

L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controlimiti

Nota a *Corte d'appello di Milano, Sez. II pen., ord. 18 settembre 2015, Pres. Maiga, Est. Locurto*

The Unbearable Slowness of Criminal Prosecution: Taricco Facing the Fundamental Principles of the Italian Constitution

Note to Corte d'appello di Milano, Sez. II pen., ord. 18 settembre 2015, Pres. Maiga, Est. Locurto

PIETRO FARAGUNA* E PIETRO PERINI**

*Assegnista di ricerca in diritto pubblico presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma

**Dottorando di ricerca in diritto penale presso l'Università degli Studi di Udine

PRIMATO DEL DIRITTO UE, CONTROLIMITI,
STATO DI DIRITTI, PRINCIPIO DI LEGALITÀ, TARICCO,
PRESCRIZIONE, CORTE COSTITUZIONALE,
IDENTITÀ COSTITUZIONALE

PRIMACY OF EU LAW, COUNTERLIMITS,
RULE OF LAW, PRINCIPLE OF LEGALITY, TARICCO,
STATUTE OF LIMITATION, ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT,
CONSTITUTIONAL IDENTITY

ABSTRACT

L'ordinanza con la quale la Corte d'appello di Milano ha richiesto l'intervento dei giudici di Palazzo della Consulta affinché impediscano l'ingresso del *dictum* stabilito dalla Corte di giustizia nella pronuncia Taricco offre uno spunto per una riflessione sulla delicata materia dei principi supremi dell'ordinamento. Nel lavoro si muove dal presupposto, tratto dalla giurisprudenza costituzionale, per cui non tutti gli istituti nei quali i principi supremi si estrinsecano vanno assunti a rango di "controlimite". È invece il loro solo nucleo essenziale a non cedere di fronte al primato del diritto dell'UE. Proseguendo lungo tale direttrice, si analizza l'istituto della prescrizione, per capire se la sua disciplina rientri a pieno titolo nel nucleo centrale di tutela offerto dal principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., ovvero se ne rappresenti un aspetto meramente accidentale.

The referral orders submitted to the Italian Constitutional Court, with the aim of avoiding the application of the judgment Taricco by the Court of Justice of the European Union, trigger challenging questions related to the fundamental principles of the Italian Constitutional order. This contribution is based on the assumption that not all those legal tools that are somehow connected with the fundamental principles of the constitutional order are to be considered as limits to the principle of primacy of EU law. On the contrary, only the essential core of these principles may resist against the principle of primacy of EU law. Following from this consideration, the contribution analyses the statute of limitations, exploring the possibility – on the one hand – to include this legal institution under the umbrella of the constitutional principle of *nullum crimen sine poena sine lege*, enshrined by Article 25 of the Italian Constitution, or – on the other hand – to consider the statute of limitations as a mere accidental manifestation of this principle and thus not in its essential core.

SOMMARIO

1. Il punto di partenza: brevi cenni sul caso Taricco. – 2. Il parametro del rinvio pregiudiziale e il nodo degli effetti diretti. – 3. Il dialogo tra le Corti: da Cuneo a Lussemburgo, da Milano a Roma. – 4. L'imprescrittibilità a Palazzo della Consulta: l'ordinanza di rimessione. – 5. I controlimiti come *extrema ratio*. – 6. Alla ricerca di una via di fuga. – 7. Natura "ibrida" della prescrizione. – 8. Osservazioni conclusive.

1.

Il punto di partenza: brevi cenni sul caso Taricco.

La controversa normativa italiana in tema di prescrizione del reato non trova pace nel panorama europeo. Dopo la recente condanna da parte della Corte EDU con la sentenza *Cestaro*¹, è ora la volta dei giudici di Lussemburgo, che ne censurano – seppur parzialmente – la disciplina, nella parte in cui consente la sistematica impunità delle frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione².

Il caso trae origine da una richiesta di pronuncia pregiudiziale, sollecitata dal g.u.p. del Tribunale di Cuneo nel corso di un procedimento penale per il reato di associazione a delinquere (art. 416 c.p.) finalizzata al compimento di vari delitti in materia tributaria (artt. 2 e 8, d.lgs. n. 74/2000), tramite il sistema delle "frodi carosello". Secondo la tesi accusatoria, gli imputati avrebbero posto in essere un complesso meccanismo di false fatturazioni e operazioni fittizie, realizzando così, negli esercizi fiscali tra il 2005 e il 2009, un'evasione dell'IVA nella compravendita di bottiglie di champagne per un importo di alcuni milioni di euro.

Il giudice del rinvio, con un'ordinanza del 17 gennaio 2014, rilevava come tutti i delitti contestati si sarebbero prescritti entro febbraio del 2018, data entro la quale non si sarebbe potuti presumibilmente giungere a un accertamento definitivo della responsabilità, anche a causa dell'abbreviazione dei termini complessivi di prescrizione, operata dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251. I novellati artt. 160-161 c.p. infatti prevedono, qualora sia presente un atto interruttivo, un "tetto" massimo all'aumento del tempo necessario a prescrivere, pari a un quarto di quello ordinario, salvo che si proceda per i reati di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, del codice di rito³. Le norme nazionali – a detta del g.u.p. – sarebbero quindi inadeguate a fornire un'efficace risposta punitiva alle attività lesive degli interessi finanziari dell'Unione, posto che lo Stato, nella quasi totalità dei casi, non riuscirebbe a condannare gli autori dei reati contestati. Per tali illeciti, di norma, sono necessarie lunghe e complesse indagini, che mal si conciliano con un termine prescrizionale così ridotto: si rischia così di generare un'impunità di fatto in favore di operatori economici senza scrupoli.

La Corte di giustizia, attraverso un articolato processo motivazionale, condivide i dubbi sulla legittimità dell'apparato sanzionatorio italiano in materia di IVA, settore che rientra – come già affermato in precedenza nella sentenza *Fransson*⁴ – nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea. Ai sensi della direttiva 2006/112/CE e dell'art. 4, § 3, TUE, infatti, gli Stati membri non solo hanno l'obbligo di adottare tutte le misure necessarie a garantire l'integrale riscossione dell'imposta, ma anche quello di combattere concretamente contro qualsiasi tipo di frode.

Un obbligo analogo è previsto anche dall'art. 325 TFUE, fondamentale parametro di legittimità non invocato dal giudice del rinvio, ma correttamente introdotto nelle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale. La norma richiede l'adozione di misure dissuasive ed

¹ Corte EDU, IV Sez., sent. 7 aprile 2015, ric. n. 6884/11, *Cestaro c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, con nota di F. CASSIBBA, *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola "Diaz-Pertini"*, 27 aprile 2015.

² Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, con nota di A. VENGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, 29 ottobre 2015.

³ Qualora si proceda per uno dei reati indicati nell'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p. il limite temporale di un quarto non si applica, per cui, a seguito di ogni atto interruttivo, il termine di prescrizione inizia nuovamente a decorrere per tutta la sua durata, senza che vi sia alcun "tetto" invalicabile. Tra i numerosi e gravi delitti richiamati dal menzionato articolo del codice di rito possiamo ricordare, a titolo esemplificativo, la riduzione o il mantenimento in schiavitù o in servitù, la tratta di persone, l'associazione a delinquere di tipo mafioso nonché i delitti con finalità di terrorismo.

