilità del quesito pregiudiziale. Osservazioni critiche.

---

<sup>3</sup> Così C. CUPELLI, [La Corte Costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo "certo"](#), in *Dir. pen. contemporaneo*, 2018, n. 6, pp. 227-237.

<sup>4</sup> E. LUPO, [La sentenza europea c.d. Taricco bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro](#), in *Dir. pen. contemporaneo*, 2017, n. 12, pp. 109-121, a p. 119 osserva infatti che «il recepimento della direttiva del 17 agosto 2017 comporterà la modifica della disciplina della prescrizione (almeno) dei reati oggetto della stessa direttiva, considerandola come un istituto processuale, sottoposto sempre ad un regime legale (art. 111, primo comma, Cost.), ma non al principio di stretta legalità imposto dall'art. 25, secondo comma, Cost.».

Il caso *Taricco* nasce dalla ordinanza di rinvio del 17 gennaio 2014 con cui il Tribunale di Cuneo, in funzione di Giudice della udienza preliminare, chiede alla Corte di Giustizia di essere autorizzato a «disapplicare» (si v. spec. il punto 26 della sentenza *Taricco 1*) l'art. 160, ult. c., c.p. (così come modificato dalla legge c.d. “ex Cirielli”, nel 2005), in base a cui il corso del termine di prescrizione del reato può sì essere interrotto da alcuni atti del procedimento penale, quale il decreto di rinvio a giudizio pronunciato dal GUP, ma quando ricomincia a decorrere tale termine non può essere prorogato di oltre un quarto del tempo necessario a prescrivere.

Il GUP remittente doveva decidere sul capo di imputazione elevato contro sette soggetti, accusati di associazione a delinquere allo scopo di evadere l'imposta sul valore aggiunto, mediante lo schema della c.d. “frode carousel”. Il GUP, prima ancora di decidere sulla sussistenza di elementi di colpevolezza, pronosticava come “prevedibile” – anzi, si diceva addirittura “certo”! - che tutti i reati si sarebbero prescritti entro l'8 febbraio 2018, e che entro quella data nessuna sentenza definitiva (si intende: di condanna) avrebbe potuto essere pronunciata a carico degli imputati. Secondo il Giudice del rinvio, le disposizioni penali sul limitato aumento del termine di prescrizione a seguito di una sua interruzione, in uno alla endemica lentezza della giustizia penale italiana, avrebbero autorizzato «indirettamente una concorrenza sleale da parte di taluni operatori economici stabiliti in Italia rispetto ad imprese con sede in altri Stati membri». Il GUP remittente aveva evocato come parametri di contrarietà del codice penale italiano al diritto europeo niente meno che gli artt. 101 e 107 TFUE, sul divieto di aiuti di stato. Di fatto imputando all'Italia di agevolare la commissione di reati finanziari. Quali ulteriori parametri di diritto europeo legittimanti la disapplicazione delle norme sulla prescrizione il remittente evocava l'art. 158 [Direttiva IVA \(2006/112/CE\)](#) che obbliga gli Stati ad adottare misure necessarie per prevenire «qualsiasi forma di evasione, elusione, abuso» e l'art. 119 TFUE.

All'unisono con il suo Avv. Gen. Kokott, la Corte di Giustizia, Grande Sezione, 8 settembre 2015 (Pres. Skouris, Rel. Berger), in causa C-105/14, *Taricco*, reputò senza esitazioni che la questione pregiudiziale fosse *ricevibile*.

E ciò in quanto: «dall'ordinanza di rinvio risulta chiaramente che le questioni poste alla Corte non sono affatto di tipo ipotetico e che viene individuato un rapporto con la realtà effettiva della controversia principale dato che tali questioni vertono sull'interpretazione di varie disposizioni del diritto dell'Unione che il giudice del rinvio considera determinanti per la futura decisione che sarà chiamato a emanare nel procedimento principale, più precisamente per quel che riguarda il rinvio a giudizio degli imputati».

Qui sorgono le prime perplessità.

La ammissibilità della questione interpretativa è motivata dall'Avv. Gen. Kokott in modo estremamente apodittico, se non proprio inconferente. Si sarebbe potuto e dovuto osservare, anzitutto, che il giudice remittente era un GUP; e che in base al codice di procedura penale il GUP non ha il potere di pronunciare una sentenza definitiva di condanna, né tanto meno una sentenza definitiva di assoluzione.

Ma solo un decreto di rinvio a giudizio o una sentenza di non luogo a procedere per insufficienza di elementi idonei a sostenere la ipotesi accusatoria. Quello che certamente il GUP non può fare, poiché tale organo è soggetto soltanto alla legge *ex art.* 101 Cost., e poiché la legge non prevede alcunché di simile, è subordinare la pronuncia del decreto di rinvio a giudizio ad una valutazione di “opportunità” sul se consentire la prosecuzione della azione penale già esercitata dal PM, in virtù di una prognosi sulle “chances” dell’imputato di attingere l’effetto prescrizione a causa della endemica lentezza dei processi italiani. Per questa specifica ragione di diritto processuale penale dunque – più ancora, forse, che per la formulazione presuntamente “maldestra” o “singolare” della ordinanza di rimessione o per la carenza di addentellati della questione con la fattispecie concreta, pur censurata da molti autori<sup>5</sup> – la questione avrebbe forse dovuto essere dichiarata irricevibile.

L’Avv. Gen. Kokott si appagò invece di rilevare che in base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia (in [causa C-550/09](#)) era stata ritenuta ricevibile una questione pregiudiziale rimessa da un GIP tedesco, ed anche una questione pregiudiziale sollevata da un giudice civile di primo grado finlandese *in limine litis*, quando ancora le parti non avevano dedotto le prove e precisato le loro domande (in [causa C-470/03](#)).

Il rilievo non appare del tutto conferente, perché qui non era in questione la legittimazione del rimettente dal punto di vista *soggettivo*, né tanto meno la fase o il grado del processo in cui la questione è stata sollevata. Contava invece che la soluzione della questione pregiudiziale presenti una rilevanza concreta per la decisione della causa ([causa C-303/06](#), pur citata dall’Avv. Gen. alla nota 31 della sua *Opinion*), come e perché il giudice nazionale debba fare applicazione e di quali norme di diritto europeo suscettibili di trovare ostacolo nel diritto nazionale. Il che non era punto motivato dal remittente. Il giudice del rinvio, del resto, non avrebbe potuto applicare alcuno dei fantasiosi parametri normativi europei additati con la ordinanza di rimessione, quale il divieto di aiuti di stato. Il sol fatto che un giudice penale esprimesse il “timore” che un accusato, da presumersi non colpevole sino alla condanna definitiva (art. 27 Cost.), potesse un domani giovare della prescrizione – peraltro sempre rinunciabile dall’imputato! – e rimanere “impunito” per via della eccessiva brevità della proroga del termine di prescrizione dopo un atto interruttivo, avrebbe dovuto indurre a soppesare con maggior rigore e severità la ammissibilità della questione pregiudiziale del GUP cuneense.

---

<sup>5</sup> C. AMALFITANO, [Da un’impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?](#), in *SIDBlog*, 15 settembre 2015; S. MANACORDA, [La prescrizione sulle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco](#), in *Archivio pen.*, 2015, n. 3, pp. 867-873; G. CIVELLO, [La sentenza “Taricco” della Corte di giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato](#), *ivi*, pp. 1-16; A. DELLO RUSSO, [Disorientamento sulla prescrizione dei reati fiscali a rilievo europeo tra Corte di Giustizia, Corte di cassazione e giudici di merito](#), *ivi*, pp. 1-3; M. BASSINI, [Prescrizione e principio di legalità nell’ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco](#), in *Consulta online*, 2016, n. 1.

La Corte ha invece risposto al terzo capo dell'ordinanza di rinvio, sia pur modificando il parametro di diritto europeo *in thesi* ostacolato dalla disciplina italiana della prescrizione penale. Esso non sarebbe l'art. 158 della Direttiva 2006/112, ma l'art. 325 TFUE, che obbliga gli Stati ad approntare misure dissuasive ed effettive per contrastare la frode lesiva degli interessi finanziari dell'UE. Secondo la Corte di Giustizia, il giudice penale italiano potrebbe disapplicare l'art. 160 c.p. nella parte in cui esso “*neutralizza*” l'effetto di una causa di interruzione della prescrizione (punto 46). Per la Corte una tale soluzione non lede i diritti fondamentali, in quanto disapplicare la regola che limita a un quarto l'aumento del termine prescrizione dopo la causa di interruzione, *non equivale ad applicare retroattivamente una sanzione penale* (punto 56).

Infine, la Corte rileva che vi sarebbe una disparità di trattamento tra la disciplina della prescrizione dei reati tributari in materia di IVA e la disciplina della prescrizione del reato di associazione allo scopo di commettere delitti in materia di accise sui prodotti del tabacco (punto 48). Non è affatto chiaro quale fosse il *tertium comparationis* additato dalla Corte di Giustizia, per desumerne che l'art. 160 c.p. offenderebbe il principio di equivalenza invalso nella giurisprudenza UE. La motivazione della sentenza *Taricco* è sul punto quasi imperscrutabile. Probabilmente la Corte intendeva alludere all'art. 291-*quater* del Testo Unico Leggi Doganali (D.P.R. del 23 gennaio 1973, n. 43) in base a cui l'associazione allo scopo di introdurre, trasportare, acquistare o detenere tabacco lavorato estero di contrabbando è punita con la reclusione da 3 a 8 anni per i promotori e da 1 a 6 anni per gli associati. Ed al fatto che in base all'art. 160, c. 2, c.p. la disciplina del prolungamento del termine di prescrizione nel limite di un quarto *non si applica* ai delitti previsti dall'art. 51, c. 3-*bis*, c.p.p. tra cui rientra appunto il delitto di contrabbando previsto dall'art. 291-*quater* Testo Unico Leggi Doganali. Di qui il tentativo della Corte di far leva sul principio di equivalenza.

Lo scopo della sentenza *Taricco* era forse quello di divenire una “sentenza monito”, ma in concreto essa conferisce ai giudici un potere abnorme.

#### 4. I giudici italiani disapprovano la giurisprudenza *Taricco*. La Corte Costituzionale italiana, chiamata in soccorso, con ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017 (Pres. Grossi, Rel. Lattanzi) adisce di nuovo la Corte di Giustizia.

