

Spunti di riflessione della Camera Penale di Siena e Montepulciano.

a cura dell'Avv. Riccardo Dainelli

L'ORDINANZA N° 24/27 EMESSA DALLA CORTE COSTITUZIONALE. LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE, GRANDE SEZIONE, 8 SETTEMBRE 2015 (NELLA CAUSA C-105/14 TARICCO) ALLA PROVA DEI "CONTROLIMITI". LA RIAFFERMAZIONE DEI VALORI E PRINCIPI FONDAMENTALI DELL'ORDINAMENTO PENALE INTERNO. LA STRADA DI UN (DIFFICILE) DIALOGO TRA CORTI. LA "MISSION IMPOSSIBLE" DELL'ARMONIZZAZIONE TRA MASSIMI SISTEMI NON COMUNICANTI.

Come è noto, in data 8 settembre 2015 la Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, ha emesso – in relazione alla domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Cuneo, nel procedimento penale a carico di Taricco ed altri, per il reato di associazione a delinquere finalizzata all'evasione dell'imposta sul valore aggiunto (artt. 416 c.p., 2 e 8 del D.lgs n° 74/00 – c.d. "frodi carosello" – commesse nel corso degli esercizi fiscali dal 2005 al 2009) - sentenza con la quale ha così statuito: *"1) Una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dal combinato disposto dell'articolo 160, ultimo comma, del codice penale, come modificato dalla legge 5 dicembre 2005 n. 251, e dell'articolo 161 di tale codice – normativa che prevedeva, all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale, che l'atto interruttivo verificatosi nell'ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di imposta sul valore aggiunto comportasse il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale – è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o, in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare. Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE".*

La sentenza Taricco ha suscitato, fin da subito, forti prese di posizione ed un vivace dibattito, sia in dottrina ed in giurisprudenza.

Alcuni commentatori si sono interrogati sull'obbligatorietà (nonché sui limiti e sulle modalità) del recepimento del *decisum* della Taricco da parte del Giudice nazionale e sulla legittimità della disapplicazione dei termini di prescrizioni massimi di cui agli artt. 160 e 161 c.p. imposta dalla Corte di Giustizia in relazione alle c.d. "frodi gravi" IVA, per la ritenuta e sostanziale impunità che avrebbe determinato in un "numero considerevole di casi" l'applicazione dell'istituto della prescrizione (ritenuta, dal nostro ordinamento e dalla Corte Costituzionale, parte del diritto penale sostanziale; considerata, invece, un meccanismo ed un istituto di natura procedurale da parte della Corte di Giustizia, che non può essere coperto dal principio di legalità e dalla riserva di legge in materia penale, perché l'imputato non ha alcun diritto alla immunità per fatti che sapeva essere reato al momento in cui ha deciso di porli in essere, essendo sufficiente che la norma e la pena siano correttamente e sufficientemente descritte ai fini del rispetto dei suoi diritti fondamentali).

Alcuni autori hanno evidenziato la carenza di determinatezza dei parametri enucleati dalla sentenza Taricco per procedere alla disapplicazione dei termini massimi di prescrizione, ritenendo vulnerati i principi di determinatezza e tassatività che devono delineare le norme di diritto penale sostanziale, prospettando dubbi di legittimità costituzionale, per la violazione del principio di legalità e della riserva di legge in materia penale, ex art. 25 2° co. Cost.

Altri studiosi hanno posto in risalto l'immediato (ed evidente, ad onor del vero) contrasto tra la concezione della prescrizione fatta propria dalla Corte di Giustizia, ritenuta di natura processuale, e quella del nostro ordinamento penale interno, che la considera parte del diritto penale sostanziale, censurando, dunque, l'illegittimità costituzionale della operazione di disapplicazione di matrice comunitaria, che avrebbe portato a condannare imputati per fatti di reato che, al momento in cui sono stati commessi, erano puniti con termini di prescrizione più brevi (rispetto a quelli più lunghi, successivamente introdotti e che non erano percepibili dagli imputati) e che, comunque, non erano più punibili secondo la legge nazionale che ne prevedeva l'estinzione, andando così ad aggravare la posizione degli imputati *in peius* e *contra reum* con un'inammissibile operazione retroattiva in *malam partem*.

Non stupisce, dunque, che, dopo una iniziale (ed immediata) pronuncia di *adeguamento* della Suprema Corte, siano state proposte e siano state sollevate questioni di legittimità costituzionale contro l'art. 2 della legge 2 agosto 2008 n. 130 (Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona), nella parte in cui autorizza alla ratifica e rende esecutivo l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

Cioè la *pietra dello scandalo*, che ha dato origine a così tanti stravolgimenti e dubbi interpretativi, facendo sorgere interrogativi di non facile soluzione nel giudice del rinvio (chiamato a tenerne conto e allo stesso tempo a verificare se ed in quali limiti disapplicare), che dovrà operare difficili valutazioni discrezionali pericolosamente vicine all'arbitrio per l'assenza di parametri chiari e precisi della (imposta) disapplicazione della normativa interna ed assicurare, al contempo, il rispetto dei diritti fondamentali della persona e dei principi inviolabili del nostro ordinamento penale costituzionale, in una missione che si preannuncia *impossible*.

Le questioni di legittimità costituzionale sollevate con ordinanza dalla Corte di Cassazione, III Sezione Penale, e della Corte d'Appello di Milano sono state riunite e decise dalla Corte Costituzionale, con l'ordinanza n° **24/27**, depositata in data **26.01.2017**.