⁴ Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åklagaren c. Fransson*, in *Dir. pen. cont.*, con nota di D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, 15 aprile 2013.

efficaci per attuare una lotta contro le attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, risultato che – secondo la Corte – può essere raggiunto solamente tramite l'irrogazione sanzioni penali nel caso di «gravi frodi in materia di IVA»⁵. Ciò, tuttavia, non avviene nel territorio italiano: se è vero che astrattamente sono presenti numerose fattispecie incriminatrici, in concreto il meccanismo dato dal combinato disposto degli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, c.p. limita di molto il numero dei processi che si concludono con una sentenza definitiva di condanna, vanificando così l'efficacia general-preventiva delle norme penali.

Alla luce di tali premesse, la Corte rileva l'incompatibilità della disciplina nazionale in tema di prescrizione con gli obblighi di tutela di matrice europea e conseguentemente impone al giudice davanti al quale pende il caso l'obbligo di disapplicare le norme interne contrastanti con l'art. 325 TFUE, qualora accerti che le stesse ostino alla punibilità di «un numero considerevole di casi di frodi gravi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione»⁶.

L'accertamento in concreto della sussistenza di tali requisiti non è richiesto ove sia previsto *ex lege* un diverso trattamento tra le frodi in danno di imposte di gettito comunitario e quelle che invece colpiscono i tributi meramente nazionali, come l'associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi *ex art. 291 quater d.P.R. 23 gennaio 1793, n. 43*. La fattispecie da ultimo citata non sottostà ai limiti previsti dagli artt. 160-161 c.p.⁷, per cui si prescrive in un tempo notevolmente più lungo rispetto alle associazioni a delinquere destinate a evadere l'IVA: una simile disuguaglianza è di per sé sufficiente a integrare una lesione del § 2 dell'art. 325 TFUE, che enuncia il principio della tutela equivalente tra gli interessi comunitari e quelli corrispondenti in ambito nazionale⁸. Il giudice, nella prospettata ipotesi, è legittimato a disapplicare automaticamente le confliggenti norme interne, senza la previa verifica circa l'entità delle somme indebitamente evase e il numero di condotte fraudolente.

2.

Il parametro del rinvio pregiudiziale e il nodo degli effetti diretti.

Nel rinvio pregiudiziale promosso dal giudice di Cuneo le questioni prospettate alla Corte di giustizia dell'Unione europea erano quattro. La terza di queste quattro questioni, quella cruciale che è alla base della parte più interessante della pronuncia della Corte, chiedeva «se, modificando con legge n. 251 del 2005 l'art. 160 ultimo comma del codice penale italiano – nella parte in cui contempla un prolungamento del termine di prescrizione di appena un quarto a seguito di interruzione, e quindi, creando un'ipotesi di impunità per coloro che strumentalizzano la direttiva comunitaria – lo Stato italiano abbia indebitamente aggiunto un'esonazione ulteriore rispetto a quelle tassativamente contemplate dall'articolo 158 della direttiva 2006/112/CE»⁹. La questione inquadrava dunque il tema della compatibilità della normativa italiana sulla prescrizione breve con la direttiva europea. Posta in questi termini, la questione rischiava di imbattersi nel delicato problema del riconoscimento degli effetti diretti della direttiva, tanto più delicato quando il verso di tale effetto non è quello in cui appare consuetamente, ovvero quello del privato che ne invoca l'applicazione contro lo Stato, bensì quello inverso dell'effetto diretto verticale a rovescio, fatto dunque valere dal potere pubblico nei confronti del privato. La Corte di giustizia schiva completamente questo insidioso punto, tanto più delicato quando si ragiona di materia penale, rispondendo alla terza questione pregiudiziale come se fosse stata posta in termini di compatibilità direttamente con i Trattati, e in particolare con le norme di cui all'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE.

Non a caso, la Corte di giustizia conclude, proprio sulla terza questione, che «[a]lla luce delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla terza questione che una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dalle disposizioni nazionali di cui trattasi [...] è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE»¹⁰. Da ciò la conseguenza che il «giudice nazionale è tenuto a

⁵ Corte di giustizia, sent. *Taricco*, cit., § 39.

⁶ Corte di giustizia, sent. *Taricco*, cit., dispositivo.

⁷ Il delitto di associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri rientra infatti nel novero dei reati richiamati dall'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p.

⁸ Principio cardine dell'Unione, già emerso nella celebre sentenza sul «mais greco»: cfr. Corte di giustizia, sent. 21 settembre 1989, causa C-68/88, *Commissione c. Repubblica ellenica*.

⁹ Corte di giustizia, sent. *Taricco*, cit., § 27, n. 3).

¹⁰ Corte di giustizia, sent. *Taricco*, cit., § 58, corsivo aggiunto.

dare piena efficacia all'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE, disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE»¹¹.

Posta in tal modo, la questione degli effetti diretti verticali invertiti della direttiva non si pone nei termini configurati dal rinvio pregiudiziale. Si pone però il problema di verificare che la norma del Trattato sia sufficientemente precisa, chiara e non condizionata. Su questo punto la sentenza della Corte di giustizia è piuttosto apodittica, nella misura in cui si limita ad affermare, senza ulteriore motivazione, che le disposizioni di cui all'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE «pongono a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione quanto all'applicazione della regola in esse enunciata»¹².

Da questa apodittica affermazione – passaggio invero fondamentale per ritenere sussistenti gli effetti diretti – la Corte ne fa derivare che «in forza del principio del primato del diritto dell'Unione, le disposizioni dell'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE hanno l'effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, di rendere ipso iure inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente»¹³. Citando, in tal senso, in particolare la sentenza ANAFE (C-606/10)¹⁴ e in particolare il § 73, che tuttavia nulla a che fare con gli effetti diretti dell'articolo 325.

Il punto, a ben vedere, solleva perplessità non facilissime da superare, posto che le disposizioni di cui all'art. 325 del Trattato, richiamate dalla Corte di giustizia, si limitano a disporre che «l'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione» e che «[g]li Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari». La formulazione non pare, a prima vista, porre obblighi così chiari, precisi e incondizionati, tali da ostare all'applicazione della disciplina italiana che dispone un tetto massimo all'aumento del tempo della prescrizione, in caso di interventi interruttivi. La misurazione del dettaglio della disciplina disposta dagli articoli 160 e 161 c.p. con le disposizioni dell'art. 325 TFUE rischia però di essere frutto di un errore prospettico: l'obbligo imposto non è infatti quello di apprestare una determinata disciplina della prescrizione, ma è semplicemente quello di apprestare misure dissuasive e che garantiscano una protezione efficace degli interessi tutelati dalla disposizione in questione, e comunque equivalenti alle misure adottate dagli Stati membri per combattere contro lesioni di interessi della medesima natura che siano però posti a capo degli stessi Stati membri. Posto in tali termini l'obbligo può certo dirsi preciso, chiaro e non condizionato, limitandosi alla valutazione del carattere dissuasivo ed efficace delle misure adottate, nonché della loro equivalenza rispetto alle misure adottate *intra moenia*.

Il punto, tuttavia, non sembra aver ricevuto sufficiente attenzione in sede di (dis)applicazione del seguito nazionale della pronuncia, e nemmeno nella questione di legittimità prospettata alla Corte – sulla quale ci soffermeremo nel quarto paragrafo – il tema trova spazio.