Non passò molto tempo prima che, sollecitata da due distinte ordinanze di rimessione provenienti dalla Corte d'Appello di Milano e dalla Cassazione penale, la Corte Costituzionale rimettesse nuovamente la questione pregiudiziale al vaglio della Corte di Giustizia.

I giudici penali *a quibus* dubitano che l'art. 325 TFUE, così come interpretato dalla CGUE, nella parte in cui imporrebbe al giudice penale di disapplicare le norme sulla prescrizione, rispetti la Costituzione italiana. Ed impugnano la legge di ratifica del Trattato di Lisbona.

L'ordinanza della Corte d'Appello di Milano, Sez. II penale (Pres. Maiga, Est. Locurto) del 18 settembre 2015 motiva che nel caso alle sue cure la prescrizione era già maturata prima che la pronuncia

della Corte di Giustizia nel caso *Taricco* intervenisse ad ingiungere al giudice nazionale di disapplicare il combinato disposto degli artt. 160 e 161 c.p. A prescindere da quel rilievo (pur decisivo per conferire rilevanza alla questione incidentale), il giudice milanese soggiungeva che la disciplina della prescrizione del reato ha natura intimamente “sostanziale” e ciò impedirebbe di addivenire ad interpretazioni (e *a fortiori* allora a disapplicazioni) *in malam partem*, perché ne andrebbe della garanzia prevista dall’art. 25, cpv. Cost. Tale è il parametro costituzionale additato dalla remittente.

L’ordinanza della Corte di Cassazione, III Sez. penale (Pres. Grillo, Rel. Riccardi) dell’8 luglio 2016, n. 212 ritiene non manifestamente infondata e rilevante la questione di legittimità costituzionale (non si dice da chi sollevata) della legge di esecuzione del TFUE nella parte in cui imporrebbe al giudice italiano di dare applicazione alla sentenza *Taricco* e disapplicare gli artt. 160 e 161 c.p. in contrasto con gli artt. 3, 11, 25, c. 2, 27 c. 3, 101, c. 2, Cost.

Una applicazione retroattiva della disciplina della prescrizione più rigorosa, ragiona la Cassazione, qui assai poco persuasivamente, violerebbe anche il diritto di difesa garantito dall’art. 24 Cost. (infine non menzionato nel dispositivo dell’ordinanza) perché frustrerebbe la scelta dell’imputato che abbia rinunciato a giovare degli effetti premiali connessi alla scelta di riti alternativi (sottinteso: con l’intento di andare a dibattimento e giovare invece del decorso del termine prescrizione), senza che l’imputato possa essere “rimesso in termini” quanto al compimento di tali scelte (sottinteso: studiamente dilatorie).

La ordinanza della Corte Costituzionale è imperniata sui principi di tassatività della fattispecie penale e della riserva di legge. Incompatibile con tali principi, vi si legge, sarebbe un sistema che autorizzasse il giudice penale a valutare lui stesso, caso per caso, se la applicazione delle regole sulla prescrizione sarebbero idonee a condurre ad una sostanziale impunità dell’accusato, od a perseguire analoghi obiettivi di *policy* che spetterebbe semmai al legislatore tradurre in disposizioni tassative di legge. La Corte Costituzionale italiana ha pertanto invitato la CGUE a chiarire il suo punto di vista, ed a farlo col rito accelerato, ed in particolare a precisare: se la disciplina della prescrizione debba essere disapplicata dal giudice italiano anche quando manchi una base legale sufficientemente determinata per farlo; se ciò valga anche se la disciplina della prescrizione penale nell’ordinamento italiano abbia natura sostanziale, non processuale.

## 5. L’ordinanza della Corte Costituzionale e la natura della prescrizione penale.

Nella sentenza *Taricco*, la Corte di Giustizia aveva richiamato solo di sfuggita, senza contestualizzarli, alcuni precedenti della giurisprudenza CEDU in base a cui, per le norme processuali, anche penali, vale il principio *tempus regit actum*, con la chiara finalità di porre fuori gioco il principio di irretroattività delle norme (sostanziali) sanzionatorie.

Al solito, però, si deve rilevare come negli *hard cases* l'uso del precedente da parte della Corte di Lussemburgo e dei suoi Avv. Gen. lasci molto a desiderare.

Vediamo perché.

Nel caso [Coëme c. Belgio](#) (22 giugno 2000, ricorsi nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96), il primo dei precedenti citati nella sentenza *Taricco*, il reato per cui era stata esercitata l'azione penale non si era ancora prescritto al momento della entrata in vigore dello *ius superveniens* che aveva elevato da tre a cinque anni il termine prescrizione. La Corte Edu rilevò che il “diritto vivente” della cassazione belga era orientato nel senso di ravvisare la natura *meramente processuale* delle disposizioni in tema di prescrizione dell'azione penale, e così giudicò che i diritti fondamentali dell'imputato non fossero stati violati. Si badi, peraltro, che in Belgio, per determinare la natura del reato (delitto/contravvenzione) non si guarda alla pena comminabile in astratto, a partire dal reato descritto nel capo di imputazione, bensì alla pena comminata in concreto. E dunque, fino a che non vi è accertamento del reato e della responsabilità penale con determinazione e quantificazione della pena, neppure è dato sapere quale sia il regime prescrizione applicabile al reato. Il caso *Coëme c. Belgio*, insomma, non può assurgere a precedente autorevole, per affermare con certezza che in base alla giurisprudenza di Strasburgo la prescrizione penale abbia sicura natura processuale e che per essa valga il principio *tempus regit actum*.

Nel caso [Scoppola c. Italia](#) (17 settembre 2009, ricorso n. 10249/03), la Corte Edu ebbe invece chiaramente a ravvisare la natura *sostanziale* di una disposizione, quale l'art. 442, c. 2, c.p.p., che seppur inserita nel codice di procedura penale, prevedeva la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella della reclusione fino a trent'anni per l'imputato di un reato punibile con l'ergastolo che accetti il rito abbreviato; pertanto la Corte Edu ha ritenuto che tale norma ricadesse nel perimetro dell'art. 7 CEDU e che l'imputato non potesse soggiacere agli effetti di una disposizione sopravvenuta (rispetto al momento della commissione del fatto) che, sia pure di interpretazione autentica, aveva inasprito il regime della pena, prevedendo che in caso di accettazione del rito abbreviato l'imputato punibile con la pena dell'ergastolo con isolamento diurno avrebbe potuto beneficiare soltanto dell'ergastolo semplice (v. spec. § 119). Ognun vede, però, che il nucleo di quella fattispecie verteva sul diniego della applicazione retroattiva di un trattamento sanzionatorio mitiore, non sulla natura della prescrizione in sé o sui suoi effetti.

Anche nel caso [Yukos c. Russia](#) (20 settembre 2011, ricorso n. 14902/04), la Corte Edu ha ravvisato la natura sostanziale della norma sulla *decorrenza* del termine di prescrizione triennale dei reati tributari, ancorata alla emissione dell'atto impositivo. Neppure tale precedente, insomma, può dirsi davvero rilevante.

Sul cruciale punto inerente la natura delle disposizioni sulla prescrizione penale, la sentenza *Taricco* della Corte di Giustizia non offre alcun approfondimento. Che avrebbe invece postulato una preliminare disamina della natura dell'oggetto del processo penale. Naturale che la Corte Costituzionale italiana fosse in dovere di ribadire, al modo di una pregiudiziale ed ineludibile premessa, che la disciplina sulla

prescrizione ha natura sostanziale<sup>6</sup>. Se no, sarebbe stato inutile invocare i controlimiti, il principio di legalità e di irretroattività delle norme penali (o delle sentenze della Corte di Giustizia che impongono la disapplicazione di norme interne) meno favorevoli al reo.

Vari sono i precedenti citati dalla ordinanza di rimessione n. 24 del 2017 prima, e dalla sentenza n. 115 del 2018 poi, a supporto dell'affermazione per cui la disciplina della prescrizione del reato, nell'ordinamento penale italiano, avrebbe natura sostanziale.

Nessuno dei precedenti citati dalla Consulta, tuttavia, affronta *ex professo* la questione relativa alla natura – processuale o sostanziale – della prescrizione e delle disposizioni che fissano l'entità dell'aumento del termine prescrizionale volta che la prescrizione sia stata interrotta (ed il termine riprenda dunque a decorrere *ex novo*) da atti processuali evidentemente incompatibili con una volontà dello Stato di

---

<sup>6</sup> Al par. 138 delle sue conclusioni lo stesso Avv. Gen. Bot invoca la «costante» giurisprudenza CEDU in materia di prescrizione. Secondo l'Avv. Gen. le norme sulla prescrizione, che fissano una «*semplice condizione preliminare per l'esame della causa*». L'Avv. Gen. richiama il precedente [Previti c. Italia](#) (12 febbraio 2013, ricorso n. 1845/08), vertente sulla disposizione transitoria di cui all'art. 10, c. 3, l. 251 del 2005 (ex Cirielli), che escludeva la applicazione dei nuovi e più ridotti termini di prescrizione del reato di corruzione in atti giudiziari (da 15 a 8 anni) nei processi penali in corso e precisamente nei processi penali pendenti in primo grado, in fase dibattimentale, di secondo grado ed in grado di legittimità. Nel caso *Previti*, la legislazione censurata avanti alla Corte Edu era stata oggetto di due pronunce da parte della Corte Costituzionale italiana. Con sentenza n. 393 del 2006, Corte Cost. aveva dichiarato la incostituzionalità della disposizione transitoria, limitatamente alla esclusione della applicazione retroattiva del regime prescrizionale mitiore ai processi pendenti in primo grado. E difatti, in assenza di un accertamento di colpevolezza dell'accusato, la situazione che integra la fattispecie incriminatrice non potrebbe dirsi in alcun modo definita. Per contro, con sentenza n. 72 del 12 marzo 2008 la Corte Cost. (Pres. Bile, Rel. Finocchiaro) aveva rigettato la q.l.c. relativa al divieto di applicazione retroattiva dei nuovi termini prescrizionali ai processi già definiti con sentenza di primo grado e pendenti in grado di appello ovvero in grado di legittimità, con motivazione però tutta incentrata sul principio di acquisizione e non dispersione della prova: «...nei giudizi penali di appello (e ancor più in quelli di cassazione), l'esigenza di evitare che l'acquisizione del materiale probatorio (e quindi l'esercizio del diritto di difesa dell'imputato) sia resa più difficile dallo scorrere del tempo è già soddisfatta dalla disciplina positiva di tali giudizi. Infatti, in via di principio, quel materiale probatorio è acquisito nel corso del dibattimento di primo grado (in appello la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale è ammessa solo nei casi di cui all'art. 603 cod. proc. pen.). Sotto tale profilo, la scelta legislativa di escludere l'applicazione a tali giudizi dei nuovi termini di prescrizione è ragionevole, non potendosi per essi invocare la ricordata esigenza cui il fondamento della prescrizione è correlato. La ragionevolezza di tale scelta è poi ulteriormente comprovata dal rilievo che essa – poiché nei giudizi in esame il materiale probatorio, in linea di massima, è ormai stato acquisito – mira ad evitare la dispersione delle attività processuali già compiute all'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, secondo scadenze calcolate in base ai tempi di prescrizione più lunghi vigenti all'atto del loro compimento, e così tutela interessi di rilievo costituzionale sottesi al processo (come la sua efficienza e la salvaguardia dei diritti dei destinatari della funzione giurisdizionale)».