La Corte Costituzionale non ha (in modo saggio e lungimirante) deciso di applicare i '*controlimiti*', impedendo la disapplicazione dei termini massimi di prescrizione di cui agli artt. 160 e 161 c.p., come pure avrebbe potuto fare, evitando così un conflitto tra Corti dall'esito incerto, ma che sicuramente avrebbe contribuito a minare il rispetto e la leale collaborazione tra le istituzioni ed allo stesso tempo avrebbe contribuito ad allontanare, ancora di più, il nostro ordinamento penale interno da quello unitario, fino ad un punto di non ritorno (dissolvendo, in un solo colpo, la minima matrice unitaria tra i sistemi penali dell'Unione, frutto di un lungo e lento processo di armonizzazione che, lungi dal portare ad una assimilazione culturale dei modelli – peraltro impossibile, e non auspicabile, vista la necessità di mantenere le loro rispettive identità e le fisiologiche differenze che li contraddistinguono – aveva contribuito, almeno, ad un avvicinamento dei diversi ordinamenti penali degli Stati membri dell'Unione, con la nascita del consenso e la condivisione di principi fondamentali e valori 'minimi' e con l'individuazione di un terreno comune di garanzie difensive irrinunciabili per tutti gli imputati, al punto da essere indisponibili ed inderogabili).

La Corte ha, invece, optato per una strada diversa, assai più costruttiva: quella del dialogo con il proprio interlocutore, nel tentativo di cercare di superare le divergenze tra l'interpretazione data dalla Taricco all'art. 325 del TFUE ed i propri valori e principi costituzionali fondamentali.

La Consulta ha, dunque, rimandato la *palla* alla Corte di Giustizia, dimostrando rispetto per il suo interlocutore (senza applicare *tout court* i 'controlimiti' oppure, ancor peggio, fornire una propria interpretazione 'autentica' dell'art. 325 del TFUE conforme ai principi e valori fondamentali dell'ordinamento penale interno, con un'operazione che sarebbe stata, questa sì, da un lato inammissibile perché avrebbe comportato uno sconfinamento nel campo di competenza esclusiva della Corte di Giustizia, dall'altro logicamente impossibile da attuare e da motivare, visto il frontale contrasto che esiste tra la concezione interna ed europea della prescrizione e la differente accezione e declinazione del principio di legalità e della riserva di legge in materia penale).

La Corte lo ha fatto evidenziando i profili di illegittimità e di contrasto dell'art. 325 TFUE, per come interpretato dalla Taricco, con i valori e principi fondamentali del nostro ordinamento penale costituzionale, chiamando la Corte di Giustizia ad una valutazione che tenga conto delle criticità esposte e consenta di fornire un'interpretazione conforme del diritto dell'Unione (in modo da superare così la crisi).

Il messaggio lanciato dalla Consulta è chiaro.

Dice alla Corte di Giustizia che quanto sta sostenendo ed impone al giudice nazionale di applicare (con parametri, peraltro, privi di sufficiente precisione e determinatezza) non va assolutamente bene.

La informa che l'interpretazione di una norma unitaria che sta fornendo impatta e contrasta con quanto esiste di più sacro ed intangibile nel nostro ordinamento penale costituzionale.

Valori che, per inciso, la Consulta riafferma e che non sono abdicabili e rinunciabili; insomma capisaldi del nostro sistema come il principio di tassatività e determinatezza delle norme penali sostanziali, il principio di legalità e la riserva di legge in materia penale, la irretroattività della legge più sfavorevole, la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione (**ed anche, verrebbe da aggiungere, la ragionevole durata del processo e la sua stessa equità, presidiata dall'art. 111 Cost., sui quali la sentenza Taricco "impatta" eccome, perché ci porterebbe, se il meccanismo di disapplicazione dei termini massimi di prescrizione di cui agli artt. 160 e 161 c.p. imposto dalla Corte di Giustizia venisse acriticamente ed automaticamente applicato, a celebrare processi di durata notevolmente superiore ai termini massimi**

di prescrizione – e, sicuramente, la loro durata sarebbe ancora più ‘irragionevole’ di quella odierna, già di per sé abbastanza insopportabile anche dal punto di vista economico, per le condanne che l’Italia riceve a livello eurounitario per la violazione di tale principio, ed inaccettabile per il suo costo sociale – ed a irrogare condanne per reati già estinti applicando agli imputati pene che oramai sarebbero percepite per chi le subisce come ingiuste, private di qualsiasi funzione rieducativa ex art. 27, III° co. Cost.).

La Corte Costituzionale dice, quindi, con chiarezza che la operazione ‘demolitoria’ *eurounitaria* non potrà mai portarla a rinunciare a questi valori, che sono la nostra identità nazionale.

Il tessuto delle garanzie difensive minime, che ogni cittadino del mio Stato si vede riconoscere e che devono essere salvaguardate.

La conclusione della Consulta si risolve, dunque, in un invito alla Corte di Giustizia a chiarire la tua posizione, rendendola compatibile con il rispetto dei valori che contrassegnano la identità del sistema penale costituzionale interno.

Il *suggerimento* è il tentativo di aprire un dialogo tra sistemi non comunicanti, dall’impostazione radicalmente diversa.

E’ un invito a collaborare per assicurare un’interpretazione del diritto unitario rispettosa dei valori e dei principi fondamentali degli ordinamenti penali degli Stati membri, senza travolgerli e dissacrarli.

Come tale esso è anche (e non potrebbe essere altrimenti) un, velato, monito: la Corte di Giustizia tenga conto, nel risolvere la questione pregiudiziale sollevata, delle problematiche segnalate e si adoperi ad armonizzare e cementare le asperità, in modo effettivo e concreto, coerentemente ai valori e principi fondamentali del nostro ordinamento.

