



**CONSULTA ONLINE**

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



**2016 FASC. I**

**(ESTRATTO)**

**MARCO BASSINI**

**PRESCRIZIONE E PRINCIPIO DI LEGALITÀ NELL'ORDINE  
COSTITUZIONALE EUROPEO. NOTE CRITICHE ALLA  
SENTENZA TARICCO**

**12 FEBBRAIO 2016**

**IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO**

Marco Bassini

## Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla [sentenza Taricco](#)

SOMMARIO: 1. *Il principio di legalità nella triangolazione fra ordine costituzionale, Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo: dialogo, monologo o diktat?* – 2. *La Corte di giustizia nella metamorfosi “da giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie”.* – 3. *Il post-Taricco: l'incidente di legittimità costituzionale e la sentenza della terza sezione della Cassazione.* – 4. *Principio di legalità e ordinamento eurounitario.* – 5. *“Se non ora, quando?”. Conclusioni (gioco forza) prospettiche, confidando nei controlimiti.*

### 1. *Il principio di legalità nella triangolazione fra ordine costituzionale, Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo: dialogo, monologo o diktat?*

Non c'è concordia tra i commentatori quando si dibatte sull'effettiva comunanza di visioni che i diversi sistemi e documenti, nazionali e sovranazionali, al servizio dei diritti fondamentali esprimerebbero.

«Abbiamo tre ordinamenti con rispettive “carte dei diritti”, tre Corti preposte alla loro tutela, tre diverse *Weltanschauung*. [...] Che le valutazioni di ciascun organo in merito alle precedenze tra i diritti possano divergere è, non un rischio, ma una certezza»<sup>1</sup>. Così scrive, per esempio, Roberto Bin, commentando lo scenario europeo che vede Corte di giustizia, Corte europea e Corte costituzionale custodi del rispettivo sistema assiologico incorporato, nell'ordine, nella Carta di Nizza-Strasburgo, nella Convenzione europea e nella Costituzione<sup>2</sup>.

E, prosegue l'Autore, «si cerca di nascondere questa complessità potenzialmente conflittuale tessendo un mantello irenico con i fili del “dialogo”, dell'integrazione e del perseguimento del livello più elevato di tutela dei diritti»<sup>3</sup>.

Questa giustificazione, tuttavia, ad avviso di Bin, corrisponde a una «pietosa menzogna». E di questo scenario, l'interpretazione conforme può attenuare ma non guarire la «schizofrenia» che ne è caratteristica.

Diversi autori, così, argomentano come la coesistenza e l'intersecarsi, a livello europeo, dei vari ordinamenti destinati a sovrapporsi determinino problematiche di non poco momento, che a dispetto

---

\* Contributo destinato a L. D'ANDREA-G. MOSCHELLA-A. RUGGERI-A. SAITTA (curr.), *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze verticali e mutue implicazioni)*, Giappichelli, Torino, 2016.

<sup>1</sup> R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in [Rivista AIC](#), 1/2015, 9 gennaio 2015, 1 ss., spec. 11-12.

<sup>2</sup> Sul tema la letteratura è assai estesa e propone, naturalmente, interpretazioni anche molto diverse. Una visione di segno tendenzialmente opposto a quella descritta, che non a caso si è voluta richiamare a monte dell'analisi della [sentenza Taricco](#), si ritrova, per esempio, nei diversi scritti di A. RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed “europeizzazione”) della Costituzione, e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in [Rivista AIC](#), 2 luglio 2010; ID., *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 29 novembre 2014; ID., *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in [Rivista AIC](#), 1/2011; ID., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in S. STAIANO (cur.), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2006, 827 ss.

<sup>3</sup> Ancora R. BIN, *op. cit.*, 12.

dell'apparenza, che promette un elevamento della tutela dei diritti, alimentano invece un rischio di cortocircuito<sup>4</sup>.

Se i giudici costituzionali, infatti, sono ormai usciti dalla solitudine che li vedeva protagonisti fino a pochi decenni fa, divenendo parte di un sistema corale<sup>5</sup> nel quale non rivestono più la prerogativa dell'ultima parola, si sostiene però che almeno con riguardo alla tutela dei diritti fondamentali, e adottando una prospettiva di sistema, a questa moltiplicazione dei centri di "tutela" non è sempre corrisposto un complessivo avanzamento e, in definitiva, un progresso nel livello di protezione dei diritti<sup>6</sup>.

Sembra resistere, infatti, un fisiologico difetto di comunicazione, o piuttosto di comunicabilità tra sistemi che esprimono una visione giocoforza differente. È in questo contesto, forse, volendo interpretare il paradosso illustrato da Maria Rosaria Ferrarese<sup>7</sup>, che i giudici costituzionali, esposti al rischio di una marginalizzazione nel rapporto tra Corte di giustizia e Corte europea, da un lato, e giudici comuni, dall'altro, possono insperatamente recuperare la loro rinnovata funzione di apertura del sistema verso l'esterno.

Di queste e altre problematiche sembra farsi testimone la recente pronuncia della Corte di giustizia nel [caso Taricco](#)<sup>8</sup> che appare destinata<sup>9</sup> a segnare un momento di profonda frattura e di

<sup>4</sup> Così, guardando soprattutto alla prospettiva del diritto penale, V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 9 luglio 2012, 4 «Proprio diritti e libertà fondamentali, alla stregua degli altri "principi" [...] campeggiano trasversalmente sullo sfondo di questa realtà già così policroma, affacciandosi nei singoli contesti (e nei singoli casi) con "geometrie e geografie variabili": Grundnormen (e spesso Grundwerten) formalmente "a-topiche" e purtuttavia "ubiquitarie", menzionate da Carte e Corti che si sovrappongono (ma che quasi mai accettano di veder ridotte le proprie statuizioni al ruolo di mero *restatement of law*), sollecitate dal dinamismo tipico delle ricostruzioni *multilevel*, che le espone a bilanciamenti sempre nuovi e sempre più complessi, alla loro affermazione secondo diversi livelli di astrazione (di "specificità" o di "generalità"), e, per quella via, al rischio sempre alto di un'iper-integrazione o, viceversa, di una dis-integrazione, a seconda del *milieu culturale* in cui vengono calati». Dalla medesima prospettiva, si v. A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in L. CAMALDO (cur.), *L'istituzione del procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2014, 41 ss.

<sup>5</sup> Illuminante, al riguardo, S. CASSESE, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, Prolusione per la cerimonia inaugurale del 232° anno accademico, Accademia delle Scienze, Torino, 10 novembre 2014.

<sup>6</sup> Appare rilevante, in questo senso, la disamina di A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali*, in *Giur. Cost.*, 4/2013, 3657 ss.

<sup>7</sup> Cfr. M.R. FERRARESE, *Dal «verbo» legislativo a chi dice «l'ultima parola»: le Corti costituzionali e la rete giudiziaria*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2011, 63 ss.

<sup>8</sup> [Corte giust., 8 settembre 2015, causa C-105/14, Ivo Taricco e altri](#).

<sup>9</sup> Per i primi commenti, non limitati all'ambito penalistico, cfr. C. AMALFITANO, *Da un'impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in [SIDIBlog](#), 15 settembre 2015; A. CIAMPI, *Il caso Taricco trasforma la Corte di giustizia da giudice garante a giudice disapplicatore delle garanzie: un problema di rapporti fra fonti e di tutela dei diritti fondamentali, non solo di diritto processuale internazionale*, in *Int'l Lis: supplemento di documentazione e discussione sul diritto giudiziario transnazionale*, in corso di pubblicazione; S. MANACORDA, *La prescrizione sulle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, in *Archivio pen.*, 3/2015, 1 ss.; 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, 3/2015, 1 ss.; A. DELLO RUSSO, *Disorientamento sulla prescrizione dei reati fiscali a rilievo europeo tra Corte di Giustizia, Corte di cassazione e giudici di merito*, ivi, 3/2015, 1 ss.; F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di Iva. Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia (sent. 8 settembre 2015 (Grande Sezione), Taricco, causa C-105/14)*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 14 settembre 2015; A. VENEGONI, *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*, ivi, 29 ottobre 2015; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, ivi, 10 dicembre 2015; S. PEERS, *The Italian Job: the CJEU strengthens criminal law protection of the EU's finances*, in [EU Law Analysis](#), 22 settembre 2015; M. SERRAINO, *Non ogni giorno che passa è un giorno che si aggiunge al libro dell'oblio. La Corte di giustizia disvela la doppiezza della disciplina interna in materia di prescrizione*, in [La legislazione penale](#), 26 ottobre 2015; M. LASSALLE, *Taricco kills two birds with one stone for the sake of the PIF*, in [European Law Blog](#), 27 ottobre 2015.

rottura dell'armonia di sistema tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito, anche la "Carta").

Vale la pena, prima di concentrarsi sul portato della decisione della Corte di Lussemburgo, sul suo seguito e sulle rispettive implicazioni critiche, segnalare come tale pronuncia sembri far emergere con straordinaria efficacia i problemi di comunicabilità che insistono sul terreno delle garanzie a tutela dei diritti fondamentali. Laddove, come si dirà, il tema controverso si appuntava sulla idoneità di quella che, di fatto, risulta un'applicazione retroattiva *in peius* delle norme in tema di prescrizione a incidere sul principio di legalità in materia penale<sup>10</sup>. Principio soggetto a tutela tanto nell'ordinamento costituzionale quanto nella Carta, così come nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito, anche "CEDU"); ma il cui ambito di concreta applicazione, nella fattispecie, è risultato controverso in funzione della diversa qualificazione delle norme giuridiche in tema di prescrizione<sup>11</sup>. Di qui, una medesima situazione cui l'ordinamento nazionale e l'ordinamento dell'Unione europea sembrano guardare con lenti diverse, rendendo necessario valutare il ricorso allo strumento dei controllimiti come baluardo della legalità penale, almeno per come essa è concepita (pacificamente) dall'ordine costituzionale interno<sup>12</sup>.

## 2. La Corte di giustizia nella metamorfosi "da giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie"<sup>13</sup>.

Volendo ripercorrere con approccio critico gli accadimenti, la [vicenda Taricco](#) ha preso origine da un procedimento penale per reati di associazione a delinquere e frodi in materia di IVA pendente davanti al Tribunale di Cuneo. Al centro delle indagini, si collocava un sistema di "frodi carosello", realizzate secondo uno schema ricorrente e collaudato, nel quale le transazioni e le relative operazioni di fatturazione venivano incanalate all'estero con il deliberato obiettivo di conseguire un illegittimo risparmio d'imposta.