La Corte Edu ha rigettato in quanto manifestamente infondato il motivo di ricorso deducendo una violazione dell'art. 7 CEDU, rilevando apoditticamente (ossia attraverso il rinvio *per relationem* alle decisioni della Corte Costituzionale italiana), la carenza di una apparenza di violazione della disciplina convenzionale (v. §§ 75-87 e spec. § 84, dove la Corte Edu definisce «né irragionevole né arbitrario» il regime transitorio previsto dal legislatore italiano).

La Corte Edu ha richiamato il suo precedente reso nel caso [Morabito c. Italia](#) (27 aprile 2010, ricorso n. 21743/07). Il caso però appare inconferente. Difatti nel caso *Morabito* il ricorrente lamentava di non aver potuto beneficiare della riduzione della pena di un terzo prevista dalla disciplina sopravvenuta del nuovo rito abbreviato, dopo che l'imputato era stato già condannato con sentenza definitiva. È evidente che l'imputato già condannato all'esito di un processo celebratosi con il rito ordinario non possa dolersi della mancata applicazione retroattiva di una disciplina processuale sopravvenuta, che per incentivare gli accusati ad optare per il nuovo rito semplificato conceda uno sconto di pena. Verrebbe a mancare ogni nesso di corrispettività ideale. Il ricorso (oltretutto proposto ad anni di distanza dalla entrata in vigore del rito abbreviato) era stato per tale ragione dichiarato irricevibile.

rinunziare alla pretesa impositiva. Il primo anello della catena dei precedenti della giurisprudenza costituzionale, costantemente rievocati in ogni occasione, è costituito da Corte Costituzionale n. 275 del 1990. In tale “famoso” precedente, sorto da un processo penale a carico di amministratori comunali imputati di aver consentito lo smaltimento d’amianto tossico in una discarica a cielo aperto, la Consulta (Pres. Saja, Rel. Ettore Gallo) dichiarò costituzionalmente illegittimo l’art. 157 c.p. nella parte in cui impediva all’imputato di rinunciare alla prescrizione, precludendo così al giudice penale di pronunciare una sentenza di proscioglimento con formula piena.

Per stigmatizzare la irragionevolezza della scelta compiuta dal c.p., la Corte accostò la prescrizione alla amnistia. E rilevò che, al pari di questa, anche le circostanze che conducono alla prescrizione del reato prescindono dalla condotta dell’imputato. Pertanto, ragionò la Corte, se all’imputato è consentito rinunciare alla amnistia, nel suo interesse ad ottenere una sentenza di assoluzione perché il fatto non sussiste, altrettanto egli deve poter fare ove pure maturi la prescrizione<sup>7</sup>. In un brevissimo inciso motivazionale, racchiuso tra parentesi, la Corte si lasciò scappare che sarebbe erroneo ritenere la prescrizione un semplice «espedito processuale».

La sentenza n. 275 del 1990 realizzava così l’auspicio e una folgorante intuizione (formulata per vero già quarant’anni addietro) di Carnelutti<sup>8</sup>, che per primo aveva sottolineato la contraddizione dell’ordinamento insita nel non permettere all’imputato di rinunciare alla prescrizione e così di chiedere che «malgrado l’avveramento della condizione risolutiva il processo prosegua per l’accertamento della infondatezza della imputazione».

Nella dottrina penalistica la questione della natura della prescrizione del reato non appare sufficientemente lumeggiata. La dottrina sembra accontentarsi della fuorviante lettera del codice penale, che colloca la prescrizione, assieme alla morte del reo, alla amnistia ed alla remissione della querela, tra le «cause di estinzione del reato». E tuttavia, ad una indagine più attenta non può sfuggire che l’oggetto su cui prescrizione, amnistia, remissione della querela reagiscono non è – e non può essere – il reato sostanziale. L’equivoco è addirittura manifesto nella definizione manualistica della prescrizione del reato, quale «causa estintiva costituita, appunto, dal decorso del tempo senza che alla commissione del reato segua una sentenza di condanna irrevocabile»<sup>9</sup>.

Senza accertamento giudiziale del reato, tuttavia, come può dirsi che sia stato commesso un reato, e che vi sia dunque un oggetto sostanziale sul quale la prescrizione possa produrre un effetto estintivo?

---

<sup>7</sup> Diciannove anni prima, con sent. n. 202 del 1971 (Pres. Fragali, Rel. Mortati), la Corte era addivenuta ad una conclusione radicalmente opposta: ritenendo cioè che altro fosse collegare l’effetto estintivo del reato al mero decorrere del tempo – scelta ritenuta avulsa da ogni discrezionalità politica – altro l’escludere la punibilità di volta in volta con leggi di amnistia. A questo solo ultimo effetto, l’imputato avrebbe potuto rinunciare. Ma queste oscillazioni, dovute alla evoluzione della considerazione degli interessi sociali dell’imputato e dettate dal *favor innocentiae*, avevano poco (o nulla) a che fare con la natura della prescrizione.

<sup>8</sup> F. CARNELUTTI, *Estinzione del reato e accertamento negativo del reato estinto*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, p. 212.

<sup>9</sup> Così G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 3<sup>a</sup> ed., Bologna 1995, p. 742, che riprendono la definizione di A. MOLARI, voce *Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino 1966.

A cavallo tra la tesi sostanziale e la tesi processuale della prescrizione, si colloca Antolisei, il quale, anzitutto, ravvisa nella disciplina della prescrizione la *ratio* di evitare che la azione penale si conduca quando, a distanza di tempo dalla ipotizzata commissione del fatto, potrebbero sopraggiungere «gravi difficoltà per la raccolta del materiale probatorio», salvo poi, in una riga, allinearsi alla *communis opinio* per cui il decorso del tempo «non si limita ad estinguere, come nel codice precedente, l'azione penale, ma elimina la punibilità in sé e per sé: ha una portata sostanziale e non semplicemente processuale»<sup>10</sup>. Gli è, tuttavia, che lo stesso Antolisei riconosce che la terminologia usata dal codice «non è felice» perché il reato, come fatto storico, una volta sorto, non può essere posto nel nulla o cancellato dal decorso del tempo.

La confutazione più convincente della tesi sulla natura sostanziale della prescrizione penale è offerta da Pagliaro<sup>11</sup>, che sottolinea che la «natura processuale» di tali fatti giuridici (oltre alla prescrizione, anche amnistia propria e remissione della querela) ben può ricavarsi dal dato positivo che il loro sopraggiungere non fa certo venir meno l'obbligo di risarcimento del danno non patrimoniale cagionato dal reato. Se ne può concludere che le c.d. cause di estinzione del reato sono in realtà capaci di «paralizzare soltanto quegli effetti del reato, i quali presuppongono il processo penale». Donde il corollario, che l'effetto estintivo sul piano sostanziale non vi è, è soltanto apparente: la paralisi del processo penale, che prescrizione, amnistia propria e remissione determinano, viene scambiata col venir meno dell'oggetto del processo penale. Là dove, invece, l'arresto dell'esercizio dell'azione penale, per venir meno di una condizione di procedibilità, non postula in alcun modo la estinzione del reato sul piano sostanziale. Che il codice imponga la sentenza di assoluzione con formula piena, allorché sussista una causa di estinzione del reato, neppure giustifica la attrazione delle cause di estinzione nel campo sostanziale. Il legislatore, invero, è libero di imporre, al ricorrere di talune circostanze, la pronuncia meritoriale di accertamento della inesistenza del reato, in luogo di una pronuncia di rito che dichiari l'assenza di una condizione di procedibilità. Non vi è una contraddizione in termini in ciò. Il legislatore prende atto che il processo penale, validamente instaurato e proseguito fino al maturare della prescrizione, può essere giunto ad un punto in cui è già evidente che il reato non sussiste. Del tutto legittima, in tal caso, la scelta di imporre al giudice penale di pronunciare nel merito sulla base degli atti istruttori fino a quel momento validamente compiuti. Al di là del fondamento razionalistico della disciplina della prescrizione del reato, ravvisato talora nell'attenuarsi «dell'interesse dello Stato alla punizione di reati il cui ricordo sociale è affievolito per il trascorrere di un periodo di tempo nel quale non si è arrivati all'accertamento del reato o alla esecuzione della pena [ma appunto questi ultimi effetti andrebbero disambiguati e trattati separatamente, n.d.r.]»<sup>12</sup>,

---

<sup>10</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16<sup>a</sup> ed. agg. da Conti, Milano 2003, p. 772.

<sup>11</sup> A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 3<sup>a</sup> ed., Milano 1987, p. 737 ss.

<sup>12</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova 1988, p. 795.

deve essere rimarcata la natura processuale dell'istituto della prescrizione del reato e degli effetti della sua interruzione.