Altrimenti, la Consulta sarà libera (in caso di rigetto della triplice questione pregiudiziale sollevata dalla Corte di Giustizia, con argomentazioni apodittiche o comunque ripropositive della sua impostazione conflittuale con l’ordinamento penale costituzionale interno) di applicare, finalmente, i ‘controlimiti’, come scelta obbligata.

La decisione adottata dalla Corte Costituzionale non può, dunque, che essere letta ed interpretata in modo favorevole, in una prospettiva futura (sia nel breve che nel lungo periodo).

Infatti, in un'epoca, come quella attuale, nella quale si assiste continuamente ad una contrazione delle garanzie difensive (spesso e volentieri *in peius*, per l'indagato e/o l'imputato) e ad un indebolimento costante delle 'guarentigie' con il sacrificio di principi e valori fondamentali del nostro ordinamento penale sull'altare di presunte esigenze efficientiste di accertamento e repressione dei reati anche con il ricorso a metodi investigativi di dubbia legittimità costituzionale ma salvati dalla Corte di Cassazione (v., ad esempio, il caso legato al c.d. virus "Trojan horse"), la riaffermazione dei principi e valori fondamentali del nostro ordinamento penale costituzionale costituisce una necessità indispensabile.

Una esigenza vitale per la sopravvivenza del nostro sistema penale, dagli attacchi concentrici che gli vengono rivolti, dall'interno, ma anche, come in questo caso, anche dall'esterno.

E per la tutela, concreta ed effettiva, dei diritti inviolabili della persona accusata.

Ecco perché l'ordinanza della Corte Costituzionale è importante, in un momento come quello attuale.

Ma lo è, anche e soprattutto, per il suo contenuto.

Perché ci consente di ritornare a riflettere e a meditare su quei principi fondamentali e valori, evitando che questo patrimonio si disperda e che possa continuare a costituire il nucleo fondante del nostro sistema penale (al di là del quale c'è solo l'arbitrio, *contra reum*, e l'incertezza del diritto).

Per poter comprendere quali siano i valori fondamentali ed i diritti inviolabili, che la Corte Costituzionale ha voluto proteggere e ha riaffermato in modo così autorevole, occorre prendere le mosse dalla analisi della *triplice* questione pregiudiziale sottoposta con l'ordinanza in commento dalla Consulta, che è stata declinata nei termini esposti, essendo stato chiesto alla Corte di Giustizia di chiarire i seguenti punti:

- 1) *“se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, **anche quale tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata**”.*

La **prima questione** evidenzia come i parametri indicati dalla Corte di Giustizia per la disapplicazione della normativa nazionale sulla prescrizione (artt. 160 e 161 c.p.) siano privi di *una base legale sufficientemente determinata*.

La critica della Corte Costituzionale attiene, dunque, al mancato rispetto dei **principi di tassatività e determinatezza delle norme penali sostanziali**, oltre che, necessariamente, **della riserva di legge**.

In effetti, i criteri indicati dalla Taricco sono vaghi ed indeterminati, al punto da non potersi ritenere rispettosi di tali principi fondamentali.

La disapplicazione, infatti, dovrebbe avvenire in caso di “*frodi gravi*” IVA.

Il primo problema è costituita dalla individuazione della soglia, oltre la quale una frode possa ritenersi grave.

E' vero che la Convenzione PIF prevede una soglia di €. 50.000,00, definendo grave la frode quando si supera tale importo (art. 2).

Però questo è soltanto un limite minimo, non vi è un massimo prefissato.

Ci si espone, dunque, più che all'interpretazione discrezionale del Giudice (da effettuarsi però nell'ambito di parametri certi e definiti), all'arbitrio, in quanto il giudice penale nazionale, chiamato ad una valutazione caso per caso, potrà ritenere non grave una frode, ad esempio di €. 70.000,00, e grave, per assurdo, una di €. 50.100,00.

Senza contare che i reati tributari previsti dal nostro ordinamento prevedono tutti (o quasi) una soglia di punibilità di gran lunga superiore a quella sopra indicata.

E, negli ultimi tempi, abbiamo assistito ad un innalzamento delle soglie di punibilità originariamente prefissate.

Senza dimenticare che, però, nella stessa Convenzione PIF si lascia la possibilità per gli Stati membri di individuare un minimo di soglia di gravità in via legislativa ed in modo del tutto autonomo.

Il coefficiente minimo di gravità della frode fissata dal diritto penale interno potrebbe, dunque, essere superiore (di molto o poco) a quello convenzionale europeo, con tutti i conseguenti problemi interpretativi ed applicativi che potrebbero sorgere, perché a quel punto a quale legislazione si dovrebbe dare preminenza, con il non trascurabile esito di determinare l'estinzione del reato per prescrizione (aggirando il blocco della Taricco o meno) per gli imputati ?

Alla legislazione interna più favorevole, che fissa una soglia minima più alta, sotto la quale la frode non è grave?

Oppure a quella convenzionale europea fissata dalla PIF, anche se la sua applicazione sarebbe più sfavorevole all'imputato di quella interna ?

Ma se questa lacuna – comunque dotata di una sua pericolosità, perché dilata eccessivamente la discrezionalità del giudicante, finendo per attribuirgli un potere interpretativo simile all'arbitrio, perché privo di una base legale sufficientemente chiara e precisa – può essere “colmata” in via interpretativa dalla Corte di Giustizia, richiamando la Convenzione PIF ed il limite ivi stabilito, la Corte Costituzionale ne evidenzia un'altra ben più consistente.