3. Il dialogo tra le Corti: da Cuneo a Lussemburgo, da Milano a Roma.

È facile rendersi conto come la soluzione proposta nel caso Taricco sollevi numerose problematiche, in primo luogo perché rimette nelle mani dei giudici una valutazione i cui esiti appaiono al momento alquanto imprevedibili, in un tema come quello della prescrizione che, al contrario, necessiterebbe di maggiori certezze. A ciò si aggiunga il fatto che i criteri utilizzati dalla Corte di giustizia paiono troppo vaghi e generici: sarà arduo, per il singolo giudice

¹¹ *Ibid.*

¹² Corte di giustizia, sent. *Taricco*, cit., § 51.

¹³ Corte di giustizia, sent. *Taricco*, cit., § 52.

¹⁴ Corte di giustizia, II Sez., sent. 14 giugno 2012, causa C-606/10, *ANAFE c. Ministre de l'Intérieur*.

nazionale, definire in modo univoco le ipotesi in cui la frode si palesi come “grave”¹⁵ ovvero cosa si intenda per impunità in un numero “considerevole” di casi e, persino, a quali tipologie di reati si applichi esattamente il dispositivo, potendosi verosimilmente ipotizzare che la decisione della Corte sia applicabile a tutti i reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione, e non solo a quelli in materia di IVA¹⁶.

Al di là di questi nodi problematici, già di per sé niente affatto semplici da sciogliere, il vero *punctum dolens* della pronuncia sembra però essere un altro. La disapplicazione delle citate norme del codice penale peggiora la situazione processuale dell’imputato, che si vede conseguentemente imposto il ben più lungo regime prescrittivo stabilito per i gravi reati indicati dall’art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p. Tale disciplina non prevede alcun limite massimo all’aumento del termine di prescrizione qualora siano presenti atti interruttivi, con il serio pericolo di passare «da un’impunità di fatto a un’imprescrittibilità di fatto»¹⁷.

I presunti autori dei delitti subirebbero quindi una modifica peggiorativa che si ripercuoterebbe direttamente sulla loro punibilità in concreto, sebbene sia stata operata da una fonte non legislativa e, soprattutto, sia posteriore rispetto al momento della commissione dell’illecito. Posta così la questione, il conflitto con il fondamentale principio dell’irretroattività in *malam partem* delle norme penali, scolpito nell’art. 25, secondo comma, Cost., sembrerebbe frontale e inevitabile. Non è un caso, allora, che, pochi giorni dopo la pronuncia dei giudici di Lussemburgo, la Corte d’appello di Milano abbia sollecitato l’intervento della Corte costituzionale, affinché azioni il meccanismo dei controlimiti e impedisca l’ingresso nel nostro ordinamento del *dictum* europeo.

Tale decisione non è rimasta isolata, se si pensa che nel giro di pochi mesi è stata seguita da un duplice intervento della Cassazione, volto a ottenere il medesimo risultato¹⁸. Le due “ordinanze gemelle” dei giudici della Terza Sezione penale, assunte consecutivamente nelle udienze del 30 e del 31 marzo 2016, sono di particolare interesse, poiché nell’esaustivo percorso motivazionale non hanno invocato come parametri costituzionali violati dalla Corte di giustizia solo i principi attinenti tipicamente alla materia penale. Accanto alla ritenuta lesione dei principi di legalità, del divieto di applicazione retroattiva della norma sfavorevole e della funzione tendenzialmente rieducativa della pena, infatti, sono state indicate anche disposizioni che esulano dallo specifico ambito penalistico, come gli artt. 3, 11 e 101, comma 2, Cost. Ciò amplia significativamente l’orizzonte decisionale della Corte costituzionale, arricchendo il parametro con valutazioni che chiamano in causa i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale, spingendosi ben al di là delle valutazioni del giudice milanese che erano rimaste prevalentemente legate alla interpretazione della portata del principio di legalità in materia penale.

4. L’imprescrittibilità a Palazzo della Consulta: l’ordinanza di rimessione.

Soffermandoci in questa sede sulla prima delle tre ordinanze citate, che rappresenta l’oggetto specifico del nostro approfondimento, possiamo osservare come la Corte d’appello milanese fosse infatti alle prese con un caso del tutto analogo, sotto al profilo fattuale, a quello da cui era originata la pronuncia Taricco. Per quanto i criteri forniti dalla Corte di giustizia fossero vaghi, in questo frangente non vi era dubbio che si rientrasse in quella nozione di «numero considerevole di frodi gravi», che sarebbe – con tutte le problematiche citate nel paragrafo che precede – il confine applicativo della giurisprudenza Taricco. Nei casi posti all’attenzione del

¹⁵ La Suprema Corte, in una pronuncia di particolare interesse, si è soffermata sul requisito della gravità della frode, escludendo che nel caso concreto fosse integrato. Per giungere a tale risultato, viene valorizzata in modo particolare l’esclusione – operata dai giudici di merito – dell’aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità *ex art. 61, n. 7, c.p.* Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 25 gennaio 2016 (dep. 26 febbraio 2016), n. 7914, in *Dir. pen. cont.*, con nota di A. GALLUCCIO, *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale*, 3 marzo 2016.

¹⁶ In questo senso, cfr. G. SALCUNI, *Legalità europea e prescrizione del reato*, in *Arch. pen., Rivista web*, 2015, fasc. 3, p. 4. L’A. cita, a titolo esemplificativo, il delitto di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche nonché gli artt. 316 *bis* e 317 *ter* c.p.

¹⁷ Espressione mutuata da C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in *www.sidi-isil.org*, 15 settembre 2015.

¹⁸ Ci riferiamo a due ordinanze dal contenuto praticamente identico: cfr. Cass. pen., Sez. III, ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2016; Cass. pen., Sez. III, ord. 31 marzo 2016 (dep. 1 agosto 2016), n. 33538, inedita.

giudice milanese si era di fronte a «numero esorbitante di operazioni fraudolente» che avevano comportato un'evasione dell'IVA – fattispecie specifica di lesione degli interessi finanziari dell'Unione di cui alla giurisprudenza Taricco – per «svariati milioni di euro tra il 2005 e il 2007»¹⁹. Il giudice rimettente sembra voler risolvere in questo modo l'imbarazzo di quella valutazione che pareva derivare dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo la quale il giudice nazionale avrebbe dovuto fare una sorta di prognosi di natura statistica per capire se l'applicazione delle norme sulla prescrizione avrebbe determinato l'impunità in un numero considerevole di casi gravi. Valutazione, questa, che assai difficilmente potrebbe compiere un giudice della singola controversia, e che assai discutibilmente potrebbe competergli. La Corte d'appello di Milano ha invece concluso la sua prognosi "internamente" al caso concreto, unico orizzonte di valutazione che per sua natura possa spettare a un giudice, ritenendo che l'entità della frode, nonché il numero delle singole operazioni illecite, il coinvolgimento di mezzi, uomini, strutture e organizzazione di elevata efficienza, fossero elementi sufficienti a ritenere che si trattasse di un "numero considerevole di operazioni fraudolente".