Vi è in ciò, a ben vedere, più di qualche analogia con quanto si predica in relazione alla prescrizione civilistica dei diritti soggettivi. La prescrizione non estingue comunque mai davvero il diritto di credito non esercitato per tempo dal suo titolare, a dispetto del fuorviante tenore dell'art. 2934 c.c. Prova ne sia che l'art. 2940 c.c. esclude la ripetizione del pagamento del debito prescritto (se la ripetizione è esclusa, ciò significa che il vincolo obbligatorio sussiste ancora). Piuttosto, la prescrizione civilistica dà vita ad una eccezione "paralizzatrice" (*bemmend*) della pretesa, che può esser fatta valere solo dal debitore convenuto, richiesto di adempiere. Non a caso, si tratta di una eccezione in senso stretto, che non può essere rilevata d'ufficio dal giudice (art. 2938 c.c.). *Ergo* la prescrizione non estingue alcunché, al più rende inesigibile l'adempimento della prestazione (superata, così, è la vieta concezione dei pandettisti tedeschi che vedevano nella prescrizione una sorta di "sanzione" per il "non uso" dei diritti, anche relativi di credito, in una incongrua logica proprietaria che poneva sullo stesso piano la usucapione dei diritti reali e la prescrizione).

## 6. Epilogo. La pronuncia della Corte di Giustizia, Grande Sezione, 5 dicembre 2017 (Pres. Lenaerts, Rel. Vilaca, Avv. Gen. Bot), C-42/17, *M.A.S. e M.B.* (c.d. *Taricco bis*) e l'ultima parola della Consulta.

Accantonate le conclusioni del suo Avv. Gen., che auspicava un secco rigetto della questione, la Corte di Giustizia ha dunque rilevato che i requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività inerenti al principio di legalità dei reati e delle pene si applicano, nell'ordinamento giuridico italiano, anche al regime di prescrizione relativo ai reati in materia di IVA.

Ed ha concluso che l'art. 325, par. 1-2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di IVA, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, «a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato»<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Corte giust., 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.* Per i primi commenti alla pronuncia v. O. POLLICINO, M. BASSINI, [Defusing the Taricco Bomb through Fostering Constitutional Tolerance: All Roads Lead to Rome](#), in *Verfassungsblog*, 5 dicembre 2017; C. CUPELLI, [Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di](#)

La Corte Costituzionale, in qualità di giudice *a quo*, ha pertanto potuto concludere che le questioni di legittimità costituzionale della legge di ratifica del Trattato di Lisbona sollevate dalla Cassazione e dalla Corte d'appello di Milano erano infondate. Il diritto europeo non impone la disapplicazione delle norme interne da parte del giudice penale, quando la disapplicazione si tradurrebbe di fatto nella violazione dei principi di determinatezza della fattispecie incriminatrice e di applicazione retroattiva di norme penali più sfavorevoli. Il tutto, ripetesi, muovendo dall'assunto che la prescrizione sia istituto sostanziale. Si noti che non spettava alla Corte di Giustizia il compito di sindacare se la prescrizione penale abbia natura processuale o sostanziale nell'ordinamento giuridico nazionale. Almeno fino alla entrata in vigore della Direttiva 2017/1371.

---

*Giustizia*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2017, n. 12, pp. 177-185; E. LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis*, cit.; F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla "Taricco": punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 285 ss.; P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in *Dir. Un. Eur., Osservatorio europeo*, 2017; A. MASSARO, *Taricco 2 – Il ritorno (sui propri passi?). I controlimiti come questione che "spetta ai giudici nazionali": cambiano i protagonisti, ma la saga continua*, in *Giur. Penale*, 2017, n. 12; G. VITALE, *L'attesa sentenza "Taricco bis": brevi riflessioni*, in *European Papers*, 2018, n. 1, pp. 445-458; R. BIN, *Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2 febbraio 2018. La statuizione della CGUE sottende, alla evidenza, una rinuncia alla pretesa di fornire una interpretazione autonoma della nozione di "prescrizione" in materia penale, come puntualmente rilevato da R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, n. 1, p. 1 ss., a p. 12. Ciò che, alla evidenza, avrebbe imposto alla stessa CGUE di ascrivere natura processuale o sostanziale all'istituto. Quello della prescrizione del reato, e della prescrizione in generale è istituito a cavallo tra diritto sostanziale e processo. Ve ne sono anche numerosi altri, del resto. Ad es. i criteri di liquidazione del danno civilistico da reato, su cui v. M.A. LUPOI, *Sostanza e procedura: un confine mobile (ma non troppo) in materia di tipologia di danni risarcibili*, in *Articoli, saggetti e commenti di litigation internazionale apparsi in dieci anni di Int'l Lis*, vol. II, 2018, p. 609 ss.



*SEMINARIO SUL  
DIRITTO DI FAMIGLIA  
EUROPEO E INTERNAZIONALE*

*12 marzo 2018*



## ‘Recasting’ The Revised Brussels II Regulation

Professor Nigel Lowe QC (Hon)

### Abstract

This article takes a critical look at the draft proposals published by the EU Commission in June 2016 for ‘recasting’ the revised Brussels II Regulation on Matrimonial Matters and on Matters of Parental Responsibility. It focuses in particular on the radical proposals to reform recognition and enforcement of orders relating to matters of parental responsibility, the tweaking of the jurisdictional rules governing the making of such orders, the proposed changes concerning international child abduction and on co-operation between Central Authorities, including the welcome proposed reform of Arts. 55 and 56. The final part of the article considers the possible position of the United Kingdom in the light of Brexit. A short Postscript brings the position up-to-date, as at January 2019.

# ‘Recasting’ The Revised Brussels II Regulation

---

Professor Nigel Lowe QC (Hon)\*

CONTENTS: 1. Introduction. – 2. Scope of the reform. – 3. Recognition and enforcement. – 3.1. Recognition. – 3.2. Enforcement. – 4. Tweaking the jurisdictional rules on parental responsibility. – 4.1. Application of the Recast Regulation to International Child Abduction. – 4.2. Reforming the current Arts. 55 and 56. – 5. The UK’s position. – 6. Postscript.

## 1. Introduction.

Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000 (the revised Brussels II Regulation) is the pre-eminent EU Family Law Instrument. It governs jurisdiction, recognition and enforcement of judgments in (a) Matrimonial Matters and (b) Matters of Parental Responsibility.

The Regulation has been in force since 1 March 2005 and is part of the *acquis*. It is directly applicable. It applies to all Member States except Denmark<sup>1</sup> and takes precedence over other international family law instruments.<sup>2</sup>

In June 2016 the European Commission published its reform proposals: *Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast)*.<sup>3</sup>

These proposals have been subject to ongoing negotiations between Member States. In line with the normal practice,<sup>4</sup> these negotiations have been conducted free from public scrutiny, although a little is known about the general direction of the discussions to date (but see the Postscript).

The final outcome is not expected until sometime in 2019. At the time of writing, the aim is for the main text of the Articles to be finalised under the Austrian Presidency, that is, by the end of 2018, leaving the Recitals and Forms etc. to be agreed under the Romanian Presidency, that is, sometime

---

\* Emeritus Professor of Law, Cardiff University, UK. This paper is based on a seminar given at the University of Verona, Italy, on 12 March 2018.

<sup>1</sup> See Art. 2(3). For the possible position of the UK, post-Brexit, see the concluding section of this article.

<sup>2</sup> See Arts. 60 and 61, but note: the inter-relationship between the Regulation and the 1980 Hague Abduction Convention is more complicated, see further, below.

<sup>3</sup> [COM\(2016\) 411/2](#).

<sup>4</sup> For a criticism of the EU’s general working method, see M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Unification of international family law in Europe – a critical perspective*, in *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, CEFL Series No 4, eds. K. Boele-Woelki, Cambridge 2003, 194, at 212 ff.

between January and June 2019. Whenever it is finally agreed there will have to be a further “lead-in” time before it comes into force. That could be as long as two years. In other words, the Recast Regulation is unlikely to be in force before Spring 2021. As we discuss later, these dates are significant from the UK’s point of view. As stated in the Postscript, the lead-in time is three years.

## 2. Scope of the reform.

Although under the proposals the whole Regulation will be re-numbered, no changes are proposed with regard to matrimonial matters. Furthermore, the “recast” formula means that neither the European Council nor the European Parliament may make proposals on the Articles that the Commissions has not proposed to change.<sup>5</sup>

This absence of reform proposals is not because the Commission considered the current provisions relating to matrimonial matters to be beyond reproach. There is, for example, widespread criticism of the current non-hierarchical rules under Art. 3 which can lead to jurisdiction races and of the absence of transfer provisions, which in an ideal world should have been addressed. Similarly, the opportunity could profitably have been taken to clarify whether the Regulation applies to “private” divorces, although it is understood that some attempt might be made to deal with this in the Recitals. The reason for there being no proposed reform in this area is because the Commission did not want run the risk of opening up the whole topic, given the probable divergent views of the new Member States that were not party to the revised Brussels II negotiations in 2002-2003.<sup>6</sup>

Extensive proposals are made with regard to matters of parental responsibility, the main thrust of which, are

- (1) Recognition and enforcement;
- (2) Tweaking the jurisdictional rules on parental responsibility;
- (3) Child abduction; and
- (4) Co-operation between Central Authorities, including reforming the current Arts. 55 and 56.

The focus of this article is on points (1) and (2) and aspects of (3) and (4) above. It ends by considering the UK’s position in the light of Brexit.

## 3. Recognition and enforcement.

A major function of the Regulation is to ensure that judgments made by a court of one Member State on a matter within the Regulation and in conformity with the jurisdictional rules are recognisable and enforceable in all other Member States, save in agreed exceptional cases. Some important changes

---

<sup>5</sup> But that has not prevented some attempts to amend the Recitals, see further, below.

<sup>6</sup> See further the excellent critique by C. HONORATI, *The Commission’s proposal for a recast of Brussels IIa Regulation*, in *International Family L.*, 2017, p. 97.

to the scheme were made by the revised 2003 Regulation but, as we now discuss, further more radical proposals are now being made in the Recast version. These are contained in the proposed Chapter 4 and have been the subject of lengthy discussion.

But, before discussing these, two terminological changes may be mentioned, namely, that (a) the term «court» is to be replaced by the term «authority» meaning «any judicial or administrative authority in the Member States with jurisdiction in the matters falling within the scope of this Regulation». As one commentator has said,<sup>7</sup> this is an advisable change, given the trend in many legal systems to deal with family law issues in out-of-court proceedings; and (b) to replace the term «judgment» with «decision» to bring it into line with Brussels Ia.<sup>8</sup>

### 3.1. Recognition.

The basic rule that decisions be recognised in other Member States without any procedure being required will be maintained. This is provided for by the proposed Art. 27 which will prospectively replace the current Art. 21. The proposed Art. 28, which will prospectively replace Art. 37, deals with documents to be submitted for recognition. What would be new under this provision is that the authority before which a decision given in another Member State is invoked may, where necessary, require the party invoking it to provide a translation or a transliteration of the relevant content of the required certificate. It can also require the party to provide a translation of the decision instead of the relevant content of the certificate but only if it is unable to proceed without such a translation.