La sentenza Taricco impone al giudice nazionale di procedere alla disapplicazione dei termini massimi di prescrizione quando la loro applicazione determinerebbe “in un numero considerevole di casi” la sostanziale impunità degli autori dei reati per le frodi gravi IVA.

Che cosa vuol dire che si deve (non che si può, peraltro) disapplicare la prescrizione quando ne deriva l'impunità “*in un numero considerevole di casi*”?

Come si fa a stabilire questo?

Il giudice nazionale deve, ad esempio, acquisire dati statistici?

Basarsi su fatti notori?

Svolgere attività istruttoria sul punto, nel processo (in contraddittorio tra le parti)?

E quanto deve essere *considerevole* il numero dei casi di impunità?

Ogni giudice nazionale è chiamato, in relazione al caso sottoposto al suo giudizio, a stabilire, di volta in volta, in base alla fase del processo, al tempo di presumibile durata, all'attività da espletare (anche con riferimento ai gradi successivi, nei quali non ha alcun potere e controllo, e, quindi, qualsiasi capacità predittiva o medianica, anche se lungamente sviluppata, finisce per perdere di attendibilità...), se l'applicazione dei termini massimi di prescrizione determinerebbe l'impunità per le frodi gravi in “un numero considerevole di casi”.

I risultati potrebbero essere naturalmente i più diversi e si aprirebbero le porte all'arbitrio e alla irragionevolezza/disparità di trattamento, perché ogni giudice penale nazionale potrebbe riempire di

contenuto diverso (a seconda dei casi) un parametro così evanescente e privo di precisione come “*il considerevole numero dei casi*”.

La prescrizione sarebbe dunque bloccata o applicata a seconda delle valutazioni di politica criminale compiute da ciascun giudice nazionale.

Valutazioni che, pur rispettabili ed anche basate su dati probatori, porterebbero il giudicante a travisare il suo ruolo.

Lo farebbero diventare, da interprete chiamato ad applicare la legge (alla quale soltanto è soggetto, art. 101 Cost), a un soggetto che esprime valutazioni di politica criminale.

E questo (come afferma giustamente la Corte Costituzionale) è inaccettabile, nell’ottica di un sistema come il nostro – ma tutti gli ordinamenti europei sono improntati da secoli al rispetto di tale principio – per il devastante effetto che avrebbe sulla separazione tra i poteri.

Spetta, infatti, al legislatore nazionale di creare le norme di diritto penale sostanziale, fissando criteri chiari, precisi e sufficientemente determinati, in modo che il cittadino possa conoscere e prevedere, al momento del fatto, le conseguenze della sua condotta illecita, la pena prevista per la violazione ed il tempo entro il quale matura il diritto all’oblio (non l’impunità).

Al giudice nazionale compete, invece, l’applicazione di tali regole, senza che possa o crearne una lui (perché altrimenti sarebbe fonte del diritto) oppure variarne arbitrariamente il contenuto a seconda delle circostanze, esprimendo valutazioni di politica criminale e repressive che devono essere, obbligatoriamente, rimesse al legislatore.

In definitiva, tale parametro non è, certamente, rispettoso del principio di tassatività e determinatezza.

E neanche della riserva di legge in materia penale, in quanto si tratta di un parametro interposto dalla Corte di Giustizia, che non ha però competenza a fissare (o bloccare, se è per questo) le regole stabilite dallo Stato membro in merito alle cause di non punibilità degli imputati o aggravare la loro posizione sulla base di una regola di giudizio interpretativa non chiara, introdotta successivamente, a loro sfavorevole e sicuramente non prevedibile al momento in cui hanno posto in essere la condotta illecita contestata.

A meno di non ritenere che il cittadino dovesse prevedere al momento del fatto che, successivamente, sarebbe stato approvato l’art. 325 TFUE e emessa la sentenza Taricco, che avrebbe impedito l’applicazione dei termini massimi di cui all’art. 160 e 161 c.p. previsti dalla legge nazionale vigente!!!

In definitiva, il parametro del “numero considerevole di casi” di impunità – chiamato a bloccare l’operatività dei termini massimi di prescrizione previsti per le frodi gravi IVA dalla legislazione penale nazionale – non è rispettoso del principio di tassatività, determinatezza e di legalità in materia penale, perché non introdotto da una disposizione di legge vigente al momento della commissione del fatto (perciò nota e percepibile dall’interessato), ma “interposto” da una pronuncia comunitaria.

Sotto questo aspetto, le critiche della Consulta appaiono fondate e difficilmente contestabili, al punto da potersi ritenere che tale questione sia assorbente rispetto alle altre.

Infatti, qualora il parametro del “*numero considerevole dei casi*” di impunità dovesse essere ritenuto privo di una sufficiente base legale (cioè non sufficientemente determinato e preciso) dalla Corte di Giustizia – in accoglimento della questione – cadrebbe ogni necessità di esaminare le altre tematiche (tutte peraltro di grande interesse e respiro).

Ciò in quanto semplicemente il giudice nazionale non potrebbe “bloccare” i termini massimi di prescrizione, per assenza di una base legale tipica sufficientemente determinata (che giustifichi tale operazione).

Dovrebbe applicarli !!!

Ed anche se la Corte di Giustizia dovesse rigettare tale questione (ma non è semplice, a modesto avviso dello scrivente, confutare i rilievi della Consulta in proposito, pregevoli, ma che mettono a nudo una evidente carenza descrittiva e contenutistica del parametro evocato), la Corte Costituzionale a questo punto avrebbe il dovere di dichiarare l’incostituzionalità di tale operazione di “blocco” dei termini massimi applicando i controlimiti.