<sup>10</sup> Su tutti, valga il rinvio a F. BRICOLA, *Commento all'art. 25 commi 2 e 3*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Zanichelli, Bologna, 1981, 234 ss. Il tema che qui rileva concerne l'applicabilità alle disposizioni in materia di prescrizione del principio di irretroattività delle norme penali di sfavore. La risposta a tale interrogativo dipende dalla riconduzione della prescrizione nell'alveo degli istituti di diritto sostanziale ovvero di diritto processuale, giacché solo ai primi è applicabile il principio del *favor rei* in caso di successione di leggi nel tempo. In dottrina, la questione è per lungo tempo rimasta controversa, e il dibattito ha opposto gli autori che contemplavano un'assimilazione della prescrizione agli istituti di natura sostanziale a quelli che diversamente ne ritenevano la valenza meramente processuale. Così, in ipotesi di allungamento del termine prescrizionale (non ancora decorso), per i procedimenti ancora in fase di pendenza, per gli uni opererebbe la *lex mitior* previgente, per gli altri si applicherebbe il nuovo termine meno favorevole in ossequio al principio *tempus regit actum*. Il dibattito è efficacemente riassunto da F. GIUNTA-D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, Torino, 2003. Sul tema della successione intertemporale di norme penali, per una prospettiva più ampia, cfr. V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Giuffrè, Milano, 2012.

<sup>11</sup> Più recentemente, sul tema è tornato D. PULITANÒ. *Il nodo della prescrizione*, in *Riv. trim. di Dir. Pen. Contemporaneo*, 1/2015, 20 ss.

<sup>12</sup> La soluzione cui la Corte costituzionale è addivenuta in tempi recenti è nel senso che le norme che regolano l'istituto della prescrizione rivestano natura sostanziale. Così già nella [sentenza n. 275/1990](#), sebbene incidentalmente, ma soprattutto nella più recente [pronuncia n. 393/2006](#), laddove il tema controverso era invero speculare, concernendo l'applicabilità retroattiva della *lex mitior* (segnatamente, il caso riguardato la declaratoria di incostituzionalità della norma transitoria che regolava l'entrata in vigore dei nuovi termini previsti dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251 (cd. ex Cirielli). Questo orientamento ha trovato supporto e conferma anche nella giurisprudenza di legittimità (su tutte, cfr. Cass., sez. un., n. 21833/2007). La Corte costituzionale, quindi, non ha esitato ad affermare che la copertura del principio di legalità si estende alle norme in tema di prescrizione: così, più di recente, nella [sent. n. 324/2008](#).

<sup>13</sup> Riprendo e faccio mio, nella titolazione di questo paragrafo, il tema del convegno "Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie: i nuovi scenari della soggezione al diritto dell'UE. A proposito della sentenza CG Taricco", organizzato dall'Unione delle Camere penali e tenutosi a Firenze il 30 ottobre 2015.

Il Giudice dell'udienza preliminare, temendo che i termini di prescrizione non permettessero la definizione del giudizio prima del sopraggiungere dell'estinzione del reato, sollevava un rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia<sup>14</sup> per verificare la compatibilità con il diritto dell'Unione delle norme del codice penale, segnatamente l'art. 160, u.c., e 161, c. 2, c.p. che limitano a un quarto l'aumento massimo del termine di prescrizione in caso di eventi interruttivi del suo decorso<sup>15</sup>. Con un'ordinanza assai singolare, si doleva che la previsione di un termine di durata ritenuto esiguo a fronte di procedimenti penali caratterizzati da accertamenti di notevole complessità comportasse, di fatto, l'impossibilità di addivenire a un giudicato, precludendo al giudice la pronuncia di una sentenza definitiva prima dello spirare del termine prescrizionale e della conseguente estinzione del reato. Di conseguenza, poiché parte del gettito IVA è destinata all'Unione europea, il giudice si domandava se le norme a tutela degli interessi finanziari comunitari previste sia dal diritto primario che dal diritto derivato dell'Unione costituissero una base giuridica idonea e sufficiente a comportare la disapplicazione delle disposizioni codicistiche che limitano la durata massima della prescrizione in caso di eventi interruttivi. Il giudice del rinvio indicava impropriamente<sup>16</sup> quali parametri gli artt. 101, 107 e 119 del TFUE nonché l'art. 158 della direttiva 2006/112/CE ("direttiva IVA") e si chiedeva, tra l'altro, se tali disposizioni ostassero alle norme che contemplano un prolungamento del termine prescrizionale di appena un quarto a seguito di interruzione<sup>17</sup>.

Non è questa la sede per soffermarsi diffusamente sul ragionamento seguito dall'Avvocato generale Kokott nelle sue Conclusioni<sup>18</sup>, che tuttavia si segnalano per una curiosa opera di manipolazione del parametro di giudizio e per una sostanziale rimodulazione del quesito sollevato in via pregiudiziale, cui la Corte di giustizia ha aderito senza esitazione, rivelando così la non felice impostazione alla radice del provvedimento di rinvio<sup>19</sup>.

La Corte di Lussemburgo non ha fatto propria soltanto la struttura argomentativa dell'Avvocato generale, ma anche l'esito da questi raggiunto. Il perno su cui si regge la decisione della Corte di

<sup>14</sup> Trib. Cuneo, GUP, ord. 17 gennaio 2014. Cfr. il commento di F. ROSSI DAL POZZO, *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di giustizia?*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 7 febbraio 2014.

<sup>15</sup> Così dispone, segnatamente, l'art. 160, u.c., c.p.: «La prescrizione interrotta comincia nuovamente a decorrere dal giorno della interruzione. Se più sono gli atti interruttivi, la prescrizione decorre dall'ultimo di essi; ma in nessun caso i termini stabiliti nell'articolo 157 possono essere prolungati oltre i termini di cui all'articolo 161, secondo comma, fatta eccezione per i reati di cui all'articolo 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, del codice di procedura penale». L'art. 161, c. 2, c.p. stabilisce che «Salvo che si proceda per i reati di cui all'articolo 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, del codice di procedura penale, in nessun caso l'interruzione della prescrizione può comportare l'aumento di più di un quarto del tempo necessario a prescrivere, della metà nei casi di cui all'articolo 99, secondo comma, di due terzi nel caso di cui all'articolo 99, quarto comma, e del doppio nei casi di cui agli articoli 102, 103 e 105».

<sup>16</sup> La Corte di giustizia ha avuto gioco facile a negare che l'applicabilità del regime di prescrizione potesse essere valutato in base alle norme dedotte dal giudice del procedimento principale come parametro rilevante. In questo, i giudici di Lussemburgo hanno tratto giovamento dalle Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, laddove si evidenziava come nessuna delle disposizioni richiamate dal giudice del rinvio potesse considerarsi ostativa all'applicabilità del regime di prescrizione previsto dall'ordinamento italiano. Così, l'Avvocato generale riconosceva, con un'operazione non certo neutrale quanto ai suoi effetti, come il quesito sollevato dal giudice di Cuneo ne sottendesse uno implicito e supplementare in merito alla compatibilità della normativa italiana con gli obblighi di matrice europea inerenti all'adozione di sanzioni contro le irregolarità in ambito IVA.

<sup>17</sup> I parametri utilizzati dalla Corte, in seguito anche al "riorientamento" operato dall'Avvocato generale Kokott nelle sue Conclusioni, sono invece l'art. 325 TFUE, gli artt. 1 e 2 della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee ("Convenzione PIF"), gli artt. 131 e 138 della direttiva 2006/112/CE (direttiva IVA) e l'art. 2 della decisione 2007/436/CE sul sistema delle risorse proprie delle Comunità europee.

<sup>18</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, 30 aprile 2015, causa C-105/14, *Ivo Taricco e altri*.

<sup>19</sup> Così anche A. CIAMPI, *La sentenza Taricco tra diritto penale e diritto dell'UE: quali rapporti, quali garanzie*, relazione al convegno "Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie: i nuovi scenari della soggezione al diritto dell'UE. A proposito della sentenza CG Taricco", Firenze, 30 ottobre 2015.



giustizia è rappresentato dall'art. 325 TFUE<sup>20</sup>. Norma che, da un lato, impone agli Stati membri di adottare misure dissuasive e tali da permettere una protezione efficace degli interessi finanziari dell'Unione europea; e, dall'altro, vincola gli Stati ad adottare, a tal fine, le stesse misure che impiegano per la tutela degli interessi finanziari nazionali.

Tralasciando le considerazioni di carattere generale, la Corte di giustizia si sofferma sullo specifico aspetto su cui si appunta il rinvio formulato dal GUP di Cuneo: la compatibilità con l'art. 325 TFUE delle norme che stabiliscono, in ipotesi di eventi interruttivi, un'estensione massima del termine di prescrizione fino a un quarto, nella misura in cui detta previsione abbia l'effetto di impedire la pronuncia di una sentenza definitiva.

La Corte di Lussemburgo affida ai giudici nazionali una valutazione che rischia di rivelarsi assai insidiosa, in un ambito delicato come quello penale, e attenta così a una moltitudine di interessi costituzionalmente tutelati, non circoscritti al principio di legalità<sup>21</sup>: secondo la Corte, i giudici nazionali dovranno valutare se dall'applicazione delle disposizioni interne derivi, in un numero considerevole di casi, l'impunità penale a fronte di condotte costitutive una frode grave perché tali fatti risulteranno prescritti prima che la sanzione prevista dalla legge possa essere inflitta con sentenza definitiva. In caso di risposta affermativa, secondo la Corte, le sanzioni previste dallo Stato membro non potranno essere considerate effettive e dissuasive come esige l'art. 325 TFUE.

La seconda valutazione deferita ai giudici nazionali riguarda l'equivalenza dalla tutela penale offerta nei casi di reati che attentano agli interessi finanziari dell'Unione europea rispetto alle frodi che siano lesive, invece, degli interessi finanziari dello Stato. In tal senso, il giudice nazionale dovrà verificare che l'ordinamento non stabilisca, in quest'ultimo caso, termini di prescrizione più lunghi rispetto a quelli previsti per i reati che incidono sugli interessi finanziari comunitari.

Si tratta senz'altro di un passaggio che genera criticità non indifferenti sul piano applicativo. La Corte di giustizia non solo legittima il giudice nazionale a disapplicare le disposizioni che concernono la durata massima del termine di prescrizione in caso di eventi interruttivi, ma individua fondamenta tutt'altro che solide alla base di questa opzione interpretativa. Nello specifico, l'apprezzamento da condursi da parte del giudice dovrà incentrarsi sull'esistenza di un problema di ordine sistemico, da verificare "in un numero considerevole di casi": a quale soglia si può dire "considerevole" il numero di procedimenti destinati a una declaratoria di estinzione del reato? E

<sup>20</sup> Così l'art. 325 TFUE, ai parr. 1 e 2: «1. 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.