Stays will be dealt with by the proposed Art. 29, prospectively replacing the current Art. 19. Stays can be granted on the basis that (a) the decision sought be recognised is being challenged; (b) an application for a decision that either there are no grounds for refusal or that recognition be refused is pending and (c) that proceedings to modify the decision or for a new decision on the same subject matter are pending in the Member State having jurisdiction over the substance of the matter.

#### *Grounds for non-recognition*

The grounds for non-recognition (see the proposed Art. 38) replicate those in the current Art. 23 save for the omission of those relating to decisions given without the child being given the opportunity to be heard and to cases where the Art. 56 procedure has not been complied with. While the latter is essentially a tidying up point, the former omission requires further explanation.

The Commission were concerned (see the Explanatory Memorandum) that a problem with the current Art. 23 (b) was that because of divergent rules governing the hearing of the child across Member States, those with stricter standards are encouraged to refuse recognition if the hearing of the child in the Member State of origin does not meet their standards. This will not be possible under the

---

<sup>7</sup> C. HONORATI, *The Commission's proposal*, cited above, p. 98.

<sup>8</sup> *I.e.* [Regulation \(EU\) No 1215/2012](#).

recast Regulation. Under the proposed Art. 20, authorities of Member States will be under a general duty to «ensure that a child who is capable of forming his or her views is given the genuine opportunity to express those views freely during the proceedings». Furthermore the authority must give «due weight to the child’s views in accordance with his or her age and maturity and document its considerations in the decision». These requirements are underscored by the proposed Art. 53(5) which prospectively provides that a judge who has given a decision in matters of parental responsibility can only issue a certificate provided «the child was given a genuine and effective opportunity to express his or her views in accordance with Article 20». As only certificated decisions are recognisable under the Regulation<sup>9</sup>, if no certificate is issued the decision is not automatically recognisable and if a certificate has been issued, it is well established<sup>10</sup> that courts of other Member States cannot go behind it. In this way it will be ensured that, as the Explanatory Memorandum explains, recognition cannot be refused on the mere fact that a hearing of the child in another country was done differently compared to the standards applied by the court before which recognition is sought.

### 3.2. Enforcement.

#### *Complete abolition of exequatur*

The most radical of all the proposed reforms is to abolish the *exequatur* stage in the enforcement of *any* decision relating to parental responsibility. At the moment the *exequatur* stage has been abolished in just two specific instances, namely, the enforcement of access decisions and an order for a child’s return in the course of so-called override provisions (see further below).

This crucial change is by the proposed Art. 30, which simply provides: «[a] decision on matters of parental responsibility in respect of a child given in a Member State which is enforceable in that Member State shall be enforceable in the other Member States without any declaration of enforceability being required».

The complete abolition of the *exequatur* stage would, it is argued, save time and costs and would be without prejudice to the existing opportunity of seeking a refusal of recognition or enforcement.<sup>11</sup>

As the Explanatory Memorandum says: «[t]he procedure for declaring a decision given in another Member State enforceable (“exequatur”) remains an obstacle to the free circulation of decisions which entails unnecessary costs and delays for parents and their children involved in cross-border proceedings. The time for obtaining *exequatur* varies between Member States; it can take from a couple of days to several months depending on the jurisdiction and the complexity of the case. The time indicated does not take into account the time required for collecting the documents necessary for

---

<sup>9</sup> See the proposed Art. 28(1)(b).

<sup>10</sup> See [CJEU, 22 December 2010, case C-491/10 PPU, Joseba Andoni Aguirre Zarraga v Simone Pelz](#), EU:C:2010:828, and [26 April 2012, case C-92/12 PPU, Health Service Executive v SC and AC](#), EU:C:2012:279.

<sup>11</sup> Discussed below.

the application and translations. If an appeal is lodged against the grant or refusal of *exequatur*, this delay increases considerably: appeals can take up to two years in some Member States. This is particularly frustrating for parents who expect decisions concerning children take effect without unnecessary delay».

There might also be contradictory situations where a Member State must enforce access rights under the Regulation while, at the same time, the recognition and/or enforcement of custody rights decided in the same decision may be challenged and perhaps refused in the same Member State because decisions on both rights are currently subject to different procedures under the Regulation.<sup>7</sup>

It is understood that the general proposal to abolish the *exequatur* stage has been welcomed, but there has been a debate of a technical nature, namely, whether specifically to preserve the two existing privileged positions and add a new provision covering the other areas.

#### *Continued ability to seek enforcement*

It is important to appreciate that the proposed abolition of *exequatur* would not prevent applicants seeking enforcement or applying for enforcement to be refused.

So far as the former is concerned, the proposed Art. 32 provides that applications for enforcement must be submitted to the court competent for enforcement according to national law. The enforcement court must take all steps necessary to ensure that the decision is enforced including ordering the concrete enforcement measures to be applied, instructing the enforcement officer and, where a decision contains a measure or order that is unknown in the law of the Member State of enforcement, adapting the decision to the extent possible to a measure or order that is known and which has equivalent effects.<sup>12</sup> Unless an application for refusal has been filed, no grounds for refusal may be examined in an enforcement application. If the decision is not enforced within six weeks of the institution of enforcement proceedings then the court of the Member State of enforcement must inform the requesting Central Authority or the applicant if the proceedings were instituted without the Authority's assistance, about this fact and the reasons.

Applicants will be required to submit an authenticated copy of the decision sought to be enforced together with an appropriate certificate.<sup>13</sup> They may be required to provide a translation or a transliteration of the relevant content of the certificate. The party may also be required to provide a translation of the decision but only if it is unable to proceed without such a translation.<sup>14</sup>

The proposed Art. 36 deals with stays of enforcement proceedings. A stay must be granted where the enforceability of decision is suspended in the Member State of origin. A stay may be granted «where due to temporary circumstances such as serious illness of the child, enforcement would put the

---

<sup>12</sup> See in this respect the proposed Art. 33.

<sup>13</sup> See the proposed Art. 34 (replacing the current Art. 45).

<sup>14</sup> See the proposed Art. 33(2)-(3).

best interests of the child at grave risk». However, enforcement must be resumed «as soon as the obstacle ceases to exist». This proposal helpfully refines the current Art. 19.

#### *Refusing enforcement*

Notwithstanding the proposed abolition of *exequatur*, applications will still be able to be made for a refusal of enforcement. The grounds for refusal are provided for by the proposed Art. 40. They comprise the same grounds as those for non-recognition, including limiting those grounds to incompatibility with later decisions in the case of access decisions and those entailing the return of the child made under the proposed Art. 26(4). But in addition, and this would be new, it is proposed<sup>15</sup> that in all cases, enforcement may be refused where «by virtue of a change of circumstances since the decision was given, the enforcement would be manifestly contrary to the public policy of the Member State of enforcement because one of the following ground exists: (a) the child being of sufficient age and maturity now objects to such an extent that the enforcement would be manifestly incompatible with the best interests of the child; (b) other circumstances have changed to such an extent since the decision that its enforcement would be manifestly incompatible with the best interests of the child».

In the case of (a) above, before refusing enforcement, the competent authorities in the Member State of enforcement «shall take the necessary steps to obtain the child’s cooperation and ensure enforcement in accordance with the best interests of the child».<sup>16</sup>

The proposed Art. 40(4) makes it clear that there are no other grounds for refusal.

As under the current Regulation, appeals both for and against refusals are permitted<sup>17</sup> and there will continue to be a general embargo against reviewing both jurisdiction and substance.<sup>18</sup>

The proposed addition of the «change of circumstances» ground for refusal is controversial. On the one hand, it is clearly child welfare oriented and in line with giving a child an effective voice. On the other, albeit couched in restrictive terms, it constitutes, as one commentator has pointed out,<sup>19</sup> «a major exception to one of the cornerstone of the European judicial system, which hitherto has view the principle of mutual recognition as an unassailable dogma». Moreover, as the same commentator also points out, the application of the proposed exception to an order to send back a child who has been abducted when applying the override provisions can be problematic. It must be a matter of debate whether the proposal survives the negotiations.

Save for this last proposal, overall the proposals concerning recognition and enforcement provide for a more streamlined and efficient process and go some way to addressing the inherent delays in the current process. The abolition of the *exequatur* stage of enforcement for all decisions concerning

---

<sup>15</sup> See the proposed Art. 40(2).

<sup>16</sup> See the proposed Art. 40(3).

<sup>17</sup> See the proposed Art. 44 (replacing the current Art. 33).

<sup>18</sup> See the proposed Arts. 50 and 52 (replacing the current Arts. 24 and 26).

<sup>19</sup> C. HONORATI, *The Commission’s proposal*, cited above, p. 110.

parental responsibility will undoubtedly improve the process (in the UK context it would eliminate the need to register a judgment) without impairing the ability to challenge recognition or enforcement and the proposed refinements to that ability are generally helpful.

#### 4. Tweaking the jurisdictional rules on parental responsibility.

Although a number of changes are embodied in the proposed Section 2 of Chapter 2, so far as parental responsibility proceedings are concerned the proposals refine rather than fundamentally alter the current jurisdictional rules.

##### *Some general changes*

The child's habitual residence will remain the primary jurisdiction but will be amended so that where «a child moves lawfully from one Member State to another and acquires a new habitual residence there, the authorities of the Member State of the new habitual residence shall have jurisdiction».<sup>20</sup>

By the proposed Recital (15) this provision (which is in line with Art. 5(2) of the [1996 Hague Protection of Children Convention](#)) should apply whether or not there are pending proceedings, but where there are pending proceedings «the parties may agree in the interests of the efficiency of justice that the courts of the Member State where proceedings are pending retain jurisdiction until a final decision has been given, provided that this is in the best interests of the child. This possibility is of particular importance where proceedings are nearing conclusion and one parent wishes to relocate to another Member State with the child».