In ogni caso, l’esito sarebbe favorevole, o meglio sarebbe giusto.

E consentirebbe di applicare i termini massimi di prescrizione previsti dalla legge penale nazionale, evitando l’arbitrio interpretativo ed il caos (nonché la profonda ingiustizia) che deriverebbero dai vari tentativi di riempire di contenuti, variabili caso per caso, un criterio così privo di precisione e determinatezza, destinato peraltro ad operare retroattivamente *in peius*.

Un parametro sicuramente non rispettoso dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale.

Passiamo, adesso, ad esaminare la seconda questione pregiudiziale.

- 2) “*se l’art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla*

*prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, **anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale ed è soggetta al principio di legalità***";

La **seconda questione pregiudiziale** è quella centrale, sulla quale la Corte Costituzionale insiste maggiormente nella motivazione della ordinanza, riaffermando il proprio orientamento consolidato (la prescrizione ha natura sostanziale e, come tale, è soggetta al principio di legalità).

La Consulta, ben consapevole della diversa concezione della prescrizione fatta propria dalla Corte di Giustizia (che le attribuisce natura processuale, e, quindi, soggetta al *tempus regit actum*, per la quale non opera la garanzia dell'art. 49 della Carta di Nizza), richiama la peculiarità del proprio ordinamento penale e dei suoi principi fondamentali.

Partendo dalla riaffermazione della potestà dello Stato membro di attribuire natura sostanziale alla prescrizione (in conformità a quanto previsto, peraltro, da altri Stati membri, come la Spagna ad esempio, secondo la quale la prescrizione ha pure natura sostanziale), la Corte Costituzionale censura il "blocco" dei termini massimi di prescrizione previsto dagli artt. 160 e 161 c.p. imposto dalla Taricco, per contrasto con l'art. 25 comma 2 Cost.

Ogni cittadino, infatti, ha diritto di conoscere (in base ad una legge che sia entrata in vigore prima) quale sia il comportamento vietato, la pena prevista per la trasgressione dell'ordine, ed, anche, il tempo oltre il quale matura il diritto all'oblio.

Cioè non solo il precetto e la pena devono essere previsti dalla legge.

Ma anche il tempo massimo entro il quale la potestà punitiva – se non esercitata dallo Stato - cessa.

Deve, dunque, essere chiaro, noto e percepito (e percepibile) al soggetto il regime prescrizionale vigente al momento della commissione.

Ciò al fine di garantire la necessaria certezza del diritto e di evitare l'arbitrio applicativo del giudice.

Oltreche – viene da aggiungere – per impedire l'estensione della potestà punitiva dello Stato oltre i limiti massimi fissati dalla legge (difficilmente giustificabili, se preceduti da una lunga, lunghissima, inerzia e

socialmente accettabili, anche per la collettività, e per il trasgressore, che ha diritto ad un processo equo, celebrato in tempi ragionevoli).

Questo perché, se l'esercizio della potestà punitiva dello Stato avviene oltre i limiti massimi stabiliti dalla legge vigente, esso si trasforma in un arbitrio, comportando l'irrogazione di una pena percepita come ingiusta, che non potrà avere, a quel punto, alcuna funzione e finalità rieducativa (art. 27, comma 3, Cost.) per il condannato, ancora meno accettabile per un soggetto che il nostro ordinamento costituzionale – è opportuno ribadirlo - presume essere innocente sino a sentenza definitiva di condanna (art. 27, comma 2, Cost.).

La natura sostanziale della prescrizione impedisce, dunque, di derogare al principio di legalità e alla riserva di legge in materia penale.

Il precetto penale e la sanzione sono, infatti, intimamente legate al tempo ragionevolmente necessario per fare giustizia, oltre il quale cessa (per definizione) il potere e l'interesse statale a punire il comportamento illecito.

La conclusione è che anche la prescrizione (al pari dell'accusa e della pena) deve essere stabilita dalla legge, perché chiunque deve poter conoscere non soltanto quali sono i comportamenti vietati, le sanzioni per la violazione della regola di comportamento, ma anche il tempo entro il quale deve “farsi giustizia”.

Il tempo dell'oblio è, dunque, elemento interno (e non esterno) al fatto tipico ed, in quanto tale, deve essere soggetto al principio di legalità, per assicurare il rispetto delle garanzie dei cittadini ed, al contempo, che la pena irrogata sia “giusta”, perché viene applicata a fronte della lesione di un bene protetto dalla norma ancora attuale e meritevole di essere ripristinata con la sua applicazione.

Partendo da tali dati, la Consulta ha “*buon gioco*” nel censurare l'operazione manipolatoria della prescrizione della Taricco.

E' del tutto evidente che, seguendo la nostra concezione sostanzialistica della prescrizione, la disapplicazione dei termini massimi di prescrizione previsti dagli artt. 160 e 161 c.p. per le frodi gravi IVA (o, comunque, l'applicazione di termini prescrizionali più lunghi di quelli previsti dalla legge penale nazionale) sia in contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost.

La “disapplicazione” operata dalla Corte di Giustizia impone, infatti, di condannare gli imputati per fatti di reato che sarebbero prescritti e dunque non sarebbe punibili secondo le leggi nazionali vigenti al momento del fatto.

Si tratta di una disapplicazione destinata ad operare retroattivamente, in malam partem, aggravando la posizione degli imputati, che, certamente, non erano in grado di percepire, prevedere e conoscere che successivamente il potere punitivo pubblico sarebbe stato esteso ulteriormente, oltre il limite temporale previsto al momento del fatto.