2. Gli 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».

<sup>21</sup> Non è peraltro peregrino, ad avviso di chi scrive, chiedersi se una modifica *in peius* come quella imposta dalla Corte di giustizia non recherebbe nocumento a un altro interesse che gode di tutela costituzionale, ossia il principio della ragionevole durata del processo, così come codificato dall'art. 111 Cost. Non a caso rileva S. MANACORDA, *La prescrizione sulle frodi gravi in materia di IVA*, cit., 7: «Alle Corti – tra cui la Consulta – potrà inoltre essere chiesto, con modalità diverse, di pronunciarsi sul tema, non affrontato dai giudici del Lussemburgo relativo alla ragionevole durata dei processi di cui all'art. 47, co. 2, della Carta, 6, co. 1, della CEDU e 111, co. 2, Cost. A differenza della Grande Chambre, l'Avvocato Generale non ha mancato di rilevare che «sotto il profilo del diritto dell'Unione occorre unicamente aver cura che la soluzione accolta venga trovata nell'ambito di un procedimento equo» (art. 47, § 2, Carta dei diritti fondamentali e art. 6, § 1, prima frase, CEDU) in maniera non discriminatoria, e che la stessa poggia su criteri chiari, comprensibili, nonché generalmente applicabili (§§ 124 e 127 delle conclusioni). La complessità delle indagini (invocata dal giudice del rinvio: § 24) e la lunghezza dei processi costituiscono motivo per affievolire la portata di tale principio di garanzia e quali esiti applicativi si dischiudono ogni qualvolta un reato appaia di difficile accertamento, magari per carenze degli organi di indagine?». Osserva anche G. TARLI BARBIERI, *Il sindacato di costituzionalità sull'obbligo di disapplicazione. Verso un conflitto tra le Corti?*, relazione al convegno "Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie: i nuovi scenari della soggezione al diritto dell'UE. A proposito della sentenza CG Taricco", Firenze, 30 ottobre 2015, come la via di ricorso alla Corte europea sarebbe probabilmente quella offerta dall'art. 6 CEDU.

ancora, l'accertamento dovrà concernere le frodi "gravi": è carente, nella sentenza, qualsiasi indicazione sui criteri su cui fondare la valutazione di gravità, e non si comprende come dovrebbe il giudice apprezzare il concreto disvalore della condotta (se non ricorrendo, forse, a un indicatore quantitativo). A margine, non si deve trascurare che la valutazione richiesta al giudice sembra possedere carattere anche prognostico: il giudice dovrà appagarsi nell'esame di una serie di casi in cui il reato sia stato dichiarato estinto per decorso del termine di prescrizione o dovrà formulare un giudizio sullo *status quo*? Oltretutto, ogni giudice potrà raggiungere, confidando nell'osservazione dell'*id quod plerumque accidit*, un risultato opposto, con conseguenze gravissime sul piano della certezza del diritto e della sua uniforme applicazione.

Tutti temi delicatissimi, in una sentenza che riverbera i suoi effetti sul terreno penale<sup>22</sup>.

L'elemento forse più controverso del ragionamento della Corte di giustizia coincide però con la seconda parte della sentenza, laddove ci si interroga sulla compatibilità della disapplicazione degli artt. 160, u.c., e 161, c. 2, c.p. con l'art. 49 della Carta, che tutela il principio di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene.

Dopo aver precisato che l'art. 325 TFUE è norma di diritto primario che pone a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e incondizionato, produttiva di effetti diretti e che dunque qualunque disposizione contrastante sarà *ipso iure* inapplicabile<sup>23</sup>, la Corte di giustizia ricorda che occorrerà parimenti tutelare i diritti fondamentali degli interessati. Il riferimento corre, naturalmente, all'art. 49 della Carta.

Sembra aprirsi una breccia per riaffermare la portata del principio di legalità: è un'aspettativa che viene subito delusa. In modo abbastanza sorprendente, infatti, i giudici di Lussemburgo risolvono sbrigativamente il punto, concludendo che la disapplicazione delle disposizioni nazionali non violerebbe i diritti degli imputati, ma avrebbe solo l'effetto di non limitare la durata del termine di prescrizione, consentendo il perseguimento dei reati contestati.

A monte di questo approdo interpretativo, vi è l'adesione a una versione "laica" e "temperata" del principio di legalità. Infatti, la Corte osserva che i fatti contestati agli imputati integravano già, alla data di consumazione, specifiche fattispecie di reato; e che la loro violazione era assistita dalla previsione di sanzioni penali tuttora previste dall'ordinamento<sup>24</sup>.

La disapplicazione delle disposizioni interne, in altri termini, non produrrebbe un'imputazione per condotte non costituenti reato al momento della loro commissione né tantomeno sortirebbe

<sup>22</sup> Tra i primi commenti, si segnalano sul punto L. EUSEBI, *op. cit.*, 4, il quale nota come il recepimento della sentenza [Taricco](#) produrrebbe conseguenze che sarebbero inaccettabili anche se previste da una norma interna, come affidare alla magistratura un potere di disapplicazione di norme penali qualora non siano ritenute consone al soddisfacimento delle esigenze preventive. Effetto, questo, cui si lega l'ulteriore problematica dell'individuazione del regime giuridico operante (circostanza non estranea allo stesso caso [Taricco](#), in cui la Cassazione ha optato per un nuovo ricalcolo *in toto* del termine di prescrizione in ipotesi di eventi interruttivi) in luogo di quello oggetto di disapplicazione.

<sup>23</sup> Il punto è decisivo e come ben evidenziato da C. AMALFITANO, *op. cit.*, § 5, se non è certo singolare che si riconoscano effetti diretti a una fonte pattizia che riveste il rango di diritto primario, e che tali effetti possano essere invocati anche nei confronti di privati (si vedrà *infra*, invece, quale approccio abbia tenuto la Corte di giustizia con riguardo alle incriminazioni dipendenti dal contenuto di atti di diritto derivato quali direttive o decisioni quadro), è invece assai peculiare che si ripetano, da tali effetti, conseguenze per gli individui del tutto inedite, in un ambito come quello penale. Così, come sottolinea sempre C. AMALFITANO, *ivi*, gli imputati deriverebbero degli effetti sfavorevoli (consistenti nel prolungamento del termine prescrizionale) per effetto di una violazione (dell'art. 325 TFUE) addebitabile allo Stato membro.

<sup>24</sup> Ancora C. AMALFITANO, *ivi*, § 5, argomentando molto finemente, rileva come, a ben vedere, la Corte di giustizia cada probabilmente in contraddizione nel negare che le norme sulla prescrizione siano soggette al principio di legalità: se questa circostanza tradisce, evidentemente, una considerazione squisitamente processuale di queste disposizioni, tale qualificazione sarebbe in realtà smentita osservando, come fa la Corte, che la disapplicazione dei termini di prolungamento della prescrizione costituisce la condizione essenziale per permettere l'irrogazione delle sanzioni penali e dare così effettività all'art. 325 TFUE. Implicitamente, la Corte ammetterebbe quindi l'inerenza dell'istituto alla punibilità in concreto del reo (ciò che vale ad assimilarlo, probabilmente, alle norme di natura sostanziale).

l'irrogazione di pene allora non contemplate, ma renderebbe perseguibile per un maggior lasso di tempo le frodi carosello.

L'impostazione della [sentenza Taricco](#) rivela un atteggiamento non condivisibile al riguardo: più che un tentativo di collegarsi all'approccio della Corte europea, in quella che potrebbe essere interpretata come una forma di legittimo *judicial borrowing*<sup>25</sup>, la scarna argomentazione della Corte di giustizia sembra prestare il fianco a una recezione in prevalenza passiva dell'approccio adottato a Strasburgo sul tema del rapporto tra modifiche alle norme sulla prescrizione e principio di legalità.

E, infatti, la Corte di Lussemburgo giunge a escludere che la disapplicazione degli artt. 160, u.c., e 161, c. 2, c.p. possa essere in contrasto con l'art. 49 della Carta per il tramite di un rinvio che sembra "in bianco" e tendenzialmente acritico alla giurisprudenza dell'omologa di Strasburgo formatasi in relazione all'art. 7 della CEDU. L'atteggiamento della Corte di giustizia appare alquanto superficiale, nel momento in cui liquida la questione rinviando semplicemente a una pronuncia della Corte europea, nel caso *Coëme c. Belgio*<sup>26</sup>, che aveva escluso che un allungamento del termine prescrizione postumo alla consumazione del reato potesse determinare un *vulnus* rispetto al principio tutelato all'art. 7 CEDU.

La Corte di giustizia sembra dimenticarsi, in questo frangente, della ben più complessa architettura su cui si basa l'ordine comunitario, oltre che dell'esistenza di numerosi elementi di raccordo (come le tradizioni costituzionali comuni) che consentono di rendere permeabile questo terreno rispetto alla sensibilità sviluppata negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri. Così, aderendo, implicitamente, in modo alquanto disinvolto a una qualificazione processuale dell'istituto della prescrizione (diffusa in molti degli Stati membri<sup>27</sup>), la Corte esclude che qualunque modifica *in peius* possa attingere il principio di legalità. Colpendone così il nucleo fondante, così come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale italiana.

Criticabile è la sbrigatività con cui la Corte di giustizia si è appagata del riferimento alla sentenza *Coëme c. Belgio* per giustificare l'esclusione di un contrasto con l'art. 49 della Carta. Vero è che, secondo l'art. 53 della Carta i diritti che sono tutelati anche dalla CEDU devono essere interpretati in conformità alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tuttavia, due rilievi si impongono come necessari: il primo attiene all'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo nella sentenza richiamata; il secondo riguarda l'esistenza, comunque, di un controlimite opponibile all'ingresso del diritto, anche giurisprudenziale, europeo, quale che sia l'interpretazione offerta alle disposizioni rilevanti dalle rispettive corti.

Con riguardo al primo fattore, si deve osservare che la sentenza *Coëme c. Belgio* è più cauta di quanto lasci intendere la Corte di Lussemburgo nel suo frettoloso ragionamento. In particolare, la Corte di Strasburgo aveva rilevato che «la soluzione adottata dalla Corte di cassazione si fonda sulla sua giurisprudenza secondo la quale le leggi che modificano la disciplina della prescrizione sono ormai considerate, *in Belgio* [il corsivo è aggiunto], leggi di competenza e di procedura. Pertanto, si ispira al principio generalmente riconosciuto secondo il quale, salvo espresse disposizioni in senso contrario, le leggi di procedura sono di applicazione immediata ai procedimenti in corso»<sup>28</sup>. È in

<sup>25</sup> Devo a Oreste Pollicino questa preziosa chiave di lettura.

<sup>26</sup> Corte eur. dei diritti dell'uomo, 18 ottobre 2010, *Coëme c. Belgio*, ricc. 2492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96.

<sup>27</sup> Non si può negare in questa sede come l'istituto della prescrizione conosca (laddove esistente, e secondo modelli comparabili) una diffusa veste processuale (e non già sostanziale) nella maggior parte degli ordinamenti degli Stati membri. Così è, per esempio, in Germania, laddove il *Bundesverfassungsgericht* ha fatto propria l'interpretazione che attribuisce natura processuale alle regole sulla prescrizione, sottraendole –per l'effetto– al principio di irretroattività della legge più sfavorevole racchiuso nell'art. 103, par. 2, del *Grundgesetz*. Un altro esempio utile giunge dalla Francia, in cui la prescrizione ha natura e disciplina eminentemente processuale.