The import of Recital (15) is that it would end the traditional principle of *perpetuatio jurisdictionis* embraced by the current Regulation. However, no substantive changes are made to the continuing jurisdiction in relation to access rights.<sup>21</sup>

So far as jurisdiction in child abduction cases is concerned, the only prospective change is to add to the existing circumstances in which the court in which the child was habitually resident before the wrongful removal or retention ceases to retain jurisdiction, namely, where «a request for return lodged by the holder of rights of custody was refused on grounds other than Article 13 of the 1980 Hague [Abduction] Convention».<sup>22</sup>

Some useful proposals are made with regard to prorogation of jurisdiction (the current Art. 12), not least changing the heading to a more readily understandable «Choice of court for ancillary and autonomous proceedings».<sup>23</sup> One change of substance, reflecting the CJEU decision, [E. v B.](#),<sup>24</sup> is that

---

<sup>20</sup> See the proposed Art. 7.

<sup>21</sup> See the proposed Art. 8.

<sup>22</sup> See the proposed Art. 9 (b)(iii).

<sup>23</sup> See the proposed Art. 10. This is not say that the new heading is perfect. In particular, it may be questioned whether it is helpful to classify parental responsibility proceedings as “ancillary” to divorce etc. proceedings, see C. HONORATI, *The Commission's proposal*, cited above, p. 100.

<sup>24</sup> Judgment of 1 October 2014, case C-436/13, EU:C:2014:2246.

where in autonomous (*i.e.* freestanding) parental responsibility proceedings jurisdiction is taken with the agreement of all the parties, it «shall cease as soon as the proceedings have led to a final decision».<sup>25</sup>

Another useful proposed change<sup>26</sup> is that where all the parties to the proceedings in relation to parental responsibility accept jurisdiction, that agreement must be recorded in court in accordance with the law of the Member State of the court.

Finally, advantage is taken of the opportunity to correct the drafting error in the current Art. 12(1)(b) which refers to the «superior» rather than the best interests of the child.<sup>27</sup>

#### *Urgent cases*

Currently, Art. 20 confers upon courts the *power* in urgent cases to take provisional including protective measures upon the child's or his or her property's presence. The proposed Art. 12 makes the crucial and welcome change that in urgent cases the courts have *jurisdiction* upon the basis of the child or his/her property's presence to take provisional including protective measures. This means that like Art. 11 of the 1996 Hague Protection of Children Convention, such measures will be enforceable extra-territorially. As the prospective Recital (17) puts it, «[t]hose measures should be recognised and enforced in all other Member States including the Member States having jurisdiction under this Regulation until a competent authority of such a Member State has taken the measures it considers appropriate. Measures taken in one Member State should however only be amended or replaced by a court in the Member State having jurisdiction over the substance of the matter. An authority only having jurisdiction or provisional, including protective measures should, if seised with an application concerning the substance of the matter, declare of its own motion that it has no jurisdiction».

The proposed Art. 12 adds that insofar as the protection of the child's best interests so requires, the authority taking the measure must so inform the authority of the Member State having jurisdiction over the substance of the matter, either directly or through the Central Authority.

The power to take provisional measures can potentially be usefully employed to help protect a child following the making of a return order under the [1980 Hague Abduction Convention](#). One of the fears when making such an order is that the child might not be adequately protected on return and, to this end, various devices, such as mirror orders or safe harbour orders or undertakings have been employed. But, as the English courts have found, the power to make provisional orders under Art. 11 of the 1996 Convention adds to these powers by enabling the courts to make protective orders in cases of urgency and which will have extra-territorial effect until superseded by an order in the “home” jurisdiction. In [B v B \(Abduction: BIIR\)](#),<sup>28</sup> for example, in addition to the child being ordered to be returned to Lithuania under the 1980 Abduction Convention, under Art. 11 of the 1996 Protection

---

<sup>25</sup> See the proposed Art. 10(4).

<sup>26</sup> See the proposed Art. 10(5).

<sup>27</sup> See the proposed Art. 10(1)(c).

<sup>28</sup> [2014] EWHC 1804 (Fam), [2014] Fam Law 1225.

Convention, the child was ordered to remain in the custody of her mother, the father be prohibited from molesting the mother and from approaching within 100 metres of the mother's flat.

The decision in *B v B*, however, is open to two possible objections. The first is whether, given that the case was subject to the Regulation, it was legitimate to ignore Art. 20 of the Regulation and apply Art. 11 of the 1996 Convention instead and thereby obtain the all important advantage of extra-territoriality.<sup>29</sup> Happily, the proposed Art. 12 renders that argument academic. But a second possible objection is whether the need to ensure a child's safe return can be said to qualify as a case of "urgency". In the context of Art. 11 of the 1996 Convention, at any rate, the UK Supreme Court in [\*Re J \(A Child\) \(Reunite International Child Abduction Centre intervening\)\*](#) clearly accepted the legitimacy of using Art. 11 in this way referring to it as providing a «soft landing» for children whose return to their home country is ordered.<sup>30</sup> It remains to be seen whether a similar application of the proposed Art. 12 will be accepted.

#### 4.1. Application of the Recast Regulation to International Child Abduction.

The application of the recast Regulation to child abduction is to be governed by a separate Chapter (Chapter III). The proposed Art. 21 directs courts when hearing a return application under the Hague Abduction Convention, to apply Arts. 22-26. Arts. 22-25 direct the courts on how return applications should be handled; Art. 26 governs what is to happen if a return order is refused. In general, the reforms refine rather than fundamentally change the current Art. 11. The following discussion focuses on some aspects of the proposals.

##### *Concentrating jurisdiction*

The proposed Art. 22 is new. It provides that Member States «shall ensure that the jurisdiction for the applications for a return of the child [under the Hague Abduction Convention] is concentrated on a limited number of courts». This is a useful amendment insofar as it will force Member States that have not already done so to limit the number of courts competent to hear Hague Convention return applications. As the proposed Recital (26) says «[t]he concentration of jurisdiction upon a limited number of courts within a Member State is an essential and effective tool for speeding up the handling of child abduction cases in several Member States because the judges hearing a larger number of cases develop particular expertise».

Despite its obvious utility, this proposal has attracted opposition on the basis that it constitutes too great an interference with Member States' autonomy and is unlikely to be accepted.

---

<sup>29</sup> Compare the views, for example, of H. SETRIGHT, D. WILLIAMS, I. CURRY-SUMNER, M. GRATION, M. WRIGHT, *International Issues in Family Law – The 1996 Hague Convention on the Protection of Children and Brussels IIa*, Bristol 2015, p. 101-103, who say it was wrong with N. LOWE, M. EVERALL, M. NICHOLLS, *International Movement of Children*, 2<sup>nd</sup> edn, Bristol 2016, at 29.26, who argue that it was right to regard Art. of the 1996 Convention as supplementing rather than contradicting Art. 20 of the Regulation.

<sup>30</sup> [2015] UKSC 75, [2016] AC 1291, para. 31, per Lady Hale.

### *New timing provisions*

An innovation of the current Regulation was, by Art. 11(3), was to introduce a six weeks obligation for courts to dispose of return applications made under the 1980 Hague Abduction Convention. The reform proposals build on this. The proposed Art. 23(1) provides that a court hearing a return application must act expeditiously and in any event dispose of an application at first instance within six weeks with a further six weeks being allowed for the disposal of the *single* appeal that will be permitted,<sup>31</sup> in each case, save where «exceptional circumstances make this impossible». These timing provisions need to be considered with the proposed Art. 63(g) by which Central Authorities are enjoined, where they initiate or facilitate the institution of court proceedings for the return of children under the Hague Abduction Convention, to ensure that the file prepared for the proceedings is complete within six weeks, save where exceptional circumstances make this impossible. Note might also be taken both of Recital (27), by which requesting Central Authorities should liaise closely with the applicant and respond ‘without delay’ to any requests from the requested Central Authority for additional information or missing documents, and of the proposed Art. 32(4), by which in cases where the decision was not enforced within six weeks of the initiation of enforcement proceedings, the court of the State of enforcement will be obligated to inform the requesting Central Authority (or the applicant, if proceedings were instituted without Central Authority assistance) about this fact and of the reasons for it.

The proposed timing provisions adopt the model pioneered by the Dutch system and although they may not be entirely suitable for every legal system, including that of the UK (where court proceedings are issued extremely quickly but more time is taken to prepare the application for a court hearing), they provide welcome clarity and realism. As the Explanatory Memorandum puts it, «[t]his new 6+6+6 deadline (...) envisages a maximum period of 18 weeks for all possible stages (...). This would render the time limits for courts more realistic with a view to protecting right of the defendant to a fair trial whilst limiting it to the shortest period realistically possible».

In making these proposals, the Commission referred to the 2008 Statistical Survey<sup>32</sup> which pointed up how far short of the six weeks target many of the Hague disposals were. Moreover, the proposals are supported by findings of the 2015 Survey,<sup>33</sup> which suggest that the current Art. 11(3) seems to have had some effect with regard to speeding up court decisions (albeit that only 23% of Regulation cases met the six week requirement) and they certainly demonstrate the need to address the time taken to issue court proceedings. Whether speeding up the process of getting an application

---

<sup>31</sup> See the proposed Art. 25(4), discussed further, below.

<sup>32</sup> See N. LOWE, V. STEPHENS, [\*A Statistical Analysis of Applications made in 2008 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction\*](#), Prel. Doc. No. 8B (Revised, November 2011).

<sup>33</sup> See N. LOWE, V. STEPHENS, [\*A Statistical Analysis of Applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction\*](#), Prel. Doc. No. 11A (Revised, February 2018).

before the court will lengthen court proceedings is a legitimate question but overall it is suggested that it should not.

Apart from bringing welcome clarification, providing for a separate period of six weeks to determine an appeal is justified by the 2015 statistics which demonstrate just how lengthy they can be, particularly if there is more than one appeal. Although the proposal to limit the number of appeals to one is controversial, in fact, as the 2015 Survey shows, very few cases are appealed more than once (of the 107 appeals in return applications governed by the Regulation, only six were appealed twice with a further two applications reaching three levels of appeal). However, this information can be used either way. On the one hand, it could alleviate the concern that limiting the number of appeals is an undue interference with Member States' autonomy, but on the other, it could be used to say that proposal is not warranted. In point of fact, the proposal that there be just one appeal in abduction cases has generally been accepted with the reservation that this does not exclude extraordinary appeals.