Il giudice avrebbe dunque dovuto procedere alla disapplicazione delle norme di cui agli articoli 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, c.p., in quanto la pronuncia interpretativa della Corte di giustizia aveva accertato l'incompatibilità di tali norme con gli obblighi di cui all'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE, norme di diritto primario in grado di esplicare effetti diretti nell'ordinamento nazionale. Il giudice rimettente si trovava, in sostanza, di fronte all'obbligo di disapplicare le norme che determinano il calcolo del tempo massimo in cui si sarebbe maturata la prescrizione. Questi ritiene però che tale disapplicazione, comportando l'applicazione di un diverso e più sfavorevole regime prescizionale, violerebbe il principio di legalità in materia penale di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. E siccome, ad avviso del giudice rimettente, detto principio sarebbe un «principio fondamentale di ordine costituzionale»²⁰, questo resisterebbe a qualunque ipotesi di prevalenza applicativa del diritto dell'UE. Con l'ordinanza in commento, la Corte di appello di Milano chiede al giudice costituzionale di pronunciarsi sull'asserito contrasto tra obbligo di disapplicazione e controlimiti. Se, infatti, i conflitti tra diritto dell'Unione e diritto nazionale devono normalmente venire risolti direttamente dal giudice comune nel senso di assicurare la prioritaria applicazione del primo sul secondo²¹, anche qualora si tratti di norme costituzionali²², nel caso si paventi la violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento, questi resistono ad ogni pretesa di prevalenza applicativa della fonte sovranazionale. Ciò è chiarito dalla Corte fin dalla sua sent. n. 183/1973, storico passo del suo "cammino comunitario", ove si acclarava come il «potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana»²³ era «inammissibile»²⁴, e che qualora dovesse darsi una tale aberrante interpretazione del diritto (allora) comunitario, «sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali»²⁵. Nel caso di specie, il giudice milanese ritiene che sia prospettabile una lesione di quello che, con espressione impropria, definisce «principio fondamentale di ordine costituzionale»²⁶, consistente nel principio di legalità in materia penale²⁷ e, assecondando il modello rigorosamente accentrato di scrutinio di compatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento²⁸,

¹⁹ Corte di appello di Milano, Sez. II pen., ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale nel procedimento n. 6421/14 R.G.A. del 18 settembre 2015 (da qui "ord. rim."), punto 4 del ritenuto in diritto, in *Dir. pen. cont.*, con nota di F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti'*, 21 settembre 2015.

²⁰ Ord. rim., punto 6 del ritenuto in diritto.

²¹ Così fin dalla storica sentenza c.d. La Pergola, Corte cost., n. 170/1984.

²² Corte cost., sent. n. 126/1996.

²³ Corte cost., sent. n. 183/1973, punto 9 del considerato in diritto.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Ord. rim., punto 6 del ritenuto in diritto.

²⁷ Il *thema decidendum* è individuato dal giudice rimettente indicando l'oggetto della questione nell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, con cui viene ordinata l'esecuzione nell'ordinamento italiano del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona, nella parte che impone di applicare la disposizione di cui all'art. 325 §§ 1 e 2 TFUE, dalla quale – nell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia nella sentenza in data 8.9.2015, causa C-105/14, Taricco – discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160 ultimo comma e 161 secondo comma c.p. in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, anche se dalla disapplicazione discendono effetti sfavorevoli per l'imputato, per il prolungamento del termine di prescrizione, in ragione del contrasto di tale norma con l'art. 25, secondo comma, Cost.", ord. rim., dispositivo.

²⁸ L'ordinanza richiama le sentt. nn. 129/2006 e 285/2007, nonché l'ord. n. 454/2006. In questa sede può ricordarsi anche la ormai celebre sent. n. 238/2014 ove la Corte, pur trattando di controlimiti al diritto internazionale consuetudinario, ha ribadito che il sindacato sulla lesione dei controlimiti è rigorosamente accentrato a Palazzo della Consulta.

rimette la questione alla Corte costituzionale.

5.

I controlimiti come *extrema ratio*.

In questo approfondimento “preventivo” della questione approdata a Palazzo della Consulta ipotizziamo una propensione della Corte – chiamata a pronunciarsi nell'imminente futuro²⁹ – a non accogliere la questione. Non si vuole con questo addirittura presupporre che la Corte determini prima l'esito della questione e risalga successivamente alle motivazioni, ma si vuole semplicemente indagare una prospettiva di studio, che si articola peraltro attraverso diversi ipotetici scenari di pronunce di inammissibilità o rigetto. Vi sono peraltro ragioni per ritenere tale propensione se non altro verosimile, nella misura in cui la Corte si è sempre dimostrata cauta nel maneggiare lo strumento dei controlimiti, in una configurazione dei principi supremi come *extrema ratio* che pare emergere con una certa chiarezza dai quasi cinquant'anni di giurisprudenza in materia³⁰. Una pronuncia che accogliesse la questione prospettata dall'ordinanza in commento sarebbe infatti, a suo modo, un inedito assoluto³¹. È vero infatti, da una parte, che la Corte costituzionale italiana non ha limitato i principi supremi a una funzione meramente persuasiva ma ha già in due occasioni accertato la violazione di principi supremi dell'ordinamento³²: eppure non lo ha mai fatto con riferimento al diritto dell'Unione europea. La prima pronuncia, infatti, risale al 1982, quando si impedì l'ingresso nell'ordinamento di una norma concordataria³³. Con la seconda³⁴, pronunciata nell'ottobre del 2014, la Corte costituzionale si è “ribellata” a una sentenza della Corte internazionale di giustizia, opponendo i controlimiti al diritto internazionale consuetudinario. Soprattutto in questa seconda occasione, la pronuncia della Corte ha innescato un dibattito ampio, nel quale le voci critiche non sono mancate, soprattutto nella letteratura europea e internazionale³⁵. Dall'altra parte è vero anche che i controlimiti, non solo in Italia, sembrano essere al centro di una rinnovata attenzione da parte delle Corti costituzionali: in una sentenza molto recente, infatti, il Tribunale costituzionale federale tedesco ha pronunciato una importante sentenza, di cui si discuterà presumibilmente a lungo, che per la prima volta applica i controlimiti previsti dal *Grundgesetz*. La decisione, sulla quale non ci si sofferma in questa sede, è fondata proprio sulle manchevolezze del processo contumaciale che era previsto dall'ordinamento italiano.

Queste pronunce, anche recenti, se da una parte prospettano una rinnovata vivacità della categoria dei controlimiti nella giurisprudenza costituzionale, dall'altra non sono sufficienti a superare l'idea che lo strumento sia comunque inteso dalla Corte come una *extrema ratio*. Queste ragioni ci suggeriscono di procedere speculativamente nel senso di immaginare che la Corte potrebbe essere più che propensa a imboccare la via della pronuncia di inammissibilità o, in subordine, ove quella via non fosse percorribile, quella del rigetto. Nel prosieguo dell'ana-

²⁹ Si ricorda, infatti, che l'udienza pubblica è fissata il giorno 23 novembre 2016.

³⁰ Le prime sentenze che evocano la categoria sono del 1970 (nn. 30-31-32).

³¹ Si tratterebbe di una prima volta per i controlimiti comunitari in Corte costituzionale, ma non si tratterebbe di una primissima volta per i controlimiti in Europa. Vedi la sentenza della Corte costituzionale ceca sul caso delle c.d. “pensioni slovacche”, decisione del 31 gennaio 2012, Pl. ÚS 5/12, *Slovak Pensions XVII*, con commento di J. KOMÁREK, *Czech Constitutional Court Playing with Matches: the Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU Ultra Vires; Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12, Slovak Pensions XVII*, in *European Constitutional Law Review*, 2012, 2, pp. 323-337.