<sup>28</sup> Cfr. il p.to 148 della traduzione di M. DE SALVIA-V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, Giuffrè, Milano, 2007, 221.



base a questa premessa, che esplicita lo scenario di riferimento nell'ordinamento belga, che la Corte precisa, poi, che la proroga del termine di prescrizione e la sua immediata applicazione, sfavorevole ai ricorrenti, «non implica[no] tuttavia una violazione dei diritti garantiti dall'art. 7 perché non si può interpretare tale disposizione nel senso che impedisce, per effetto dell'applicazione immediata di una legge di procedura, un allungamento dei termini di prescrizione quando i fatti contestati non sono mai stati prescritti»<sup>29</sup>. E qui giunge poi una precisazione di grande momento, che già vale –da sola- a smontare parte dell'impianto della decisione della Corte di giustizia: «la questione di una eventuale violazione dell'art. 7 da parte di una disposizione che avrebbe l'effetto di far rivivere la possibilità di sanzionare i fatti divenuti non punibili per effetto dell'intervenuta prescrizione è estranea al caso di specie [...] [i] ricorrenti, che non potevano ignorare che i fatti contestati potevano comportare la loro responsabilità penale, sono stati condannati per atti per i quali l'azione penale non si era mai estinta per prescrizione. Tali atti costituivano reato nel momento in cui sono stati commessi e le pene irrogate non sono più severe di quelle applicabili al momento dei fatti»<sup>30</sup>.

La Corte di Strasburgo, dunque, ha affermato qualcosa di diverso e più complesso della semplice natura processuale delle norme sulla prescrizione e della radicale estraneità di queste al principio di legalità.

Il secondo rilievo va collegato a un ridimensionamento della portata dell'art. 52, c. 3, della Carta che, come ricordato, richiede di interpretare le disposizioni che tutelino gli stessi diritti protetti dalla CEDU in conformità al significato e alla portata attribuiti dalla Corte di Strasburgo. Tuttavia, come è stato rilevato<sup>31</sup>, l'art. 53 prevede che nessuna disposizione della Carta possa essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciuti, tra gli altri, dalle costituzioni degli Stati membri. Questa disposizione sembra costruire, seppure involontariamente, lo spazio affinché le corti nazionali e le corti costituzionali in particolare possano attivare i controlimiti per contrastare un'indiscriminata prevalenza del diritto comunitario. Uno spazio che occorrerebbe sfruttare soprattutto quando emerga una frattura tra le diverse interpretazioni del medesimo principio offerte dalle corti europee e dalle corti nazionali, così come -nel caso di specie- con riguardo al principio di legalità<sup>32</sup>. Un interstizio, forse, più che uno spazio, alla luce dell'interpretazione dell'art. 53 che la Corte di giustizia ha restituito in occasione della sentenza [Melloni](#)<sup>33</sup>, su cui si tornerà fra non molto.

### 3. *Il post-Taricco: l'incidente di legittimità costituzionale e la sentenza della terza sezione della Cassazione.*

La sentenza della Corte di giustizia ha destato da subito grandi preoccupazioni, non solo fra i cultori del diritto penale, e ha partorito, nei mesi successivi alla sua pronuncia, due risultati incoerenti.

Dapprima, con [ordinanza del 18 settembre](#), la seconda sezione penale della Corte d'appello di Milano ha sollevato una questione di legittimità costituzionale alla Consulta per supposta violazione dell'art. 25, c. 2, Cost.<sup>34</sup>. Poi, il 20 gennaio scorso, la Corte di Cassazione ha depositato le motivazioni di una decisione in cui ha fatto pedissequa applicazione della [sentenza Taricco](#), una

<sup>29</sup> *Ivi*, p.to 149.

<sup>30</sup> *Ivi*, p.ti 149-150.

<sup>31</sup> Mi riferisco al commento di F. CAPOTORTI, *Verso un revirement della Corte di giustizia in materia di prescrizione? Le conclusioni dell'avvocato generale nella causa Taricco e a.*, in [Eurojus.it](#), 20 luglio 2015.

<sup>32</sup> *Ivi*.

<sup>33</sup> [Corte giust.](#), 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscale*.

<sup>34</sup> [App. Milano, sez. II penale, ord. 18 settembre 2015](#). A commento, v. 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'*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 21 settembre 2015.

[decisione](#) che risale al giorno precedente all'ordinanza di rimessione, il 17 settembre<sup>35</sup>. Va detto che il Supremo Collegio ha implicitamente respinto i dubbi avanzati dalla Corte d'appello di Milano, ritenendo irrilevante adire la Corte costituzionale come invece ha fatto la seconda sezione.

Lo scenario, che pareva rischiararsi dopo il rinvio alla Consulta, pare ora nebuloso dopo il [pronunciamento della Cassazione](#), che sembra condurre all'erosione, se non a uno svuotamento, dei presidi garantistici voluti dal legislatore in materia penale.

Partiamo dalle luci, passeremo poi alle ombre. La Corte d'appello di Milano ha chiesto alla Corte costituzionale di attivare la categoria dei controlimiti, formulando un incidente di costituzionalità che investe la legge di esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea nella parte in cui, imponendo di applicare l'art. 325 TFUE secondo l'interpretazione offertane dalla [sentenza Taricco](#), produca la disapplicazione degli artt. 160, u.c., c.p. e 161, c. 2, c.p. anche nei casi in cui derivino effetti sfavorevoli per l'imputato. Così facendo, secondo il giudice rimettente, la legge di esecuzione violerebbe l'art. 25, c. 2, Cost.

Nell'ordinanza, la Corte d'appello critica la sbrigativa valutazione della Corte di giustizia circa l'assenza di profili di incompatibilità con l'art. 49 della Carta: anche il giudice *a quo* evidenzia come si tratti di un ragionamento imperniato unicamente sull'interpretazione dell'art. 7 CEDU offerta dalla Corte di Strasburgo e come il riferimento, che la Corte di giustizia pretende risolutivo, alla sentenza *Coëme c. Belgio* non sia in realtà affatto pertinente. Si evidenzia, in particolare, come la sentenza in parola riguardasse un caso in cui la violazione dell'art. 7 era stata esclusa in quanto in termine di prescrizione oggetto di prolungamento non era ancora spirato al momento della modifica *in peius*. Diversamente, nel caso sottoposto alla Corte d'appello (così come in altri casi astrattamente pronosticabili), i reati ascritti agli imputati risultavano già estinti prima che la [sentenza Taricco](#) autorizzasse i giudici nazionali a disapplicare le previsioni sui termini massimi di estensione della prescrizione. Cosicché, laddove la Corte avrebbe dovuto dichiarare l'estinzione del reato, si assisterebbe a una sorta di singolare e inaccettabile riviviscenza dell'azione processuale<sup>36</sup>.

Ma l'argomento invero centrale nella critica a una supina recezione della [sentenza Taricco](#) riposa sull'identificazione dell'effettivo ambito di applicazione del principio di legalità. In questo passaggio emerge in modo prepotente il significato di una distinzione –quella tra norme sostanziali e processuali– che si ritiene di dover da subito dichiarare rilevante più per il senso di politica criminale che racchiude che per la sua vena formalistica. È infatti granitica la giurisprudenza, non solo costituzionale, che qualifica la prescrizione come istituto di diritto sostanziale e non meramente processuale. Così da evincerne la certa copertura che il principio di legalità offre anche per le norme che la disciplinano, che sarebbero altrimenti soggette al principio *tempus regit actum* al pari dell'intero settore processuale. La riserva di legge non è limitata, infatti, alle fattispecie

<sup>35</sup> [Cass. pen., sez. III, 17 settembre 2015](#). A commento della pronuncia del Supremo Collegio, cfr. 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*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 22 gennaio 2016.

<sup>36</sup> Se non a una vera e propria imprescrittibilità di fatto, come paventato da C. AMALFITANO, *op. cit.*, § 6. Si è infatti dibattuto sugli effetti dell'eventuale disapplicazione da parte del giudice nazionale delle norme che limitano a un quarto il prolungamento della prescrizione in ipotesi di interruzione. Varie, a tal riguardo, le opzioni prospettate, che vanno dalla sostanziale imprescrittibilità dei reati in questione all'applicazione del regime prescrizionale previsto per le corrispondenti fattispecie incriminatrici che attentano agli interessi finanziari dello Stato (per ipotesi, sempre C. AMALFITANO, *ivi*, individua l'art. 291-*quater* del D.P.R. n. 43/1973). La Corte di Cassazione, invece, nella sentenza di cui sono state da poco depositate le motivazioni, ha individuato la conseguenza della disapplicazione nel decorso *ex novo* del termine di prescrizione nella sua integrità. Vi è da chiedersi se una soluzione siffatta, a prescindere dalle implicazioni che riguardano l'applicazione retroattiva di una legge sfavorevole, non sacrifichi eccessivamente l'interesse costituzionalmente tutelato alla ragionevole durata del processo, di cui all'art. 111 Cost. e all'art. 6 della CEDU. In precedenza, si era argomentato anche riguardo a una possibile, ma più problematica riviviscenza della disciplina *ante* riforma ex Cirielli, ovvero in merito all'estensione, tramite l'applicazione dell'art. 157 c.p., della disciplina meno favorevole prevista per l'area di eccezione nella quale l'allungamento è fissato nella metà del termine prescrizionale. Cfr. in proposito anche S. MANACORDA, *La prescrizione sulle frodi gravi in materia di IVA*, cit., 6.

incriminatrici e alla definizione del trattamento sanzionatorio, ma si estende anche agli altri fattori che incidono in concreto sulla punibilità del reo, quali ad esempio l'istituto della prescrizione.

Così, ogni modifica *in malam partem* sulle disposizioni che regolano la prescrizione (come la non applicazione dei più favorevoli termini di prolungamento in caso di interruzione prevista dalla [sentenza Taricco](#)) sarebbe sottratta a un'applicazione retroattiva, potendosi unicamente impiegare per l'avvenire.

Dunque, è il contrasto tra l'art. 325 TFUE, così come interpretato dalla [sentenza Taricco](#), asseritamente estraneo a una violazione dell'art. 49 della Carta, e l'art. 25, c. 2, Cost., nella lettura estensiva data dalla Corte costituzionale italiana, a suggerire l'opponibilità dei controlimiti alla prevalenza del diritto dell'Unione.

Veniamo alle ombre. La Corte di Cassazione, con una [pronuncia](#) tutt'altro che convincente, si è invece affrettata a tacere ogni dubbio con una pronuncia che anche cronologicamente giunge a distanza di pochi giorni, praticamente a ridosso, della sentenza della Corte di giustizia. E che rappresenta, forse più della decisione della Corte di Lussemburgo, un'arma contundente, per almeno due ragioni. La prima è legata all'autorevolezza della fonte da cui la sentenza promana, ossia il massimo grado di giurisdizione dell'ordinamento. Non solo la Cassazione vincola verosimilmente i giudici comuni che dovranno fare applicazione del *diktat* della [sentenza Taricco](#), negando –peraltro, nella sua interpretazione– la sussistenza di profili di incostituzionalità che deriverebbero dall'attuazione di questa decisione. Ma la Corte compie anche una valutazione di fatto, presupposto indefettibile per raggiungere questa conclusione<sup>37</sup>: ossia quell'apprezzamento delle condizioni che giustificano, da parte del giudice nazionale, una disapplicazione delle disposizioni in tema di prescrizione. Ed è difficile congetturare che un giudice di merito potrà in futuro dissociarsi dalla valutazione del Supremo Collegio, nel breve termine: a meno che, ovviamente, la Consulta si pronunci nel senso della contrarietà della disapplicazione imposta da Lussemburgo con l'art. 25, c. 2, Cost.