Un’operazione retroattiva sfavorevole che viene realizzata non mediante l’intervento sulla legge penale nazionale (una modifica successiva ai termini prescrizionali dei reati avrebbe potuto applicarsi a fatti avvenuti in precedenza, soltanto se fosse stata improntata a un maggior favor; cosa che può essere esclusa, nella specie), ma dalla Corte di Giustizia UE, per l’interpretazione che la stessa attribuisce all’art. 325 TFUE e la tutela degli interessi finanziari dell’Unione che essa ritiene di dover proteggere!!!

La Corte Costituzionale evidenzia il frontale contrasto di tale operazione ermeneutica con i principi di legalità e di riserva di legge in materia penale, di irretroattività della legge penale sfavorevole e di retroattività della *lex mitior*, previsti dal nostro ordinamento costituzionale, censurando quello che è un intervento europeo in un campo (come quello della individuazione ed operatività delle cause di non punibilità dei reati) riservato, in via esclusiva, alla competenza penale dello Stato membro.

Si tratta di una questione che poteva – e doveva – essere posta (ad avviso dello scrivente) dalla Corte Costituzionale, perché i principi sopra indicati sono valori inalienabili e valori supremi del nostro ordinamento penale, riguardando le garanzie minime degli accusati previste dalla nostra carta costituzionale.

Tuttavia, sotto questo aspetto, esiste – ed è alta – la possibilità che la Corte di Giustizia rigetti tale questione, riaffermando la propria concezione processuale della prescrizione, “sganciandola”, così, dalla riserva di legge ed anche dalla copertura degli altri principi sopra citati (divieto di irretroattività della legge sfavorevole e retroattività della *lex mitior*) che hanno un indubbio radicamento e matrice nella cultura e nel sistema penalistico europeo.

Passiamo, infine, ad esaminare l’ultima questione pregiudiziale sollevata dalla Corte Costituzionale.

- 3) *“se la sentenza della Grande Sezione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea 8 settembre 2015 in causa C-105/14, Taricco, debba essere interpretata nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell’Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell’Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, **anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro**”.*

La **terza questione pregiudiziale** costituisce una *summa* delle precedenti e viene formulata dalla Corte Costituzionale come limite interno alla disapplicazione dei termini massimi di prescrizione, imposta dalla sentenza Taricco.

La Corte Costituzionale attribuisce al principio di legalità un contenuto più ampio rispetto alla sua accezione nelle fonti europee, considerandolo principio supremo dell’ordine costituzionale dello Stato membro e, allo stesso tempo, diritto inalienabile della persona accusata, riconosciuto dalla Costituzione italiana.

Il principio di legalità – positivizzato dall’art. 25, comma 2, Cost. – non include, infatti, soltanto il fatto reato, e la pena, ma anche ogni profilo sostanziale concernente la punibilità del reato, come la prescrizione.

In altre parole, il cittadino italiano (chiarisce la Consulta) ha diritto ad una tutela penale più ampia rispetto a quello dell’Unione e non sarebbe affatto giusto, ma lesivo dell’identità nazionale italiana imporre all’Italia di rinunciarci, negando ai suoi cittadini tutele riconosciute dalla Carta fondamentale.

La Corte Costituzionale paventa, in tale ipotesi, una violazione dell’art. 53 della Carta di Nizza, secondo la quale: *“Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti... dalle costituzioni degli Stati membri”.*

In altre parole, il principio di legalità nella accezione dell’ordinamento costituzionale italiano – che comprende non soltanto il fatto di reato e la pena, ma anche ogni altro profilo concernente la punibilità del reato, come la prescrizione – non costituisce un valore “negoziabile”.

E', dunque, indispensabile che le norme penali sostanziali siano contraddistinte della necessaria determinatezza e tassatività e che il cittadino sia in grado di conoscere non soltanto il fatto illecito e la pena, ma anche il tempo in cui maturerà il diritto all'oblio (quindi i termini massimi di prescrizione), in modo da poter percepire le conseguenze della violazione della norma e poter assumere le proprie determinazioni con la necessaria consapevolezza.

L'operazione di "blocco" dei termini massimi di prescrizione, imposta dalla sentenza Taricco e dalla interpretazione dalla medesima fornita dell'art. 325 TFUE, in definitiva, contrasta con i suddetti principi fondamentali, perché impone una disapplicazione con effetto retroattivo (in *malam partem*) di detti termini in danno degli imputati anche se questi, prima di porre in essere la violazione, non erano in grado di conoscere e percepire che, successivamente (con la pubblicazione della sentenza Taricco), il potere punitivo pubblico sarebbe stato dilatato ed esteso oltre i suddetti termini previsti dalla legge vigente al momento della commissione del fatto.

La Corte Costituzionale ritiene tale interpretazione della Taricco contrastante con i principi fondamentali, perché è evidente che gli imputati sarebbero condannati (se così fosse) per un fatto di reato che, secondo la legge nazionale, non sarebbero più punibili per decorso dei termini massimi di prescrizione in base alla legge vigente al momento della commissione del fatto e, quindi, subirebbero un aggravamento della propria posizione sicuramente non prevedibile e non percepibile.

E ciò avverrebbe sulla base di parametri non sufficientemente precisi e determinati (da qui la violazione degli altri due principi fondamentali dell'ordinamento, cioè il principio di tassatività e determinatezza), con un effetto retroattivo in *malam partem*, a discapito, inoltre, della certezza del diritto, da intendersi come affidamento che il cittadino ripone nella legge vigente.