It may finally be observed that the proposals make no provision for any sanction for non-compliance with the proposed time limits. Although ECtHR rulings have found rank failure to meet the existing time limits to be a breach of the ECHR,<sup>34</sup> there seems to be no effective EU sanction.<sup>35</sup> Given that the statistics show that some Member States consistently fall well short of the time targets, it is a pity that this point is not expressly addressed.

#### *The override mechanism*

The position following a refusal to make a return order under Art. 13 of the Hague Abduction Convention, currently governed by Art. 11 (6)-(8), will essentially remain the same but with some tweaking.

By the proposed Art. 26(1) where a court refuses to make a return order its decision must specify the relevant Article or Articles of the Hague Convention upon which the refusal is based. In this regard it is of interest to note that the 2015 Survey found that 16% of refusals of return applications governed by the Regulation relied on more than one exception. This can be important since the override provisions are only triggered by refusals based on an Art. 13 exception. In fact, a significant proportion (49%) of refusals is not based upon Art. 13 at all. Indeed the 2015 Survey found that only 34 refusals were wholly or partially reliant on Art. 13.

---

<sup>34</sup> See, for example, [judgment of 26 July 2011, \*Shan v Hungary\*, application No 6457/09](#), 61 EHRR 438; [judgment of 28 April 2015, \*Ferrari v Romania\*, application No 1714/10](#); and [judgment of 1 March 2016, \*KJ v Poland\*, application No 30813/14](#).

<sup>35</sup> Though note, by Art. 4(3) TEU, Member States must take all appropriate measures to ensure the fulfilment of their Treaty obligations (this obligation extends to national courts, see [CJEU, 10 April 1984, case 14/83, \*Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen\*](#), EU:C:1984:153, [1984] ECR 1891) and in the event of a Member State's failure to do so the Commission Member States take the defaulting State before the CJEU (see Art. 258 TFEU). In other words, *systematic* failures to meet the time limits could be sanctioned.

Art. 26(2) essentially replicates the current Art. 11(6) providing that where the refusal is based on at least one of the grounds set out by Art. 13 of the Hague Convention then the court must «immediately either directly or through its Central Authority *or through the European Judicial Network in civil and commercial matters*, transmit a copy of that decision and of the other relevant documents, in particular a transcript of the hearings before the court, to the court having jurisdiction or to the Central Authority in the Member State where the child was habitually resident immediately before the wrongful removal or retention. The decision must be accompanied by a translation into the official or one of the official languages of that Member State or into one of the official languages that the Member State expressly accepts. The court shall receive all the mentioned documents within one month of the date of the non-return order».

The proposed Art. 26(3) replaces Art. 11(7) by which it is incumbent upon the court of the State of the child's habitual residence before the wrongful removal or retention to notify the parties and invite them to make submissions to the court within three months so that the court can examine the question of custody. But a new provision is to be provided by Art. 26(4) by which the court is to «examine the question of custody of the child taking into account the child's best interests as well as the reasons for and evidence underlying the decision refusing the return of the child». This usefully emphasises that such a hearing is a complete merits hearing. Some have questioned this proposal but it is suggested that as a matter of principle, the final custody proceedings should be a full merits hearing, otherwise why should a decision to order the child's return be given overriding effect?

As under the current Art. 11(8), the proposed Art. 26(4) ends by providing that any custody decision requiring the child's return replaces the Hague decision refusing the return.

During the negotiations there has been some suggestion that the override provisions be confined to Art. 13(b) refusals to return. Such a proposal would not only exclude refusals based on the exceptions under Art. 13(a), but also those based upon the child's objections. That seems wrong in principle, particularly where the child concerned is very young. Courts already base their refusals on grounds other than those provided by Art. 13 specifically to avoid the overriding provisions. Confining their application to Art. 13(b) refusals will only present further opportunity to avoid them. However, given the paucity of "override cases", let alone actual returns, it is not worth lengthy debate. Research has shown that out of the known 63 such proceedings Europe-wide heard between 1 March 2005 (when the revised Regulation came into force) and 30 September 2015, only seven resulted in the child actually being returned.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> See P. BEAUMONT, L. WALKER, J. HOLLIDAY, *Not heard and not returned: the reality of Article 11(6)–(8) proceedings*, in *International Family L.*, 2015, p. 124 and, by the same authors, *Conflicts of EU courts on child abduction: the reality of Article 11(6)–(8) proceedings across the EU*, in *12 Journal of Private International Law*, 2016, p. 211.

## 4.2. Reforming the current Arts. 55 and 56.

An innovation of the current Regulation was to include an Article (Art. 55) on cooperation on cases specific to parental responsibility and one (Art. 56) on the placement of a child in another Member State. These Articles attracted little comment at the time, indeed the [Commission's 2005 Practice Guide](#) did not mention Art. 56 at all.<sup>37</sup> However, with the exponential increase of children of different Member States being involved in institutional or foster care proceedings (what English lawyers refer to as “public law” cases), these provisions, particularly Art. 55(a) concerning requests for information about a child and Art. 56, have assumed growing importance and with it have exposed a number of problems. A lot of these issues have been addressed in the proposed reforms.

In general terms, as the Explanatory Memorandum puts it, the proposals aim to clarify who can ask for what assistance and information, from whom, and under what conditions. It also makes clear that both courts and welfare agencies can request the assistance of Central Authorities. With regard to the transmission of social reports the proposal makes it clear that they can include reports on adults and/or siblings if the child's situation so requires (though this is to be found in the proposed Recital (42) rather than in the text of the Regulation).<sup>38</sup>

So far as collecting and exchanging information is concerned Art. 55(a) will be replaced by Art. 64 which prospectively provides «1. [u]pon request with supporting reasons by the Central Authority or an authority of a Member State with which the child has a substantial connection, the Central Authority of the Member State is habitually resident and present may, directly or through authorities or other bodies: (a) provide a report: (i) on the situation of the child; (ii) on any procedures under way concerning the child; or (iii) on decisions taken concerning the child; (b) request the competent authority of its Member State to consider the need to take measures for the protection of the person or property of the child».

Such requests and any accompanying documents must be accompanied by a translation into the official language or one of the official languages or any other language that the requested Member State expressly accepts<sup>39</sup> and, importantly, except where exceptional circumstances make it impossible, the requested information must be transmitted to the Central Authority or competent authority of the requesting Member State «no later than two months following the receipt of the request».<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> Cf the [2014 Practice Guide](#), para. 7.4.

<sup>38</sup> The Commission points out that for the courts, at any rate, the Recast Regulation provides a cost-free alternative (save for possible translation costs) to [Council Regulation \(EC\) No 1206/2001](#) of 28 May 2001 on cooperation between courts of Member States in taking evidence in civil or commercial matters (again one must look to the proposed Recital (44) rather than the text for this point) and «creates a legal basis for welfare authorities to obtain the necessary information from other Member States through the Central Authorities».

<sup>39</sup> See the proposed Art. 64(4).

<sup>40</sup> See the proposed Art. 64(6) and the proposed Recital (48).

Where a decision on matters of parental responsibility is contemplated an authority of a Member State can, if the child's situation so requires, request an authority of another Member State which has information relevant to the child's protection to communicate such information. Requests may also be made for assistance in the implementation of decisions in matters of parental responsibility, «especially in securing the effective exercise or rights of access as well as of the right to maintain direct contact on a regular basis».<sup>41</sup>

Art. 56 is to be replaced by Art. 65<sup>42</sup> which will make the following crucial changes: first, before an authority having jurisdiction under the Regulation contemplates the placement of a child in institutional care or with a foster family in another Member State, it must first obtain the consent of the competent authority in that other State. Secondly, the authority must, through the Central Authority of its own State, transmit to the Central Authority of the State of the proposed placement, a request for consent together with a report on the child and the reasons for the proposed placement or provision of care. Thirdly, the request and accompanying documents must be accompanied by a translation into the official language or one of the official languages or any other language that the requested Member State expressly accepts, and fourthly, except where exceptional circumstances make it impossible, the requested Central Authority must transmit its decision on whether or not to grant consent to the requesting Central Authority within two months of receiving the request. Note should also be taken of the proposed Recital (51) which emphasises that any long-term placement of a child abroad should be in accordance with Art. 24(3) of the Charter of Fundamental Rights of the EU (the right to maintain personal contact with the parents) and with UNCRC notably Arts. 8, 9 and 20. «In particular when considering solutions, due regard should be paid to the desirability of continuity in the child's upbringing and to the child's ethnic, religious, cultural and linguistic background».

Overall these proposals provide welcome clarification and improvement of Arts. 55 and 56.

## 5. The UK's position.

### *The immediate position*

Notwithstanding the referendum vote in 2016 to leave the European Union, the UK "opted in" to the negotiations on the proposed reform of the Regulation. At the time of writing, the UK continues to be a full participant in the negotiations and expects to do so up to "exit day" which is 29 March 2019. After that date and assuming that the currently agreed "implementation period" from March 29

---

<sup>41</sup> See the proposed Art. 64 (2) and (3), respectively. Note also the proposed Art. 64(5) by which authorities of a Member State where the child is not habitually resident must, upon the request of a person residing in that Member State who is seeking to obtain or to maintain access to the child, or upon the request of a Central Authority of another Member State, «gather information or evidence, and make a finding, on the suitability of that person to exercise access and on the conditions under which access should be exercised». See also the proposed Recital (48).

<sup>42</sup> See also the proposed Recital (50).

2019 to December 2020 will have effect, the UK will no longer participate in the negotiations but will be bound by their outcome, in the unlikely circumstance that the recast Regulation came into force during that period. The position after that is still a matter of speculation. What is clear is that the UK will continue to be bound by the current Brussels II Regulation until 29 March 2019 and during the implementation period, subject to that being confirmed and the recast version not being brought into force in the meantime.

After full exit, whenever that proves to be, the position is still open to negotiation. However, at the time of writing, there are no published plans for the UK to seek to continue to be a full State Party to the Regulation. Under the European Union (Withdrawal) Act 2018, the Regulation will simply be unilaterally enacted as part of UK domestic legislation. Given the current state of play, it seems likely that it will be the existing version and not the recast version that will be enacted domestically. Furthermore, the 2018 Act makes it clear that European Court judgments will no longer be binding upon domestic courts, nor will the latter be able to make references to the former and also expressly provides that the Charter of Fundamental Rights of the European Union will not be deemed part of UK domestic law.<sup>43</sup>

### ***The prospective position***

This article ends with some speculative outline thoughts on how the “unilateral solution” might work, if that does indeed prove to be the UK’s final position. The following discussion assumes that it will be 2003 version of the Regulation that applies domestically rather than the recast version but in general terms it will make little difference which version is applicable – the general problems about to be outlined will be the same.