La seconda ragione risiede nel merito: la Corte di cassazione, per prima, esplora il terreno e non oppone alcun ostacolo all'applicazione della [sentenza Taricco](#).

Larga parte del ragionamento della Cassazione è imperniato sul richiamo alla [sentenza n. 236/2011](#) della Consulta, che avrebbe riconosciuto l'assenza di una copertura costituzionale rispetto alla pretesa irretroattività di disposizioni modificative dei termini di prescrizione in senso sfavorevole.

L'impianto che la Cassazione pretende di derivare dalla pronuncia della Corte costituzionale è assai criticabile. La Cassazione, infatti, sembra voler richiamare la pronuncia in parola per indicare che la Costituzione non osterebbe all'applicazione retroattiva di norme che emendino in senso sfavorevole al reo i termini prescrizionali. Il ragionamento della Corte costituzionale nella [sentenza n. 236/2011](#) si muoveva tuttavia nelle maglie di un percorso del tutto peculiare e diverso: nella fattispecie, il Giudice delle leggi era stato chiamato a vagliare la legittimità costituzionale del regime transitorio introdotto dalla legge c.d. ex Cirielli, inteso a precludere l'applicazione

---

<sup>37</sup> Per comprendere questa affermazione sembra utile rinviare al commento di S. MANACORDA, *La prescrizione sulle frodi gravi in materia di IVA*, cit., 3 sulla scelta della Corte di rimettere al giudice nazionale la valutazione sulle condizioni che legittimano la disapplicazione: «Affidare al giudice del caso concreto siffatto compito valutativo tradisce la consapevolezza da parte del massimo organo giurisdizionale dell'Unione degli effetti dirompenti destinati ad emergere da una decisione che incide su un istituto di parte generale così delicato come quello della prescrizione. Se concepita in astratto, con riferimento all'integralità dei procedimenti pendenti dinanzi alle autorità giudiziarie italiane, tale indicazione sembra investire il singolo giudice di un potere-dovere di apprezzamento generalizzato circa gli effetti della normativa espliciti dall'interruzione, che esorbita dalla sua cognizione, tranne forse nel caso in cui a pronunciarsi sia la Cassazione investita da un numero cospicuo di ricorsi in casi simili». Invece, prosegue l'A., 3-4: «Se concepito in concreto, come indicazione per il singolo giudice in relazione alla fattispecie oggetto del proprio giudizio, il riferimento ad un numero considerevole di casi gravi restringe la disapplicazione all'ipotesi di un numero elevato di frodi IVA, il più delle volte strutturate come reati-fine di un'associazione».

retroattiva di norme di maggior favore in tema di prescrizione. Per rispondere a questo interrogativo, i giudici si erano concentrati sul fondamento costituzionale del principio di retroattività della *lex mitior*, a ben vedere differente rispetto a quello di irretroattività dello *ius superveniens* di sfavore. Derivandolo, oltre che –come confermato dalla giurisprudenza costituzionale- da alcune norme come l’art. 3, dall’interpretazione offerta dalla Corte europea dei diritti dell’uomo all’art. 7 CEDU, da considerarsi alla stregua di un parametro interposto ai sensi dell’art. 117, c. 1, Cost. La Consulta, in particolare, si riferiva alla lettura estensiva operata dalla Corte di Strasburgo nella [sentenza Scoppola c. Italia](#)<sup>38</sup>, che aveva condotto all’affermazione del principio di retroattività della *lex mitior*, sebbene la lettera della norma si esprima solo in merito all’irretroattività delle norme di sfavore. A questa interpretazione la Corte costituzionale si ricollegava per rilevare che il principio di retroattività della *lex mitior* così enunciato fosse comunque da concepirsi non in modo rigido come lo speculare principio di irretroattività, e così giustificarne –in consonanza a quanto già affermato dalla giurisprudenza costituzionale su un piano meramente interno- possibili deroghe, al ricorrere di circostanze giustificative.

Ebbene, la Corte costituzionale, in questo percorso argomentativo, finalizzato ad ammettere la possibilità –utilizzata dalla legge ex Cirielli- di non applicare necessariamente in maniera retroattiva le norme modificative della prescrizione che risultino favorevoli al reo, giunge a soffermarsi sull’ambito di applicazione del principio ricondotto all’art. 7 CEDU. E, *a contrario*, appoggiandosi alla sentenza *Coëme c. Belgio*, ne inferisce che –sia che si tratti di norme favorevoli che di norme sfavorevoli- tale principio non riguarderebbe le modifiche inerenti alla prescrizione, essendo piuttosto circoscritto alle disposizioni che descrivono fattispecie incriminatrici e ne individuano la pena. Conclusione che, rimarca la Consulta, la Corte di Strasburgo avrebbe raggiunto indipendentemente dalla qualificazione delle norme in tema di prescrizione come aventi natura sostanziale ovvero processuale<sup>39</sup>.

Una smentita dell’argomento utilizzato dalla Corte di Cassazione nell’aderire alla pronuncia dei giudici di Lussemburgo si può ricavare, nondimeno, da un precedente assai significativo, che aveva riguardato un caso avente ad oggetto analogo problema<sup>40</sup>. La vicenda interessava, segnatamente, la presunta illegittimità costituzionale proprio degli artt. 160, u.c., e 161, c. 2, c.p. come risultanti all’esito della legge ex Cirielli, per asserita violazione dell’art. 117, c. 1, Cost. per il tramite del parametro interposto dell’art. 6 della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali fatta a Parigi il 17 dicembre 1997.

La fattispecie era strutturalmente speculare alla questione prospettata nel [caso Taricco](#): si dibatteva se l’ordinamento italiano, prevenendo limiti massimi all’aumento del tempo necessario alla prescrizione, contravvenisse alla norma di fonte internazionale che esige un termine di decorso della prescrizione adeguato per le indagini e il perseguimento del reato. A questo proposito, la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, con provvedimento del 2 febbraio 2012, chiedeva

<sup>38</sup> [Corte eur. dei diritti dell’uomo, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, ric. 10249/03.](#)

<sup>39</sup> Lo stesso F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco*, cit., § 8, tra i meno critici rispetto alla pronuncia della Corte di giustizia, censura il ragionamento della Cassazione nella parte in cui importa le argomentazioni utilizzate dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 236/2011](#) per dedurne l’estraneità della prescrizione alla garanzia di cui all’art. 25, c. 2, Cost. Egli sostiene che la Cassazione avrebbe frainteso la logica utilizzata dalla Consulta in occasione di quella pronuncia, «la quale negò la 'copertura' convenzionale sotto l'ombrello dell'art. 7 CEDU della materia della prescrizione, allo specifico scopo di evitare la conseguenza - altrimenti inevitabile - della estensione anche a tale materia del principio di retroattività della legge penale più favorevole, che la Corte EDU aveva enunciato a chiare lettere nella sentenza Scoppola c. Italia del 2009. [...] La Corte costituzionale non aveva in quell'occasione, proprio alcuna necessità di azionare i controlimiti, dal momento che - stante l'estraneità della materia della prescrizione al *nullum crimen* convenzionale - le fonti sovranazionali pertinenti erano del tutto irrilevanti rispetto alla soluzione della questione allora sottoposta alla sua attenzione».

<sup>40</sup> Cfr. Procura della Repubblica di Milano, 2 febbraio 2012 (P.M. Dott. De Pasquale e Dott. Spadaro).

alla quarta sezione penale del tribunale ambrosiano, valutata la non manifesta infondatezza della questione, di investire la Corte costituzionale<sup>41</sup>.

La ricostruzione operata dal Pubblico Ministero, intesa a ottenere il medesimo risultato pratico ora imposto dalla [sentenza Taricco](#), assumeva che la prescrizione rivestisse natura meramente processuale, richiamandosi proprio alla [sentenza n. 236/2011](#) della Corte costituzionale e all'interpretazione -da questa avallata- dell'art. 7 della CEDU data dalla Corte europea nel caso *Coëme c. Belgio* come principio non applicabile alla prescrizione proprio in quanto istituto di natura processuale.

La Procura della Repubblica riteneva così che una declaratoria di incostituzionalità delle norme in discorso non avrebbe attinto il principio di legalità racchiuso nell'art. 25, c. 2, della Costituzione.

Questo ragionamento è stato però smentito dall'ordinanza del Tribunale di Milano che ha escluso l'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale ravvisandovi il difetto del requisito di rilevanza.

E, invero, l'ordinanza approdava a differente esito rispetto alle prospettazioni della Procura della Repubblica.

Da un lato, il Tribunale riconosceva l'assenza di un'esplicita copertura costituzionale o convenzionale alla base dell'applicabilità retroattiva della *lex mitior*. Dall'altro, però, rilevava che in una fattispecie come quella oggetto del procedimento, l'assenza di una siffatta copertura costituzionale non potesse escludere un *vulnus* rispetto ai principi consolidati nell'art. 25 della Costituzione e nell'art. 7 della CEDU.

Sotto questo profilo, la quarta sezione, considerando la *lex mitior* di "natura abrogatoria" (e non meramente "derogatoria"), sosteneva che la sua eventuale cancellazione per via costituzionale non avrebbe potuto far rivivere norme non più esistenti. Così, occorrerebbe valutare se la "nuova" norma derivante della declaratoria di incostituzionalità sia applicabile retroattivamente, a seconda che sia favorevole o meno al reo. Di qui, il Tribunale prendeva atto della non rilevanza della questione ai fini del procedimento in corso, rilevando che la *lex mitior*, ancorché dichiarata incostituzionale, avrebbe egualmente ragione di applicarsi, non potendosi fare ricorso alle disposizioni *in peius* derivanti da un'eventuale pronuncia della Corte costituzionale.

In secondo luogo, il Tribunale di Milano si soffermava -dopo aver negato la rilevanza della questione di legittimità costituzionale- sul tema della qualificazione dell'istituto della prescrizione, contrastando l'argomento della Procura della Repubblica e richiamando ampia e consolidata giurisprudenza costituzionale in senso contrario alla natura processuale. Tanto la [sentenza n. 236/2011](#) quanto la pronuncia della Corte europea si sarebbero limitate a un *obiter dictum*, senza affrontare compiutamente l'analisi dell'istituto.

Dunque, la tentazione che i giudici nazionali avevano respinto secondo una lettura rigorosa della giurisprudenza costituzionale, senza nemmeno dover ricorrere alla Consulta, rischia ora di tornare per il valico offerto al diritto dell'Unione, di fronte al quale le difese immunitarie non possono che essere affidate alla Corte costituzionale.

#### 4. Principio di legalità e ordinamento eurounitario.

Per apprezzare nella sua dirompenza l'intervento della Corte di giustizia con la [pronuncia Taricco](#) non è inutile ripercorrere brevemente i precedenti nei quali i giudici di Lussemburgo sono

<sup>41</sup> Trib. Milano, sez. IV, ord. 5 aprile 2012. V. anche il commento di D. TARANTINO, *Sull'ammissibilità di questioni di legittimità costituzionale relative alla disciplina della prescrizione*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 12 giugno 2012 e, *amplius*, M. SCOLETTA, *La "rilevanza" delle questioni di legittimità costituzionale in malam partem: il caso della prescrizione del reato*, in *Riv. trim. di Dir. Pen. Contemporaneo*, 2/2012, 117 ss.



stati chiamati a confrontarsi con vicende da cui sono scaturite torsioni del principio di legalità per effetto dell'applicazione del diritto comunitario.