³² I principi supremi dell'ordinamento (l'espressione “controlimiti” compare soltanto nella sentenza n. 238/2014) fanno capolino in molte altre sentenze della Corte costituzionale, e anche in riferimento ai rapporti con l'ordinamento europeo, ma nessuna di quelle – pur importanti – pronunce, accoglie le questioni prospettate. Di particolare interesse, nel quadro qui esaminato, è Corte cost., sent. n. 232/1989 (FRAGD), ove il dispositivo dichiara inammissibile la questione in virtù di una motivazione che ricomponne interpretativamente una delicata questione che aveva a che fare con la limitazione *pro futuro* degli effetti delle pronunce della Corte di giustizia, limitazione che il giudice remittente riteneva incompatibile con il diritto alla tutela giurisdizionale, riconosciuto alla stregua di principio supremo dell'ordinamento da numerose pronunce della Corte costituzionale, tra le quali spiccano le uniche due pronunce di accoglimento (n. 18/1982 e 238/2014), fondate proprio su quel parametro.

³³ Corte cost., sent. n. 18/1982.

³⁴ Corte cost., sent. n. 238/2014.

³⁵ Tra i molti commenti critici pubblicati al di fuori dei confini della letteratura italiana (ove, peraltro, le voci critiche non sono state poche), si veda R. KUNZ, *The Italian Constitutional Court and 'Constructive Contestation'. A Miscarried Attempt?*, in *J Int Criminal Justice*, 2016, 13 (5); F. FONTANELLI, *I know it's wrong but I just can't do right: First impressions on judgment no. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court*, in *www.verfassungsblog.de*, 27 ottobre 2014. È significativo che la sentenza sia stata accolta con un certo favore da quegli ambienti della dottrina statunitense da sempre propensi a limitare al massimo l'impatto del diritto internazionale sull'ordinamento interno. Si veda l'eloquente articolo pubblicato pochi giorni dopo la pubblicazione della sentenza, a firma di E. KONTOROVICH, *Italy adopts Supreme Court's view of ICJ authority*, in *The Washington Post*, 28 ottobre 2014 e accessibile [cliccando qui](#).

lisi cercheremo di verificare se ed eventualmente come quelle vie potrebbero essere percorse³⁶.

6. Alla ricerca di una via di fuga.

La Corte costituzionale potrebbe innanzitutto imboccare la via dell'inammissibilità facendo leva su alcune carenze dell'ordinanza di rimessione. Secondo una prima ipotesi, già segnalata da attenta dottrina³⁷, la questione potrebbe essere ritenuta inammissibile almeno per ciò che concerne tutti quei casi in cui il giudice *a quo* prospetti il maturarsi certo della prescrizione prima che possa formarsi un giudizio definitivo, ma ove la prescrizione non sia ancora maturata. Per queste fattispecie, infatti, la questione introdotta sarebbe meramente prospettica, e sarebbe dunque da ritenersi irrilevante. Per i rimanenti casi, in cui la prescrizione sia invece già intervenuta, la stessa dottrina ipotizza una ricostruzione interpretativa in base alla quale la sentenza Taricco della Corte di giustizia andrebbe applicata ai soli casi in cui la prescrizione non sia già maturata al momento della pubblicazione della sentenza stessa della Corte di giustizia, ossia l'8 settembre 2015³⁸. Se questa ricostruzione interpretativa fosse abbracciata dalla Corte costituzionale, la questione potrebbe essere dichiarata inammissibile, non applicandosi a quei casi all'esame del giudice milanese. Ciò detto, la soluzione ipotizzata potrebbe forse togliere questa specifica questione dal tavolo dei giudici costituzionali, ma in modo del tutto temporaneo e insoddisfacente in una prospettiva di lungo respiro. Lo stratagemma interpretativo in questione non risolverebbe i molti casi che si presenterebbero con ragionevole certezza in futuro, ove la prescrizione fosse maturata dopo l'8 settembre 2015 e il giudice si trovasse a disapplicare gli artt. 160, comma terzo, e 161, comma secondo, c.p.

In questi casi il giudice costituzionale si troverebbe a dover affrontare il problema. E potrebbe, forse, superarlo nel merito, secondo una schema interpretativo che sembra essere suggerito da una recente sentenza della Corte di cassazione, la cui Terza Sezione penale³⁹, pronunciandosi sull'applicabilità della giurisprudenza Taricco, ha escluso – con un primo orientamento, presto smentito dalla menzionata decisione di sollevare anch'essa la questione di legittimità costituzionale con due successive ordinanze “gemelle” – qualunque contrasto con il principio di legalità in materia penale anche sulla base della natura dichiarativa della sentenza della Corte di giustizia. In estrema sintesi, la Corte costituzionale potrebbe ritenere che la disapplicazione degli artt. 160, comma terzo, e 161, comma secondo, c.p. deriverebbe dal loro contrasto *ab origine* con il diritto dell'UE⁴⁰: contrasto che la Corte di giustizia si sarebbe limitata a dichiarare nella sua pronuncia dell'8 settembre 2015. Sul piano sostanziale, secondo questa impostazione, non vi sarebbe però alcuna incompatibilità, «non ravvisandosi un'applicazione retroattiva di norme penali incriminatrici sanzionatorie»⁴¹.

Anche questa soluzione non è tuttavia al riparo da controindicazioni anche gravi⁴², e per quanto il supporto interpretativo offerto in un primo momento dalla Terza Sezione penale della Cassazione è comunque da ritenersi significativo, la Corte costituzionale potrebbe forse più efficacemente imboccare un'altra via nel caso di specie, sufficientemente generale da essere applicabile anche ai molti casi che potrebbero nuovamente essere sollevati ove la Corte optasse per una soluzione troppo contingente, e sufficientemente articolata da non sconfermare una consolidata giurisprudenza costituzionale e di merito sulla natura dell'istituto della prescrizione.

Facendo un passo indietro, e tornando all'individuazione del parametro della questione

³⁶ Nello stesso senso la “prognosi” di F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE*, cit.

³⁷ Sembra ipotizzare questo scenario, più che auspicarlo e ritenerlo fondato su presupposti interpretativi corretti, F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE*, cit.

³⁸ Tale ricostruzione interpretativa viene seguita anche in una recente pronuncia dei giudici della Cassazione (cfr. Cass. pen., Sez. IV, 26 febbraio 2016, n. 7914, cit.), i quali evidenziano come «non può non ravvisarsi [...] una sorta di “diritto quesito” dell'imputato all'estinzione del reato per il quale fosse già intervenuto il termine di prescrizione».

³⁹ Cass. pen., Sez. III, sent. 15 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, in *Dir. pen. cont.*, con nota di F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, 22 gennaio 2016.

⁴⁰ Il contrasto alle frodi comunitarie trova infatti base legale nel diritto primario dell'UE fin dal Trattato di Maastricht, il cui art. 209A (poi rinumerato art. 280) già imponeva agli Stati membri l'obbligo di adottare, a tutela degli interessi finanziari dell'allora Comunità, le stesse misure adottate per combattere le frodi che ledono i loro interessi finanziari.

⁴¹ *Ibid.*, punto 20.