#### *UK proceedings*

So far as proceedings brought in the UK are concerned, the courts will be obliged to continue to apply the jurisdictional rules as set out by the Regulation. At first sight, this appears to create little problem as practice will continue as before. However, where those rules require reciprocity, difficulties will arise. Take, for instance the *lis pendens* rules: the UK courts will be obliged to apply Art. 19 of the Regulation and will decline or take jurisdiction according to whether they consider they are first or second seised but without reciprocity there is no obligation on a court of a Member State to take any notice of the stand taken by the UK court. In other words jurisdiction could be taken by both courts or neither.

So far as transferring jurisdiction is concerned, it is difficult to see how Art. 15 could operate, as it is designed to apply *between* Member States. Consequently the advice might be to seek a transfer under Arts. 8 or 9 of the 1996 Hague Protection of Children Convention (to which all Member States are a Party). Ironically, special provision has had to be made in the [European Union \(Withdrawal\) Act 2018](#),

---

<sup>43</sup> See respectively ss. 6 and 5(4) of the 2018 Act.

to ensure that that Convention continues to apply in the UK after exit day. The 1996 Convention had been brought into force in the UK by deeming it to be an EU treaty as defined by s. 1(2) of the European Communities Act 1972<sup>44</sup> so as to be able to ratify it without primary legislation. Since 2018 Act repeals the 1972 Act, it was possible that the 1996 Convention would lose its domestic effect. However, this possible lacuna is addressed by s. 4, which preserves the domestic effect of any current rights, powers, liabilities, obligations, restrictions, remedies and procedure derived from s 2(1) of the 1972 Act.<sup>45</sup>

The UK courts will still be able to take “prorogated” jurisdiction under the terms of Art. 12 of the Regulation but there is no guarantee that this would be respected by the Member States.

With regard to child abduction, applications should continue to be made under the 1980 Hague Abduction Convention but the UK courts will still be bound by Art. 11 of the Regulation. In theory, this will mean that in cases of refusals based on Art. 13 of the Convention, the Regulation’s override provisions under Art. 11(6)-(8) come into play. Consequently, upon such a refusal, the UK court must notify the requesting Member State. But what effect can such a notice have? So far as the requesting Member State is concerned, the UK will be a third State and the override provisions under the Regulation cannot apply.

So far as recognition is concerned, the UK courts will continue to be bound by the Regulation. One happy consequence of this is that the UK will continue, as per Art. 21 of the Regulation, to recognise divorces, annulments and legal separations pronounced in Member States.<sup>46</sup> Similarly, the UK will continue to be bound by the rules of enforcement as set out by the Regulation, which means, *inter alia*, that access orders can be enforced without the need for a declaration of enforceability, at any rate, provided the requisite certificate can be provided. But will Member States still be prepared to issue a certificate?

Arts. 55 and 56 will remain operative in the UK but there could be some technical difficulties so far as Member States are concerned inasmuch as Art. 55 is intended to operate as between Central Authorities of Member States and the UK will not, of course, be a Member State.

#### *UK applications to Member States*

So far as applications from the UK to Member States are concerned, the Regulation will have no application. This has a number of consequences, the most serious of which concern divorce, annulments and legal separations. In that context recourse will have to be had to the [1970 Hague Convention on the Recognition of Divorces and Legal Separations](#). That Convention provides for the

---

<sup>44</sup> See the [European Communities \(Definition of Treaties\) \(1996 Hague Convention on Protection of Children etc\) Order 2010](#), SI 2010/232.

<sup>45</sup> See para. 95 of the Explanatory Notes to the Act.

<sup>46</sup> But note the starkly contrasting position with regard to the recognition of UK divorces etc., discussed below.

recognition of divorces and legal separations as between the Contracting States, provided that the spouses have the necessary qualifying connections with the State in which the divorce or separation was granted at the time that the proceedings were instituted. Save where a Contracting State has entered a reservation (as provided for by Art. 24), it has retrospective effect. It does not apply to findings of fault or to ancillary orders pronounced on the making of a decree of divorce or legal separation or to orders «relating to pecuniary obligations» or to the custody of children, nor does it provide rules of jurisdiction or for consequential stays.

A further important drawback is that of the EU Member States only Cyprus, Czech Republic, Denmark, Finland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Portugal, Slovakia and Sweden are parties to the 1970 Convention. Those that are not parties to the 1970 Convention will apply their individual conflict of law rules.

So far children are concerned, reliance will have to be placed upon the 1996 Hague Protection of Children Convention. That instrument provides a comprehensive system governing jurisdiction, and consequential recognition and enforcement of «measures directed to the protection of the person or property of the child». Although the 1996 Convention is comparable to the Regulation (indeed the latter was originally modelled upon the former) it is not in exactly the same terms,<sup>47</sup> is largely untested, will not have the benefits of the improvements made in the recast version of the Regulation (particularly in relation to enforcement and the application of Arts. 55 and 56) and will not be subject to the overarching rulings of the CJEU. What all this means is that there will be general uncertainty and no necessarily consistent application of the Convention by Member States.

So far as child abduction is concerned, the general assumption is that applications by the UK to a Member State can still be made under 1980 Hague Abduction Convention but without any of the refinements added by the Regulation. This means, for example, that the override provisions cannot be applied. But this general assumption has been questioned<sup>48</sup> upon the basis that because, from the EU perspective, the UK's continued participation will be as "third State" whereas it previously participated as an EU Member State, EU law might prevent the Convention from continuing to apply as between Members States and the UK unless that is agreed otherwise. Although this seems a dubious argument it does illustrate the future uncertainty that Brexit might cause.

### ***Final remarks***

As the foregoing discussion most surely demonstrates, the UK's "unilateral solution", were it to be the final outcome of Brexit, would have wide-reaching consequences in the international family law field. At the very least, it would create complexity and uncertainty in UK-Member States cases both in

---

<sup>47</sup> Compare, for example, the transfer provisions under Arts. 8 and 9 of the Convention with those under the Regulation.

<sup>48</sup> See N. MOLE, *Some Thoughts on the Impact of Brexit on the Rights of Children*, in *European Human Rights L. Rev.*, 2017, p. 529 ff., at p. 532.

the UK and in Member States. That alone would add costs and create delays to proceedings. Even at cursory glance, it can be seen that there would be a striking in-balance between the potential position in the UK and that in Member States particularly with regard to the recognition of divorces etc.

None of the changes adverted to above are in the interests of families caught up in cross-border disputes and neither are they in the UK's or Member States' interests. Furthermore, one cannot refrain from reflecting upon the irony of the UK foregoing the clear benefits of the recast version of the Regulation which it has given time and resources to help shape. It must be earnestly hoped that this cliff edge outcome is avoided and that the UK remains within the Regulation fold.

## 6. Postscript

On 6<sup>th</sup> December 2018, the negotiated text, but not the Recitals, of the recast Regulation were made publically available.<sup>49</sup> The expectation remains that the Recitals, final provisions and Annexes will be completed during the Romanian Presidency, that is, by June 30<sup>th</sup> 2019.

There are numerous detailed changes and, inevitably some, of numbering of the Articles has been changed. But the key changes from the 2016 proposals, so far as this article, is concerned are as follows:

While the complete abolition of *exequatur* for the decisions in matters of parental responsibility remains a central plank (that is, such decisions which are enforceable in the Member State will be enforceable in another Member State without any declaration of enforceability being required), as intimated in the commentary above, certified decisions granting rights of access and decisions entailing the return of children under the 'overriding mechanism' will remain 'privileged' subject to appropriate safeguards. This makes for complicated reading!

The general grounds for refusing recognition and/or enforcement now include the lack of opportunity of the child to be heard (but with some exceptions) and non-compliance with the consultation procedure for cross-border placements. The proposed change of circumstances ground has been dropped but a new ground for suspending enforcement proceedings, namely, where such proceedings would expose the child to a grave risk of physical or psychological harm due temporary impediments which have arisen after the decision was given, or by virtue of any other significant change of circumstances, has been introduced.

A key change to the transfer provisions is that a transfer of jurisdiction can be requested by a court of a Member State not having jurisdiction. This brings the recast Regulation into line with the 1996 Hague Protection of Children Convention (Art 9).

---

<sup>49</sup> Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), [JUSTCIV 292](#).

So far as international child abduction is concerned, it is made clear that return orders under the 1980 Hague Abduction Convention are recognisable and enforceable under Chapter IV of the recast Regulation and that return applications made direct to court are governed by Chapter III. The proposed timing provisions have been tweaked to the extent that Central Authorities of the requested Member State must acknowledge the receipt of a return application within five working days from its receipt but are not subject to a general requirement to initiate court proceedings within six weeks. The proposal that there be only one appeal has been dropped but in the Recitals Member States will be encouraged to limit appeals and to concentrate jurisdiction. The overriding provisions will be limited to refusals based on Art 13 (1)(b) (grave risk of harm) and Art 13 (2) (child's objections). More emphasis is paid to alternative dispute resolution, the child's right to be heard, for the court to examine whether contact between the child and the applicant for return should be ensured, taking into account the best interests of the child.

The lead-in time is expressed (see the new Art 83 (2)) to be three years from the date of publication of the recast Regulation, which means that it will not come into force until Spring/Summer 2022, at the earliest.

So far as the UK is concerned, notwithstanding numerous momentous votes in the Westminster Parliament, as of mid January 2019, the long-term application of the Brussels II Regulation remains uncertain. In the event of a 'No deal Brexit', according to [draft Regulations \(The Jurisdiction and Judgments \(Family\) \(Amendment etc.\) \(EU Exit\) Regulations 2019\)](#), the revised Brussels II Regulation will cease to apply in England & Wales and Northern Ireland as and from Exit Day (29 March 2019 at 11.00 pm (UK time)).

# Papers

di diritto europeo



UNIVERSITÀ  
di **VERONA**  
Dipartimento  
di **SCIENZE GIURIDICHE**