Non può non essere richiamato, in primo luogo, il caso *Niselli*<sup>42</sup>, nel quale la Corte di giustizia aveva preso in carico la verifica della compatibilità della nozione di “rifiuto” (l’oggetto materiale del reato) introdotta per effetto di una riforma nell’ordinamento italiano con quella prevista da una direttiva comunitaria, verifica dal cui esito dipendeva la possibilità di perseguire o meno il reato contestato all’imputato<sup>43</sup>.

La Corte di giustizia ebbe a premurarsi di specificare che «una direttiva non può avere l'effetto, di per sé e indipendentemente da una norma giuridica di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o di aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni»<sup>44</sup>, così ribadendo un principio già affermato nella sentenza *Kolpinghuis Nijmegen*<sup>45</sup>. Tuttavia, secondo i giudici del Lussemburgo, poiché nel caso di specie era incontestato che i fatti attribuiti all’imputato costituissero reato «non vi [era] motivo di esaminare le conseguenze che potrebbero discendere dal principio della legalità delle pene per l'applicazione della direttiva 75/442»<sup>46</sup>. La Corte di giustizia ebbe a dichiarare l’incompatibilità con il diritto comunitario della norma più favorevole introdotta dal legislatore italiano, ritenendo la questione ammissibile ed escludendo qualsiasi frizione con il principio di legalità, «dato che i fatti sono stati commessi sotto la vigenza della norma incriminatrice originaria e quindi da questa puniti senza che sia la norma comunitaria contenuta in una direttiva a fondare direttamente la responsabilità dell’imputato»<sup>47</sup>. Il ragionamento sembrerebbe analogo a quello seguito dalla Corte di giustizia nella sua pronuncia più recente, che qui si commenta.

Ma è il caso *Berlusconi* che offre senz’altro gli spunti di maggiore interesse se letto in controluce rispetto alla [sentenza Taricco](#). La Corte di giustizia era stata interpellata a fronte della novella intervenuta nella disciplina del falso in bilancio, in seguito alla derubricazione da delitti a contravvenzioni dei reati di false comunicazioni sociali previsti dagli artt. 2621 e 2622 c.c. Infatti, all’esito di tale derubricazione, il termine di prescrizione si sarebbe ridotto da sette anni e mezzo a quattro anni e mezzo e, per l’effetto, i reati contestati nel procedimento principale si sarebbero prescritti. In particolare, tra le varie questioni sollevate, la Corte era stata richiesta di verificare se le nuove disposizioni fossero compatibili con il diritto comunitario (e segnatamente con l’art. 6 della prima direttiva sul diritto societario) in relazione all’adeguatezza delle sanzioni (più miti) introdotte in occasione della riforma.

Questo precedente permette di instaurare un interessante parallelismo con la [vicenda Taricco](#), giacché all’origine del rinvio alla Corte di giustizia si collocava un dubbio circa la conformità delle disposizioni incriminatrici nazionali rispetto al diritto comunitario – in quel caso a una direttiva –<sup>48</sup>, nella misura in cui era imposta l’adozione di sanzioni adeguate ed efficaci.

Al riguardo, la Corte affermava prima di tutto che «i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l’osservanza. A tal fine,

<sup>42</sup> Corte giust., 11 novembre 2004, causa C-457/02, *Niselli*.

<sup>43</sup> Nella fattispecie, non vi era dubbio che il fatto previsto dalla norma incriminatrice costituisse reato al momento della sua commissione. Tuttavia, l’intervento di una novella, con il d.l. 138/02, aveva modificato la nozione di rifiuto, rendendo penalmente rilevante la condotta dell’imputato nel giudizio principale. Il giudice dubitava tuttavia della compatibilità della nuova nozione di “rifiuto” con il diritto dell’Unione europea, e segnatamente con la direttiva 75/442/CE. Sicché, nell’ipotesi in cui la definizione introdotta nell’ordinamento italiano fosse stata ritenuta in contrasto con la direttiva comunitaria, il procedimento penale già incardinato non avrebbe potuto che proseguire.

<sup>44</sup> P.to 29.

<sup>45</sup> Corte giust., 8 ottobre 1987, causa C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*. V. anche Corte giust., 11 giugno 1987, causa C-14/86, *Pretore di Salò*; 26 settembre 1996, causa C-168/95, *Arcaro*.

<sup>46</sup> Corte giust., *Niselli*, p.to 30.

<sup>47</sup> C. SOTIS, *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007, 125.

<sup>48</sup> Ma l’attenzione della Corte si appuntava anche sull’art. 5 TUE, cfr. p.to 51.

quest'ultima s'ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito»<sup>49</sup>, così da concludere che «il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri»<sup>50</sup>.

Successivamente, però, i giudici di Lussemburgo operavano un *self-restraint* in punto di valutazione della conformità con il diritto comunitario, recuperando il proprio orientamento sull'inidoneità di una direttiva a determinare o aggravare la responsabilità di coloro che agiscono in sua violazione<sup>51</sup>. E, poiché far valere la norma contenuta nella prima direttiva sul diritto societario in modo da derivarne la incompatibilità degli artt. 2621 e 2622 c.c. avrebbe l'effetto di escludere l'applicazione del regime sanzionatorio più mite, la Corte concludeva che una direttiva<sup>52</sup> non può essere invocata dalle autorità di uno Stato membro come parametro da cui far discendere la responsabilità degli imputati in un procedimento penale<sup>53</sup>.

Nella [vicenda Taricco](#), invece, come si è visto, la Corte di giustizia, tramite un'astuta manipolazione del parametro di giudizio, ha ricavato da una norma di diritto primario, e segnatamente dall'art. 325 TFUE, l'obbligo per lo Stato membro di disapplicare le disposizioni interne con esso contrastanti, senza risparmiarsi il *vulnus* che siffatta scelta produce sul principio di legalità.

Come è stato acutamente rilevato, la sentenza *Berlusconi*<sup>54</sup> ha invece preso le distanze dal caso *Niselli*<sup>55</sup> e da altri precedenti «laddove essi riconoscevano che non c'è alcuna rottura della legalità penale se «all'epoca in cui sono stati commessi, i fatti che costituivano oggetto delle cause a quibus potevano essere puniti in base al diritto nazionale» e se la norma penale che li ha sottratti all'applicazione delle originarie sanzioni è entrata in vigore soltanto successivamente»<sup>56</sup>. Invece nella pronuncia della Corte di giustizia nel [caso Taricco](#) sembra evincersi un *revirement* proprio su questo punto: a nulla rileva secondo i giudici di Lussemburgo che, per effetto della disapplicazione delle norme codicistiche, il trattamento degli imputati risulti più sfavorevole rispetto al momento in cui il reato è stato commesso; la circostanza che gli imputati fossero consapevoli della rilevanza penale della loro condotta esclude, per la Corte, la violazione dell'art. 49 della Carta. Non coglie, la Corte, che una rottura della legalità penale è ben possibile, quantunque l'incisione delle garanzie riguardi soltanto le norme sulla prescrizione. La miopia della Corte di giustizia, su questo punto, sembra dovuta a un approccio eccessivamente fideistico rispetto all'interpretazione data dalla Corte europea sull'applicazione dell'art. 7 CEDU.

Non sembra improprio, infine, riannodare il racconto della [sentenza Taricco](#) con la [pronuncia Melloni](#)<sup>57</sup>, che pure concerne un ambito materiale assai diverso.

<sup>49</sup> P.to 67.

<sup>50</sup> P.to 68.

<sup>51</sup> Per un'analisi di dettaglio, cfr. V. MITSILEGAS, *Art. 49 – Principles of Legality and Proportionality*, in S. PEERS-T. HERVEY-J. KENNER-A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, spec. 1363 ss. Cfr. anche V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme*, cit., 18-19.

<sup>52</sup> Rispetto al caso di una decisione quadro, invece, cfr. Corte giust., 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*.

<sup>53</sup> Così A. PUGIOTTO, *Questione rifiuti e falso in bilancio: vite parallele?*, in [Diritto all'Ambiente](#), 29 gennaio 2007, § 6: «L'invito così rivolto al giudice interno, primo custode del primato del diritto comunitario, a scrutinare attentamente la discrezionalità del legislatore sotto il profilo dell'adeguatezza delle sanzioni introdotte dalla direttiva CEE 68/151 non può sfociare nella disapplicazione della norma penale di favore sopravvenuta: rimedio precluso - nell'ordinamento interno - dalla natura *non self executing* della direttiva ed ora escluso - comunitariamente - dal principio del *favor rei*».

<sup>54</sup> Corte giust., 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Silvio Berlusconi e altri*.

<sup>55</sup> Per un esame parallelo tra le pronunce *Niselli* e *Berlusconi*, si v. ancora C. SOTIS, *op. cit.*, 125 ss.

<sup>56</sup> Ancora A. PUGIOTTO, *op. cit.*

<sup>57</sup> La fisionomia dei due casi, infatti, al netto delle differenze che si rileveranno, è pressoché identica, come osserva F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione*, cit., § 7, una volta che la Corte di giustizia abbia accertato che un obbligo eurounitario è compatibile con i diritti fondamentali riconosciuti a livello europeo, gli Stati membri non

In [Melloni](#) la Corte del Lussemburgo ha ritenuto che il diritto dell'Unione europea (segnatamente la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo) impedisse alle autorità giudiziarie degli Stati membri di subordinare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo alla previsione, da parte dello Stato emittente, di un meccanismo di revisione di una sentenza di condanna pronunciata *in absentia*. Il *Tribunal Constitucional*, in quanto giudice del rinvio, si domandava se le autorità nazionali fossero autorizzate a derogare agli obblighi previsti dalla decisione quadro in nome della tutela del diritto fondamentale alla difesa.

Secca è stata, come noto, la risposta della Corte di giustizia: gli Stati membri non possono sottrarsi agli obblighi previsti dal diritto comunitario, peraltro giudicati compatibili con le disposizioni della Carta, in nome di un livello di tutela più elevato che l'ordinamento nazionale accorda a taluni diritti fondamentali.

Di questa vicenda è interessante segnalare soprattutto il seguito, con il *Tribunal Constitucional*<sup>58</sup> che ha evitato di opporre il diritto a un processo equo, sancito dall'art. 24 della Costituzione spagnola, in funzione di controlimite rispetto all'applicazione del mandato d'arresto europeo<sup>59</sup>. Preferendo, invece, rivisitare la propria consolidata giurisprudenza sull'ambito di tutela garantito a tale diritto e optando per una differenziazione a seconda della giurisdizione in cui lo stesso debba concretamente essere esercitato. Così pervenendo, di fatto, a un abbassamento del livello di protezione dei diritti fondamentali interessati, giudicato dalla Corte superiore a quello garantito dalla Carta.