⁴² Si vedano, sul punto, le osservazioni di F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco*, cit.

di legittimità costituzionale prospettata, può rilevarsi come l'ascrizione del parametro tra i principi supremi dell'ordinamento sia un punto motivato assai debolmente nell'ordinanza di rimessione. Anzi, le poche righe sul punto sono affermazioni apodittiche, ove il principio di legalità in materia penale, sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost. viene ascritto, con espressione non felicissima, a «principio fondamentale di ordine costituzionale»⁴³, senza offrire alcun ulteriore motivazione sul punto. Non vi sono, in particolare, riferimenti alla giurisprudenza della Corte, che invece non mancano – e sono molto puntuali – in altre parti della motivazione⁴⁴. E questa assenza di riferimenti non pare casuale, poiché, nella giurisprudenza della Corte sui controlimiti, non è facile trovare passaggi in cui si individuano quelli che sono e quelli che non sono principi fondamentali dell'ordinamento. Il lessico stesso in materia è assai vario, tanto nella giurisprudenza costituzionale, quanto nella dottrina e oscilla tra i principi fondamentali, i principi supremi, l'identità costituzionale e i controlimiti. Sono davvero pochi i casi in cui la Corte ha usato parole chiare per individuare un determinato principio supremo dell'ordinamento, e può dirsi che ciò è avvenuto sempre attorno all'art. 24 Cost., da cui la Corte ha stabilmente tratto il principio supremo del diritto alla tutela giurisdizionale, e sulla base del quale la Corte ha pronunciato le sue due uniche sentenze di accoglimento per violazione dei controlimiti⁴⁵. Anche in materia di diritto alla tutela giurisdizionale, la Corte ha però chiarito che solo il nucleo essenziale di tale diritto è da considerarsi controlimite. Infatti, «il diritto alla tutela giurisdizionale si colloca al dichiarato livello di principio supremo solo nel suo nucleo più ristretto ed essenziale» e «tale qualifica non può certo estendersi ai vari istituti in cui esso concretamente si estrinseca e secondo le mutevoli esigenze storicamente si atteggia»⁴⁶.

La “leggerezza” con cui l'ordinanza di rimessione ascrive il principio di cui all'art. 25, comma secondo, Cost. alla categoria dei principi supremi è tanto più insidiosa, posto che potrebbe forse ritenersi pacifico che il principio di legalità penale appartiene a quei «principi fondamentali dello Stato di diritto»⁴⁷ a cui la Corte ha più volte fatto esplicito riferimento. Vi è però motivo di ritenere che in questo caso la distinzione tra nucleo essenziale di un principio supremo e “istituti in cui esso concretamente si estrinseca e secondo le mutevoli esigenze storicamente si atteggia” possano giocare un ruolo determinante, soprattutto alla luce delle molteplici configurazioni – sostanzialistiche, processualistiche o miste – che possono essere date del regime prescrizione. Sulla qualificazione stessa del parametro invocato a principio supremo dell'ordinamento, presupposto necessario a fondare l'ammissibilità stessa della questione, l'ordinanza perciò offre il fianco ad alcune valutazioni critiche, lasciando dunque ampio margine alla Corte costituzionale per disinnescare una questione potenzialmente esplosiva.

7. Natura “ibrida” della prescrizione.

Giunti a questo punto, è doveroso affrontare la delicata materia della prescrizione, per capire se le disposizioni che la regolano possano rientrare a pieno titolo nell'alveo di tutela offerto dall'art. 25, comma secondo, Cost., così da legittimare l'attivazione dei controlimiti, come richiesto dall'ordinanza di rimessione della Corte d'appello milanese.

L'istituto disciplinato dagli artt. 157 ss. c.p. lega inscindibilmente il decorso di un lasso temporale all'estinzione del reato: con la maturazione del “tempo dell'oblio” infatti scemano sia le esigenze di prevenzione generale, che giustificano le istanze punitive dello Stato, sia quelle legate alla prevenzione speciale, dal momento che infliggere una pena a parecchi anni di di-

⁴³ Ord. rim., punto 6 del ritenuto in diritto.

⁴⁴ Questa leggerezza motivazionale non pare essere rimediata dalle successive ordinanze della Corte di Cassazione, ove rimane in qualche modo sottintesa e “autoevidente” la caratterizzazione di principi supremi dei parametri in questioni. Nell'ordinanza del 30 marzo, si legge, ad esempio, che «la dimensione di valore essenziale dell'identità costituzionale del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, idoneo ad essere ‘azionato’ come ‘controlimite’, appare talmente evidente da far sembrare ultronea qualsiasi argomentazione al riguardo, trattandosi di garanzia posta a fondamento di tutti gli ordinamenti costituzionali democratici» (Cass. pen., Sez. III, ord. 30 marzo 2016, n. 28346, cit., punto 4.2.1, p. 24).

⁴⁵ Corte cost., sent. nn. 18/1982 e 238/2014. Queste due pronunce sono state rese in riferimento ad altri ambiti (la prima in materia conflitti tra diritto interno e diritto concordatario, la seconda in materia di conflitti tra diritto interno e diritto internazionale consuetudinario). Ciò detto, la diversità di contesto non ostacola l'esportazione di quegli argomenti al caso in esame, che tratta di rapporti tra diritto interno e diritto dell'UE, in quanto la Corte ha chiarito con la sentenza n. 238/2014 che la nozione di “controlimiti” è unitaria. Sul punto sia consentito rinviare a P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, Milano, 2015, in particolare pp. 11-26.

⁴⁶ Corte cost., sent. n. 18/1982, punto 4 del considerato in diritto.

⁴⁷ Corte cost., sent. n. 24/2004, punto 4 del considerato in diritto, richiamata da Corte cost., sent. n. 262/2009.

stanza dalla commissione dell'illecito significherebbe punire una persona "diversa" dall'autore del fatto⁴⁸.

Se sulla necessità della presenza all'interno del sistema penale di un simile istituto vi è unanimità di consensi, altrettanto non può dirsi per ciò che concerne la natura giuridica della prescrizione, tema che nel tempo ha fomentato accesi dibattiti dottrinali, nei quali ha tendenzialmente prevalso la tesi sostanziale⁴⁹. Tale conclusione è accolta anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo la quale l'istituto incide direttamente sulla punibilità in concreto di una condotta vietata dalla legge e, dunque, rientra senz'altro nell'ambito di applicazione del fondamentale principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Ragion per cui tutte le questioni di legittimità costituzionale volte a modificare in senso più sfavorevole all'imputato il regime prescrizionale sono state, a oggi, dichiarate inammissibili, visto che il loro eventuale accoglimento avrebbe decretato una modifica peggiorativa della responsabilità penale dell'imputato. Il diritto vivente – condiviso anche dall'ordinanza di rimessione – è quindi granitico sul punto: la garanzia stabilita dall'art. 25, comma secondo, Cost., copre non solamente la fattispecie incriminatrice e la pena, ma si estende anche a tutti gli aspetti inerenti alla punibilità, tra i quali rientra senz'altro l'istituto sostanziale della prescrizione⁵⁰.

In posizione antitetica si colloca la Corte di giustizia, che, affrontando in modo analitico la problematica inerente la natura giuridica della prescrizione, circoscrive notevolmente l'area applicativa del principio di legalità di matrice europea, previsto dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e – in forza del rinvio operato dall'art. 52 – dall'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo. La giurisprudenza di quest'ultima, puntualmente richiamata nell'*iter* argomentativo della pronuncia Taricco, afferma che nella tutela offerta dal *nullum crimen* rientrano solamente gli elementi costitutivi del reato e la sanzione prevista, non di certo la prescrizione che, riferendosi in particolar modo alle condizioni di procedibilità e perseguibilità di un fatto già previsto dalla legge come reato, avrebbe natura meramente processuale⁵¹. Conseguentemente, l'immediata applicazione di un termine prescrizionale più lungo a un fatto commesso in precedenza non violerebbe il divieto di irretroattività in *malam partem*, ma, al contrario, si adeguerebbe al principio del *tempus regit actum* previsto per le disposizioni di rito.