La Corte Costituzionale, pertanto, invita la Corte di Giustizia all'esercizio di un diritto di "ripensamento" sulla portata della Taricco in ordine al rispetto necessario di detti principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale ed inviolabili della persona riconosciuti dalla nostra Costituzione e propone anche qui una soluzione di compromesso: chiede, semplicemente, che il meccanismo di "blocco" dei termini di prescrizione non vada applicato perché contrastante, appunto, con i suddetti principi inviolabili, rilevando che se la Corte di Giustizia condividesse il *sentire* della Corte Costituzionale, verrebbe a

perdere rilevanza la questione di costituzionalità sollevata, o, meglio, le altre questioni pregiudiziali dedotte.

Si tratta di un tentativo doveroso (questo della Corte Costituzionale) di agire sulla Corte di Giustizia, per evitare la devastante applicazione della Taricco richiamando il rispetto della propria identità nazionale, che ha un preciso fondamento normativo anche nell'ordinamento europeo e gode di un livello di protezione che deve necessariamente essere assicurato, al fine di evitare che si possa produrre uno scollamento tra gli Stati membri e l'Unione e che si possa disperdere il patrimonio comune originato dal processo di armonizzazione in corso.

Dopo aver analizzato le questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte Costituzione, appare possibile formulare delle riflessioni conclusioni sullo stato dell'arte, dal carattere, necessariamente ed assolutamente, provvisorio.

Conclusioni, provvisorie.

La Corte Costituzionale, con un'abile mossa politica ed una saggia decisione giudiziaria (evitando di decidere in via definitiva, ma rimettendo la *patata bollente* a chi ha emesso la Taricco e deve fornire un'interpretazione dell'art. 325 TFUE chiara e rispettosa dei principi del nostro ordinamento penale costituzionale), ha messo a nudo i profili di illegittimità costituzionale che deriverebbero da una acritica e automatica applicazione dei dettami della Taricco.

Ed è importante che tale decisione sia stata presa in questo momento storico e che siano stati chiaramente delineati i limiti della sentenza Taricco, prima ancora che la sua interpretazione si consolidi e diventi la scia di un indirizzo euro-unitario che prosegua nella demolizione del nostro ordinamento penale interno dall'esterno, sulla scia di interessi finanziari dell'Unione ritenuti meritevoli di essere perseguiti e di una tutela rafforzata, a qualsiasi prezzo; compresa la demolizione dei principi fondamentali della nostra carta costituzionale e, di conseguenza, la perdita di significato o di importanza del ruolo del difensore realizzata mediante la compressione dei diritti fondamentali (perché il diritto di difesa se non è concreto ed effettivo ex art. 24 Cost. non si vede come possa essere tutelato in ogni fase e grado).

Il rischio era – ed è ancora – di un'estensione del portato motivazionale della Taricco (perché la parte motivazione della pronuncia contiene un esplicito riferimento in tal senso che può essere seguito da un

qualunque interprete poco, diciamo così, interessato alla tutela dei diritti fondamentali della persona accusata) ad altri reati che contengano componenti di “frode” e che vengano ritenuti “gravi”, perché ledono gli interessi finanziari dell’Unione, come ad esempio le fatturazioni false, per operazioni inesistenti, etc....

Ciò che è pericoloso non è, di per sé, l’intervento in un settore (che può essere limitato) come le frodi IVA o l’ambito dei reati finanziari.

Ciò che inquieta è il principio che la sentenza Taricco afferma: che si può, successivamente, e con effetto retroattivo intervenire sulle cause di non punibilità previste per un reato dello Stato membro ed annullarle, imponendo la condanna dell’imputato, per la maggior gloria degli interessi finanziari dell’Unione che sarebbero lesi in modo grave dalla sostanziale impunità che assicura la normativa penale interna dello Stato membro al (presunto) colpevole.

E cosa impedirebbe allora di allargare questa idea, veicolata dalla primazia del diritto dell’Unione?

Ci sono altre convenzioni e trattati con l’Europa che (a volte inconsapevolmente) lo Stato Italiano ha ratificato e che hanno trovato il proprio riconoscimento nel nostro ordinamento con il meccanismo di cui all’art. 11 Cost.

Tutte queste convenzioni tutelano interessi non solo finanziari ma anche generali dell’Unione, basti pensare alla regolarità e correttezza del mercato, alla libera circolazione delle merci e delle persone, etc....

L’elenco potrebbe continuare all’infinito, ma credo di aver sufficientemente reso l’idea.

Che cosa impedirebbe allora alla Corte di Giustizia di intervenire e – richiamando la sentenza Taricco come precedente – di bloccare le cause di estinzione di un reato previsto dalla legge vigente, al momento della commissione del fatto, e stabilire che essa non opera perché se si applicassero i termini massimi previsti dagli artt. 160 e 161 c.p. si garantirebbe sostanzialmente l’impunità ai soggetti responsabili di gravi reati che sono lesivi degli interessi economici, finanziari, meritevoli di una tutela rafforzata, che interferiscono con i beni giuridici protetti dalle norme incriminatrici nazionali emanate dal nostro legislatore ?

E poco importa (almeno all’Unione) se, facendo così, si lede il principio di legalità, la riserva di legge, e si condanna sulla base di criteri astratti e vaghi, insomma sicuramente non rispettosi dei principi di

tassatività e determinatezza, con un'inammissibile operazione retroattiva in *malam partem*, successivamente, in modo non prevedibile e conoscibile dall'interessato al momento del fatto.

La risposta alla domanda di cui sopra è una sola: nulla.

Nulla, se non la Corte Costituzionale ed il rispetto dei principi fondamentali e costituzionali del nostro ordinamento.

Siamo, insomma, nelle mani della Corte Costituzionale e dei controlimiti.