Nel [caso Melloni](#)<sup>60</sup>, dunque, il giudice costituzionale spagnolo non è riuscito nell'intento di innalzare il livello di tutela interno dei diritti fondamentali, e in particolare il diritto alla difesa, scontrandosi con l'interpretazione della Corte di giustizia, preclusiva di ogni possibilità di deroga agli obblighi derivanti, nella fattispecie, da una decisione quadro. Viene da chiedersi se a fronte della sortita della Corte costituzionale, i giudici italiani potranno invece preservare il livello di tutela garantito al principio di legalità nell'ordinamento interno.

Da un punto di vista strutturale, si osservano comunque due importanti differenze: anzitutto, nel [caso Melloni](#) era in questione la compatibilità delle norme interne con disposizioni di diritto derivato, segnatamente di una decisione quadro; nella [sentenza Taricco](#), invece, l'obbligo di disapplicazione deriva da una norma di diritto primario, appunto l'art. 325 TFUE. In secondo luogo, si deve rilevare che nella [vicenda Melloni](#) era stato il *Tribunal Constitucional* a interfacciarsi direttamente con la Corte di giustizia, ricevendo per risposta una declaratoria di compatibilità della

---

potrebbero rifiutarsi di darvi esecuzione, quantunque esso contrasti con l'ordinamento costituzionale. Profeticamente, l'Autore immaginava che soltanto la Corte costituzionale avrebbe potuto ergersi a protagonista di un possibile scontro con la Corte di giustizia: "detto-fatto", la Consulta è stata investita di una questione di legittimità costituzionale nella quale avrà la possibilità di attivare i controlimiti e consumare l'ultimo capitolo dello scontro con la Corte di giustizia.

<sup>58</sup> [Tribunal Constitucional de España, 13 febbraio 2014, ric. 6922/2008](#).

<sup>59</sup> Su tutti si segnala il commento di F. VIGANÒ, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e 'controlimiti': la Corte costituzionale spagnola adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 9 marzo 2014.

<sup>60</sup> Per i commenti più significativi, cfr. A. RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema"*, in [Diritti Comparati](#), 2 aprile 2013; M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in [Rivista AIC, Osservatorio costituzionale](#), ottobre 2013; G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di giustizia e il "caso Melloni". Un commento a margine della sentenza Melloni della Corte di Giustizia*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 3 giugno 2013; A. RUGGERI, *"Dialogo" tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia penale e processuale)*, in [Diritti Fondamentali](#), 11 novembre 2013; S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale à la carte*, in *Riv. trim. di Dir. Pen. Contemporaneo*, 3/2013, 242 ss.; R. CONTI, *Il caso Melloni: Corte Giust. Unione Europea 26 febbraio 2013 (Grande Sezione) C-399/11. Un'occasione da non perdere per alimentare il dialogo fra Giudici*, in *Cultura e diritti*, 2/2013, 109 ss.

decisione quadro con la Carta, che avrebbe dovuto dissuadere lo Stato membro interessato dall'opporre i controlimiti, nella forma di una maggior tutela garantita all'art. 24 della Costituzione spagnola; in [Taricco](#), invece, è un giudice comune ad aver attivato il rinvio pregiudiziale, circostanza da cui discende un più ampio margine di azione per la Corte costituzionale, che non a caso è stata interpellata nell'immediatezza del deposito della sentenza.

5. *“Se non ora, quando?”. Conclusioni (gioco forza) prospettiche, confidando nei controlimiti*<sup>61</sup>.

La questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'appello di Milano appare dirimente per sciogliere il nodo al centro della [vicenda Taricco](#) e restituire indicazioni chiare sul rapporto tra principio di legalità e tutela degli interessi finanziari dell'Unione.

In una vicenda in cui ci si sarebbe attesi il definitivo abbandono di una prospettiva mercantilistica che per lungo tempo ha caratterizzato la costruzione comunitaria e la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia, lo scontro tra la tutela degli interessi finanziari e il principio di legalità presta il fianco per meditare sull'effettiva assimilazione di una parte importante del patrimonio costituzionale. E l'occasione si offre, vale la pena di segnalarlo, a prescindere dalla mera qualificazione delle disposizioni in tema di prescrizione alla stregua di norme processuali ovvero sostanziali.

Occorre però interrogarsi, ora, su quali esiti potranno promanare dalla decisione della Consulta che avrà a pronunciarsi sul merito della questione di legittimità costituzionale.

Da un lato, qualora la Corte costituzionale intendesse aderire all'assunto per cui le norme in materia di prescrizione attingono il principio di legalità, avendo natura sostanziale o producendo effetti che incidono sulla punibilità del reo, potrebbe azionare il meccanismo dei controlimiti per contrastare l'esecuzione della [sentenza Taricco](#) da parte dei giudici comuni e impedire una

---

<sup>61</sup> Su questo sfondo garantistico, un moto di senso opposto nel rapporto tra Corte costituzionale e corti sovranazionali sembra potersi cogliere nella vicenda *Varvara*, laddove si sono susseguite una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza del 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, ric. n. 17475/09) e una, più recente, della Corte costituzionale ([n. 49/2015](#)), aventi a oggetto la cosiddetta “confisca urbanistica” prevista dall'art. 44, c. 2, D.P.R. 380/2001 in relazione al reato di lottizzazione abusiva. Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di cassazione, tale misura, in quanto sanzione di natura amministrativa, avrebbe ragione di applicarsi anche in ipotesi di estinzione del reato di lottizzazione abusiva per prescrizione, una situazione che taluni hanno definito, per la sua anomalia, una “pena senza condanna”. Questa prassi, invalsa come diritto vivente nella giurisprudenza domestica, è stata dichiarata contraria all'art. 7 CEDU dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Si è così formata la convinzione che un'applicazione della confisca in ipotesi di prescrizione del reato presupposto della misura fosse illegittima. La questione è giunta più di recente all'attenzione della Consulta, che ha restituito, con la [sentenza n. 49/2015](#), una pronuncia di inammissibilità che presenta nondimeno notevoli spunti di interesse sul rapporto tra la giurisprudenza della Corte europea e il ruolo dei giudici comuni, ponendo le basi per una differenziazione dell'intensità del vincolo interpretativo che la pronuncia della Corte di Strasburgo può produrre. L'elemento che però emerge in modo abbastanza chiaro nella sentenza della Corte costituzionale è l'esistenza di una differente visione del rapporto tra i vari diritti fondamentali attinti dalla fattispecie (diritto di proprietà, principio di legalità su tutti). Per alcuni commenti, *ex multis*, cfr. A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2 aprile 2015; F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, *ivi*, 30 marzo 2015; M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, *ivi*, 30 marzo 2015; V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, *ivi*, 13 aprile 2015; G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e ‘disobbedienza funzionale’*, *ivi*, 28 aprile 2015; V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in [Rivista AIC](#), Osservatorio costituzionale, maggio 2015; D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 30 aprile 2015.



disapplicazione che riuscirebbe verosimilmente disinvolta e diffusa degli artt. 160, u.c., c.p. e 161, c. 2, c.p., con esiti poco nobili per un sistema di ispirazione garantista.

Dall'altro lato, laddove la Corte non aderisse a questa ricostruzione, si assisterebbe a un clamoroso *revirement*, favorito forse da una lettura precipitosa –in cui sembra essere incorsa la Cassazione– del precedente dato con [sentenza n. 236/2011](#): ne discenderebbe, infatti, la prevalenza dell'art. 325 TFUE a imporre la disapplicazione delle disposizioni interne e una conseguente, allarmante regressione delle garanzie in materia penale che sarebbe fondata sull'estraneità al principio di legalità di cui all'art. 25, c. 2, Cost. delle disposizioni in tema di prescrizione, laddove la giurisprudenza costituzionale ha fatto proprio un anatema di segno contrario negli ultimi decenni<sup>62</sup>. Se non ora, dunque, quando? È difficile immaginare un momento più opportuno per rivendicare lo spazio che i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale continuano a occupare.

Lo scenario resterebbe aperto, in ogni caso, per quanto attiene gli imputati che fossero condannati per effetto della pronuncia più recente della Cassazione, dove la sentenza gravata ha formato oggetto di annullamento con rinvio, o comunque in altri casi conclusi con la pronuncia di una sentenza definitiva resa possibile dalla disapplicazione del termine di estensione della prescrizione.

Occorre domandarsi cosa accadrebbe nel caso in cui, in esito a sentenze divenute irretrattabili e pronunciate sulla base della disapplicazione imposta dalla [sentenza Taricco](#), la Corte costituzionale dichiarasse di dover opporre i controllimiti per giustificare la “disobbedienza” dei giudici comuni al *diktat* del Lussemburgo. La strada sembrerebbe segnata, in un intreccio che rievoca per diversi aspetti quanto accaduto nel [caso Scoppola](#), per il ricorso alla Corte di Strasburgo<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Vi sarebbe forse un *tertium* nelle opzioni a disposizione della Consulta, variante in realtà della prima: limitandosi a un ragionamento in rito, la Corte potrebbe dichiarare carente il requisito della rilevanza, dando per assodato che, a voler ritenere le norme sulla prescrizione aderenti al nucleo del principio di legalità, anche una loro eventuale modifica, conseguente sia ad appurata incostituzionalità rispetto al parametro interposto del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, sia alla ritenuta esigenza di disapplicazione a fronte della prevalenza della fonte comunitaria, non potrebbe egualmente trovare applicazione nella fattispecie, stante il principio della irretroattività delle norme di sfavore. E così tacere la questione sul nascere, secondo un ragionamento non dissimile (ma riguardante una fattispecie differente) da quello seguito nell'ordinanza del Tribunale di Milano dell'aprile 2012. Inoltre (e non a caso), evidenzia F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione*, cit., § 6: «le questioni di legittimità costituzionale miranti a un *allungamento* dei termini di prescrizione sono state sinora sempre giudicate inammissibili proprio perché il loro eventuale accoglimento avrebbe comportato un aggravamento della responsabilità penale dell'imputato e – dunque – un'ingerenza della Corte costituzionale in un dominio esclusivamente al *legislatore* in forza, appunto, dell'art. 25, co. 2 Cost.». Timori rispetto all'affermazione di una soluzione processuale dell'incidente di legittimità costituzionale che pende innanzi alla Consulta sono espressi anche da G. TARLI BARBIERI, *op. cit.*

<sup>63</sup> In caso di accoglimento del ricorso da parte della Corte europea, sarebbe verosimile attendersi una revisione del giudicato secondo quanto stabilito dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 113/2011](#), nel caso *Dorigo*, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. proprio nella parte in cui non ammetteva tra i casi di revisione l'ipotesi in cui ciò fosse necessario, ai sensi dell'art. 46 CEDU, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo. Nella fattispecie, la [sentenza della Commissione europea dei diritti umani del 9 settembre 1998, Dorigo c. Italia, ric. 33286/96](#) aveva accertato la violazione del diritto al giusto processo in danno del sig. Dorigo, condannato sulla base di dichiarazioni rilasciate nella fase delle indagini preliminari di co-imputati poi sottrattisi all'esame nel corso del dibattimento. Più diffusamente, sul tema, si vv. i commenti di G. CANZIO, *Giudicato “europeo” e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*, R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne* e A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani...ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti, confluiti nella Tavola rotonda Gli effetti dei giudicati “europei” sul giudicato italiano dopo la sentenza n. 113/2011 della Corte costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2/2011, 28 giugno 2011; cfr. anche S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 19 maggio 2011; E. MALFATTI, *Quando perseverare non è diabolico. Dalla vicenda Dorigo un fondamentale stimolo alla possibile “revisione” del giudicato interno*, in [Rivista AIC](#), 4/2011, 18 dicembre 2011; A. GUAZZAROTTI, *Il caso Dorigo: una piccola rivoluzione nei rapporti tra CEDU e*



Ma qui, di fronte al giudice supremo dei diritti fondamentali, interverrebbero due fattori.