L'impostazione seguita dai giudici europei non sembra irragionevole, anzi, potrebbe essere avallata anche in ambito nazionale, nel momento in cui la Corte costituzionale si troverà a decidere sull'ordinanza di rimessione. Tale esito potrebbe essere agevolato dal fatto che lo Stato italiano nel 2013 ha firmato il Quarto Protocollo alla Convenzione del Consiglio d'Europa del 1957 sull'extradizione, nel quale si prevede che il decorso della prescrizione non impedisce la consegna della persona allo Stato richiedente. Ebbene, da questa formulazione si dovrebbe implicitamente desumere – così come ha fatto la Terza Sezione della Cassazione nella prima sentenza in cui ha disapplicato gli artt. 160-161 c.p.⁵² – che persino il legislatore interno abbia rinunciato a qualificare la prescrizione come elemento della "legge penale" rilevante ai sensi dell'art. 25, comma secondo, Cost.⁵³.

Certo, nonostante tale apertura, il compito della Corte costituzionale non si presenta come agevole: per evitare di azionare il meccanismo dei controlimiti dovrà trovare un equilibrio tra le diverse estensioni del principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* europeo e del medesimo principio nazionale. Come evidenziato in precedenza, nell'alveo di protezione di quest'ultimo non rientrano solo gli elementi che descrivono la fattispecie penale e le relative sanzioni, ma anche tutti quegli istituti che influiscono sulla punibilità in concreto dell'agente. Tuttavia, se ci si sofferma sulla *ratio* dell'art. 25, comma secondo, Cost., si può ipotizzare una soluzione diversa, più vicina a quella adottata in campo sovranazionale: il principio di

⁴⁸ Sul fondamento razionale della prescrizione si veda P. PISA, voce *Prescrizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, pp. 79-81; S. SILVANI, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna, 2009, pp. 52-66.

⁴⁹ Per un'analisi delle varie posizioni dottrinali sulla natura giuridica della prescrizione cfr. A. MOLARI, voce *Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, pp. 680 ss.; F. GIUNTA – D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, in particolare pp. 63-71.

⁵⁰ Cfr., *ex plurimis*, Corte cost., sent. n. 143/2014; Corte cost., sent. n. 324/2008; Corte cost., sent. n. 394/2006 e la giurisprudenza ivi richiamata.

⁵¹ Cfr. Corte EDU, II Sez., sent. 22 giugno 2000, ricc. n. 32492/96, 3254796, 32548/96, 33209/96, 33210/96, *Coëme e a. c. Belgio*, punti 149-150.

⁵² Cass. pen., Sez. III, 15 settembre 2015, n. 2210, cit.

⁵³ Contra F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco*, cit. L'A. non condivide l'argomento, sull'assunto che «resterebbe da dimostrare che la disposizione del protocollo in questione sia legittima dal punto di vista della sua compatibilità con l'art. 25, comma 2, Cost.».

legalità, nello specifico il corollario dell'irretroattività ivi consacrato, salvaguarda la possibilità autodeterminarsi liberamente di ogni singolo soggetto, che è in grado di sapere *a priori* quali sono i comportamenti illeciti e, soprattutto, a quali conseguenze può andare in contro in caso di violazione della norma di legge. Il nucleo essenziale del principio – che, come evidenziato nel paragrafo precedente, può quindi atteggiarsi a controlimite – non sembra riguardare il “tempo dell'oblio”, il quale può successivamente cambiare senza che l'imputato possa lamentare alcuna lesione dei suoi diritti⁵⁴. La soluzione qui proposta si avvicina molto a quanto affermato dall'Avvocato Generale, secondo cui non sussiste in capo al singolo individuo alcun affidamento meritevole di tutela sul fatto che le norme applicabili sulla durata, il decorso e l'interruzione della prescrizione debbano necessariamente orientarsi sempre alle disposizioni di legge in vigore al momento della commissione del reato⁵⁵. Similmente, in un passaggio di una risalente ordinanza del giudice delle leggi, che nei nostri auspici dovrebbe essere ripreso in futuro, si afferma che «non può assegnarsi alcun rilievo giuridico ad una sorta di aspettativa dell'imputato al maturarsi della prescrizione»⁵⁶.

Ci rendiamo conto che la strada da percorrere è impervia e richiederebbe una presa di posizione molto coraggiosa da parte della Corte costituzionale, chiamata a discostarsi da un diritto vivente quasi irremovibile nel far rientrare l'istituto *ex art. 157 c.p.* tra le disposizioni sostanziali coperte dal principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* e non tra le mere condizioni di procedibilità, come avviene in alcuni Paesi europei⁵⁷. Per tali motivi, ci arrischiamo a proporre un'ulteriore soluzione, che potremmo definire di compromesso.

La Corte di giustizia, pronunciandosi sul caso Taricco, non ha censurato *in toto* la disciplina nazionale della prescrizione, ma si è soffermata solamente sul peculiare meccanismo del computo del termine massimo qualora siano presenti atti interruttivi, ritenendolo illegittimo nella parte in cui consente l'impunità sistematica degli autori di reati che ledono (anche) le finanze dell'Unione. Detto altrimenti, sul banco degli imputati sono saliti solamente gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, c.p., mentre non sembra esservi alcuna incompatibilità tra il diritto dell'UE e la regola generale sancita nell'art. 157 c.p., ai sensi della quale il tempo necessario a prescrivere è pari al massimo della pena edittale prevista per ciascun reato.

Si potrebbe allora sostenere che solamente quest'ultimo termine, in quanto intimamente collegato alla gravità del reato e alla legalità della pena, abbia natura sostanziale, o quantomeno goda della garanzia offerta dall'art. 25, secondo comma, Cost. Una qualsiasi modifica che incida negativamente sullo stesso – sia essa operata da fonte legislativa o giurisprudenziale – non potrebbe quindi trovare applicazione retroattiva, poiché andrebbe a ledere un'aspettativa legittimamente sorta in capo all'imputato nel momento in cui ha commesso l'azione criminosa.

Diverso il discorso per la disciplina dell'interruzione del termine prescrizionale, la cui funzione è quella di concedere un maggiore lasso di tempo per ovviare alle lungaggini del processo penale, senza che in ciò si possa scorgersi alcun legame con le esigenze di prevenzione generale che – come detto a inizio paragrafo – caratterizzano la prescrizione. Gli artt. 160-161 c.p. richiedono inoltre il compimento di tassativi atti procedurali, che per il reo sono assolutamente eventuali e non possono rientrare nella sfera, tutelata *ex art. 25, secondo comma, Cost.*, di ciò che può ragionevolmente aspettarsi al momento del fatto. Alla luce di quanto detto, l'istituto dell'interruzione dovrebbe essere ricondotto nell'alveo delle disposizioni processuali, con la conseguenza che in caso di successione di norme gli si applicherebbe il criterio del *tempus regit actum*⁵⁸. Per tornare al caso previsto nell'ordinanza di rimessione, il giudice sarebbe quindi legittimato ad applicare il più lungo termine previsto per i reati di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p., anche alle fattispecie in materia di IVA realizzate prima della

⁵⁴ In tal senso, cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., Milano, 2001, pp. 263-264. Gli A. sottolineano come la *ratio* del principio di irretroattività sia quella di garantire al cittadino la possibilità di sapere se e in quale misura potrà essere punito, «e non già di sapere per quanto tempo dovrà stare nascosto dopo aver commesso il fatto, per poi tornare tranquillamente alla vita di tutti i giorni». Nella medesima prospettiva, si veda anche D. PULITANO, *Legalità penale discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1298; V. GREVI, *Garanzie individuali ed esigenza di difesa sociale nel processo penale*, in AA.Vv., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, a cura di L. Lanfranchi, Roma, 1997, p. 279.