Ecco perché la pronuncia della Consulta è importante ed è fondamentale che ci sia stata.

Perché non si tratta, almeno non solo, di salvare la prescrizione (che, a seconda delle posizioni o della convenienza del momento, a volte è amata e a volte è odiata, ma sempre, giustamente, invocata perché prevista dalla legge nazionale vigente), ma di salvare il principio di legalità, la riserva di legge, i principi di tassatività e di riserva di legge, la irretroattività della legge penale, la retroattività delle norme di favore.

Insomma, di proteggere questi principi fondamentali.

Sono loro ad essere sotto attacco e la Corte Costituzionale (per il suo ruolo) ne ha sottolineato la centralità e l'imprescindibilità, contro attacchi di matrice eurounitaria.

Perché, sennò (restando passivi), un domani si potrà essere condannati per un fatto che il nostro ordinamento penale ritiene non punibile, sulla base non di una legge vigente, ma sulla base di una interpretazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, che non contiene precisi e chiari parametri di applicazione, di una norma sovranazionale e della preminenza da accordare agli interessi veicolati da questa, ritenuti preferibili rispetto alla tutela dei diritti fondamentali della persona accusata.

Questo non mi sembrerebbe un grande approdo.

Sicuramente, non un approdo "equo", e, per questo, la posizione assunta dalla Corte Costituzione deve essere (a modesto avviso dello scrivente) salutata con favore.

Gli interrogativi rimasti – ed aperti – dalla Taricco non finiscono, però, qui.

L'operazione di "disapplicazione" dei termini massimi di cui agli artt. 160 e 161 c.p. alle "frodi gravi" IVA derivante dalla sentenza Taricco impedisce che i reati vengano dichiarati estinti per prescrizione ed impone di celebrare processi penali per tali reati **ben oltre i termini massimi di prescrizione previsti dalla legge.**

La Taricco impatta, dunque, contro il principio di ragionevole durata di cui all'art. 111 Cost., che costituisce anch'esso un principio fondamentale del nostro ordinamento.

La durata dei nostri procedimenti penali deve già ritenersi 'irragionevole' allo stato attuale, ma impone che si condanni (anziché prosciogliere, in base alla legge vigente) gli imputati e li si continui a giudicare anche dopo il decorso dei termini massimi, per molti anni, per i gradi e le fasi successive del procedimento, appare drammatico ed anche ingiusto, al punto da ritenere che un processo che ha tali caratteristiche possa difficilmente essere ritenuto 'giusto'.

Sarà fonte di ulteriori condanne per l'Italia per violazione della ragionevole durata dei procedimenti, aumentando il conto economico (già in rosso) del nostro Paese.

Ma – e qui sta il paradosso – l'Unione non potrà rimproverarci di ciò, perché E' UNA DECISIONE IMPOSTA DA LORO.

L'effetto domino non finisce però qui.

I giudici penali dovranno (se sarà obbligatorio recepire la Taricco e non si attiveranno i controlimiti) continuare a celebrare processi per reati già prescritti oltre la ragionevole durata e, nel fare questo, agiranno secondo la legge, visto che il diritto dell'Unione gode di primazia rispetto a quello nazionale; non si potrà dunque imputare ai giudici penali alcunchè, né sotto il profilo disciplinare, né sotto il profilo civilistico risarcitorio (per dolo o colpa grave) perché la lesione dei diritti fondamentali della persona accusata non deriva da una loro responsabilità.

Viene da chiedersi se ci sia ancora la "Legge Pinto" a poter tutelare gli accusati per una simile violazione della ragionevole durata, perpetrata in modo assolutamente legale.

Anche se il ricorso a tale tutela sarebbe ammissibile, un risarcimento monetario sembra ben poco rispetto alla possibilità di essere privati (perché non c'è causa estintiva del reato che possa operare), in futuro, della propria libertà personale e di subire una condanna, per un reato che non sarebbe in realtà più punibile secondo la legge nazionale, paradossalmente, ancora, vigente e non abrogata.

Questa è soltanto una esemplificazione dei possibili rischi di un'impostazione come quella della sentenza Taricco, e di sentenze della Corte di Giustizia "gemelle" che ne seguano la linea e ne estendano il portato, per il nostro sistema penale nazionale ed i nostri principi fondamentali, riconosciuti dalla Corte Costituzionale.

L'orizzonte non è ancora, per fortuna, così fosco, ma soltanto riaffermando i principi ed i valori fondamentali, si può contrastare il rischio di una deriva EURO-AUTORITARIA.

Che poi è il compito del difensore, di tutelare i diritti della persona accusata, ma anche delle istituzioni, come la Corte Costituzionale, che ha colto l'occasione per (garbatamente) invitare la Corte di Giustizia a "ripensare" alla sua pronuncia e a tener conto dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili della persona accusata riconosciuti dalla nostra Carta fondamentale.

Si apre, quindi, una fase di dialogo tra Corti, fino ad oggi "non comunicanti", che potrà portare o ad un ammorbidimento della linea della Taricco tenuto conto del rispetto dei principi fondamentali dello Stato membro e della sua identità nazionale penalistica (con l'accoglimento di una, o più, delle questioni sollevate), oppure alla decisione finale della Corte Costituzionale di applicare i 'controlimiti' (se la Corte di Giustizia non intenderà recepire le questioni sollevate facendosene carico).

La strada è ancora lunga, ma, dopo la decisione della Corte Costituzionale, c'è ancora speranza per la tenuta dei nostri principi fondamentali, che ne escono più forti ed ammantati di un'aurea di intangibilità della cui ri-affermazione avevamo davvero bisogno.