Da un lato, una pregressa valutazione, condotta dalla Corte di giustizia nel *reasoning* della [sentenza Taricco](#), in ordine all'assenza di un contrasto con l'art. 49 della Carta rispetto alla pretesa disapplicazione dei termini di prescrizione in nome dell'art. 325 TFUE. Un ragionamento che potrebbe forse influenzare la posizione della Corte di Strasburgo.

Dall'altro lato, la giurisprudenza della Corte europea in materia, limitata invero alla già ricordata pronuncia *Coëme c. Belgio*, nella quale tuttavia i giudici si erano espressi molto chiaramente nel senso della natura processuale dell'istituto della prescrizione, che in quanto tale sarebbe estraneo all'ambito di applicazione dell'art. 7 della CEDU.

Di fronte a questi pregressi apprezzamenti, quale forza potrebbe avere anche l'eventuale statuizione della Corte costituzionale che opponesse i controllimiti? La Consulta rischierebbe di rimanere isolata nella dinamica dialogica tra le corti europee, per il suo arroccamento a presidio garantistico del principio di legalità. Ovviamente, lo scenario riuscirebbe oltremodo complicato laddove la Corte costituzionale si rifiutasse di azionare i controllimiti e i soggetti condannati (ben più agevolmente, a quel punto) all'esito della disapplicazione dei termini di prolungamento massimo della prescrizione ritenessero di adire la Corte di Strasburgo.

Quale àncora di salvataggio da una triangolazione che potrebbe risultare letale per il principio di legalità come modellato e consolidato da una granitica giurisprudenza costituzionale?

Il rimedio potrebbe essere costituito dalla concretezza che caratterizza la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, incline non solo a valorizzare gli elementi della fattispecie concreta nella loro singolare irripetibilità ma anche a considerare con peculiare attenzione il contesto normativo di riferimento. È la metodologia di Strasburgo che, forse, potrebbe salvare da un triste regresso delle garanzie penali coloro che fossero stati condannati per effetto di una sentenza, la [Taricco](#), che sacrifica in modo inaccettabile sull'altare degli interessi finanziari dell'Unione una parte indiscussa del patrimonio costituzionale domestico. Del resto, la stessa pronuncia più volte richiamata, tanto dalla Corte di giustizia quanto (in modo del tutto improprio) dalla Cassazione, *Coëme c. Belgio*, non soltanto costituisce pressoché un *unicum* in materia ma si riferisce a una fattispecie connotata da tratti peculiari, come già si è rimarcato.

Nulla vieta che la Corte europea, considerando la forza acquisita dal divieto di applicare retroattivamente *in peius* anche le disposizioni sulla prescrizione nell'*humus* costituzionale domestico, rivisiti il proprio precedente e addivenga a un diverso approccio, anche in considerazione delle differenze concrete.

In definitiva, l'auspicio da formulare per l'esito della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'appello di Milano non può che essere l'attivazione dell'art. 25, c. 2, Cost. quale controlimite<sup>64</sup>.

Forse l'opzione in grado di sciogliere il nodo creato dalla pronuncia della Corte di giustizia è quella che recupera l'essenza delle scelte di politica criminale sottese all'ordinamento domestico. A ben vedere, infatti, la qualificazione (tutt'altro che controversa, in Italia) delle disposizioni che regolano la durata della prescrizione in senso sostanziale ovvero processuale si rivela solo

---

ordinamento interno?, in *Quest. giustizia*, 1/2007, 149 ss; A. FILIPPINI, *Il caso Dorigo. La CEDU e la Corte costituzionale: l'effettività della tutela dei diritti dopo le sentenze 348 e 349 del 2007*, in [Costituzionalismo.it](#), 2/2008.

<sup>64</sup> Appare condivisibile l'auspicio di un moto di "patriottismo costituzionale" o comunque di una reazione, affidata alla Corte costituzionale, che rivendichi lo spazio che compete all'ordinamento interno e solleciti un atteggiamento più "dialogante" da parte della Corte di giustizia su temi che rischiano di esulare dalle sue competenze. Emblematico è il richiamo di A. CIAMPI, *La sentenza Taricco tra diritto penale e diritto dell'UE*, cit., al *Mangold-Urteil* del *Bundesverfassungsgericht*, ossia la pronuncia con cui, all'esito della decisione del 22 settembre 2005, C-144/04, nel caso *Mangold*, che aveva imposto ai giudici nazionali la disapplicazione di una norma in materia di pubblico impiego, il Tribunale costituzionale federale tedesco reagì con una rinnovata elaborazione del sindacato sugli atti *ultra vires*. Cfr. sul punto P. FARAGUNA, *Germania: il Mangold-Urteil del BverfG. Controllo ultra-vires sì, ma da maneggiare europarechtsfreundlich*, in *Quad. cost.*, 4/2010, 863 ss.

all'apparenza dirimente, essendo invece decisiva una proprietà tipica di queste norme, ossia la capacità di incidere sulle vicende della punibilità del reato.

Assumendo questa prospettiva, risulta evidente come le norme in materia di prescrizione attengano all'*an* della punibilità, laddove le fattispecie incriminatrici ne descrivono il *quantum*. Se dunque le norme sostanziali non possono mai conoscere, in conformità all'art. 25, c. 2, Cost., un'applicazione retroattiva –laddove questa si risolvesse nell'attribuzione di rilevanza penale a condotte che ne erano sguarnite al momento della loro consumazione ovvero nell'aggravamento del trattamento sanzionatorio riferito a una data fattispecie- analogo principio dovrebbe estendersi alle disposizioni che modifichino *in peius* il regime della prescrizione. Così, se si argomentasse diversamente e si consentisse un'applicazione retroattiva di norme di sfavore in tema di prescrizione – in ragione solamente della loro presunta ma indimostrata veste “processuale”<sup>65</sup> e non “sostanziale” – si smentirebbe proprio la *ratio* espressa dalle scelte di politica criminale che, quasi in un gioco di specchi riflessi, si rifrangono tra le disposizioni codicistiche, e in specie l'art. 2 c.p., e la Costituzione, segnatamente nell'art. 25.

Con questo argomento, non si intende ovviamente avvalorare l'idea di una supremazia delle disposizioni di rango legislativo su quelle di livello costituzionale, ma semmai evidenziare come il contenuto del principio di legalità, fermo quanto previsto dalla Costituzione, acquisisca più nitida fisionomia e si arricchisca alla luce delle disposizioni che traducono in modo più netto (di quanto non faccia l'art. 25) le opzioni di sistema e i principi cui l'ordinamento penale è informato. Il che permette di superare l'ostacolo rappresentato dalla (in larga parte) sterile dicotomia tra norme sostanziali e processuali che ha distolto l'attenzione della ricerca del senso di presidio garantistico racchiuso nelle regole sulla prescrizione, avvalorando letture formalistiche come quella offerta da ultimo dalla Cassazione.

Il terreno appare dunque fertile affinché la Corte costituzionale possa opporre l'esistenza dei controlimiti all'applicazione della sentenza [Taricco](#); e, agendo in controposita rispetto a ogni deriva contraria, rivendicare il proprio *last say* in una fase in cui il rischio di marginalizzazione e isolamento parrebbe alto<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> È pur vero che nella maggior parte degli ordinamenti degli Stati membri l'istituto della prescrizione riveste natura processuale. Appare tuttavia improbabile che possa, rispetto a questo fattore di influenza esterna, predicarsi una vera e propria operazione di osmosi per via giurisprudenziale, per diversi di motivi: in primo luogo, non sembra che possa dirsi formata una tradizione costituzionale comune specificamente codificata in tal senso che peraltro, a ben vedere, sarebbe una tradizionale “in negativo”, in quanto fondata sull'esclusione delle disposizioni in tema di prescrizione dell'ambito del principio di legalità (può essere utile richiamare il contributo di O. POLLICINO, *Dalla sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero dal mancato avverarsi di una (cronaca di) morte annunciata*, in *questo Volume*, in particolare ove l'A. si sofferma sull'esigenza di un lasso temporale e di condizioni univoche per ritenere consolidata una determinata tradizione costituzionale) in forza di una concezione eminentemente processualistica dell'istituto; e che proprio perché –in ipotesi- si tratterebbe di un principio “in negativo”, dalla sua importazione non può che derivare una *deminutio* in termini di tutela, che comporterebbe l'esigenza di ricorrere alla categoria dei controlimiti (una tradizione costituzionale comune si è senz'altro formata, invece, come esplicitamente ammesso dalla Corte di giustizia nel caso *Berlusconi* circa l'applicazione retroattiva della *lex mitior*). D'altro canto, se si volesse ragionare secondo lo schema della [sentenza Melloni](#), non pare che la tutela del principio di legalità secondo un'intensità maggiore del livello previsto dalle disposizioni della Carta possa compromettere l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione o la sua unitarietà, anche in ragione della peculiare vicenda al centro del caso [Taricco](#), che si appunta su una specifica problematica dell'ordinamento italiano.

<sup>66</sup> Sia consentito menzionare, ad avvalorare questa posizione, un passaggio tutt'altro che irrilevante della sentenza *Varvara*, in cui la Corte costituzionale ha precisato che: «il più delle volte, l'auspicabile convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali verso approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, offrirà una soluzione del caso concreto capace di conciliare i principi desumibili da entrambe queste fonti. Ma, nelle ipotesi estreme in cui tale via appaia sbarrata, è fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana».

La frizione con il patrimonio costituzionale, insomma, appare troppo grave, in questo frangente, per poter tollerare un'obbedienza incondizionata al *diktat* della Corte di giustizia<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> Rileva ancora V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme*, cit., 31, che il rispetto del patrimonio costituzionale interno «rappresenta il fondamentale presupposto di esperibilità dell'integrazione per via ermeneutica, quale che essa sia, e dunque il margine di tollerabilità dell'apertura dell'ordinamento domestico all'ordinamento sovranazionale» e richiama, a questo proposito, l'opinione di M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 8 agosto 2007, 10-11, secondo cui «il parametro di accettazione dell'esito ermeneutico conforme» andrebbe individuato non solo nei principi fondamentali della Costituzione che si ergono a controlimiti ma in tutte le norme costituzionali, con conseguente detrimento del primato del diritto dell'Unione europea rispetto a queste ultime (che, a differenza dei principi costituzionali, sono normalmente derogabili).