⁵⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentate il 30 aprile 2015, § 119.

⁵⁶ Corte cost., ord. n. 452/1999.

⁵⁷ Cfr., sul punto, M. BASSINI, *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche sulla sentenza Taricco*, in *Consulta on line*, 12 febbraio 2016, p. 100, il quale porta l'esempio della Francia, del Belgio e della Germania, dove le norme che disciplinano la prescrizione hanno natura processuale.

⁵⁸ Tale soluzione viene prospettata, seppure con motivazioni parzialmente differenti, da G. SALCUNI, *Legalità europea e prescrizione del reato*, cit., p. 11.

pubblicazione della sentenza Taricco, senza con ciò violare il principio del *nullum crimen*⁵⁹.

Attraverso la prospettata "scissione" tra natura giuridica della prescrizione e natura dell'interruzione – beninteso, sempre che la Corte costituzionale la avvalli e non la ritenga artificiosa – si eviterebbe di arginare troppo l'ambito di applicazione della legalità nazionale, che continuerebbe a coprire la disciplina centrale della prescrizione, ovvero sia l'art. 157 c.p. Proseguendo su questa strada, il giudice delle leggi riuscirebbe inoltre a soddisfare le richieste della Corte di giustizia, perché garantirebbe la punizione degli autori dei gravi reati in materia di IVA: nei processi a loro carico, non vi sarebbe un limite massimo in presenza di atti interruttivi e le lunghe e complesse indagini potrebbero seguire il loro corso naturale fino a giungere all'accertamento definitivo della responsabilità penale.

Così, almeno in tale contesto, verrebbe meno la paradossale situazione dello «oblio sciente»⁶⁰, drasticamente aumentata in Italia, specie dopo la riforma realizzata nel 2005 con la c.d. legge *ex Cirielli*. Sono difatti numerosissimi ed eterogenei i reati che si prescrivono all'interno del processo, nonostante lo Stato abbia manifestato il proprio interesse alla persecuzione di un determinato delitto, proprio mediante l'instaurazione di tale processo. La causa di questa disfunzione va ricercata anche nell'abbassamento del "tetto" invalicabile di prescrizione, pari ora al tempo ordinario maggiorato solamente di un quarto, mentre *ante* riforma poteva essere allungato sino alla metà⁶¹.

Ebbene, la pronuncia europea emessa sul caso Taricco e la seguente ordinanza della Corte d'appello di Milano, tra i molteplici problemi sollevati, hanno avuto sicuramente il merito di riaccendere il dibattito sul meccanismo prescrittivo, al momento caratterizzato da più ombre che luci. A prescindere da come la Corte costituzionale si muoverà in questo complesso scenario, un legislatore attento non dovrebbe perdere l'occasione, già troppo a lungo rimandata, per intervenire nuovamente sulla prescrizione, stando attento a garantire sia una maggiore effettività della sanzione penale che una ragionevole durata dei processi⁶².

8.

Osservazioni conclusive.

Si è visto, in definitiva, come la questione introdotta offra alla Corte alcune vie d'uscita da imboccare, diverse dalla pronuncia di accoglimento. Vi è però da aggiungere, in sede conclusiva, che la preoccupazione della Corte potrebbe – e probabilmente dovrebbe – non essere semplicemente quella di disfarsi della questione più in fretta possibile.

Il problema sollevato dalla vicenda Taricco esiste, e ha certamente pregio costituzionale: per questo la Corte avrebbe molto da perdere a voltare semplicemente le spalle. Al di là delle strettoie procedimentali, infatti, quel che la Corte di giustizia ha posto sul tavolo è un problema di certo non nuovo, ma tutt'altro che secondario, che affligge l'ordinamento italiano. Un problema che dalla lunghezza dei processi passa attraverso la prescrizione di un numero tale di reati che, in alcuni settori – ove tempi di prescrizioni troppo brevi si combinano a esigenze di indagine e accertamento con tempi lunghi – conducono a un quadro di sostanziale e diffusa impunità. Il riflesso soggettivo di questa inefficienza, da un lato, comporta una situazione che soltanto la prescrizione rende tollerabile per l'individuo che si imbarchi in quella che potrebbe essere una lunghissima navigazione processuale. In questi casi, stabilire un tempo massimo entro il quale la pretesa punitiva possa essere esercitata permette di mettere cittadino al riparo dalle molte controindicazioni che deriverebbero da un'esposizione indefinita al processo (incertezza dei rapporti giuridici, difficoltà di esercizio del diritto di difesa quando sia trascorso molto tempo dai fatti di cui si disputa, affievolimento di ogni ambizione rieducativa). Eppure il riflesso oggettivo-ordinamentale di questa situazione è la sostanziale incapacità del siste-

⁵⁹ Distingue tra atti interruttivi posti in essere prima e dopo la pronuncia della Corte di giustizia, E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 29 febbraio 2016, p. 13.

⁶⁰ Espressione utilizzata da F. GIUNTA - D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit., p. 96.

⁶¹ Per un'analisi più approfondita sulle modifiche introdotte dalla l. n. 251/2005 all'istituto dell'interruzione della prescrizione si veda A. BARAZZETTA, *Interruzione della prescrizione e termini massimi*, in AA.VV., *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")*, a cura di A. Scalfati, Padova, 2006, pp. 159 ss.; G. CARUSO, voce *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV, Torino, 2008, pp. 781-783.

⁶² Si ricorda, a tal proposito, che è attualmente all'esame del Parlamento il d.d.l. n. 2067, concernente la c.d. riforma della Giustizia, al cui interno si prevede una modifica alla disciplina della prescrizione, in particolare per ciò che concerne le ipotesi di sospensione e interruzione, nonché gli effetti delle stesse (testo consultabile in www.senato.it). In argomento si veda *amplius* G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016.

ma penale, in alcuni settori, di svolgere la sua funzione. E con questo, a seconda del settore materiale ove ci si muova, l'incapacità dell'ordinamento di garantire le funzioni fondamentali nei confronti delle quali la sanzione penale si pone come presidio. Nel caso Taricco, il finanziamento del bilancio, non soltanto dell'Unione, ma anche dello Stato. Tra impunità e imprescrittibilità, gli interessi costituzionali da bilanciare sono dunque molti. E l'esigenza di un diverso bilanciamento rispetto al quadro attuale, che è in fin dei conti il tema che la Corte di giustizia solleva, è un tema che la Corte costituzionale avrebbe ragione di non ignorare. Al contrario, l'occasione che dalla vicenda Taricco ha portato questa questione a Palazzo della Consulta può essere propizia affinché la Corte rivolga al legislatore un messaggio perentorio affinché intervenga a riformare complessivamente l'istituto della prescrizione. Un intervento robusto era infatti già stato invocato dalla Corte, e ora pare non più prorogabile, posto che il caso Taricco potrebbe rivelarsi soltanto un *apripista*.

L'attrezzatura decisionale della Corte è sufficientemente ricca da consentire di scegliere tra uno spettro di strumenti più o meno incisivi che vanno da un semplice monito – con il rischio, che la storia dimostra fondato, di veder finire questo monito del tutto inascoltato dal decisore politico – a soluzioni più incisive che magari prefigurino già ora l'unica alternativa possibile, ovvero l'esercizio da parte della Corte di quella funzione di supplenza – non richiesta dalla Corte e nemmeno molto gradita – che già in molti altri settori materiali, dalla tutela dei diritti civili alla ricalibrazione dei rapporti centro-periferia, ha dovuto svolgere negli ultimi anni.