



28346/16

**REPUBBLICA ITALIANA**

In nome del Popolo Italiano

**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**

TERZA SEZIONE PENALE

*Cost. 15C*

Composta da

Renato Grillo - Presidente -  
Oronzo De Masi  
Enrico Manzoni  
Aldo Aceto  
Giuseppe Riccardi - Relatore -

Ord. n. sez. *2282*  
UP - 30/03/2016  
R.G.N. 2055/2016

ha pronunciato la seguente

**ORDINANZA**

sul ricorso proposto da

Cestari Mauro, nato a Rovigo il 17/02/1957

Sbarro Francesco Pasquale, nato a Presicce il 10/04/1968

Bertoni Mauro, nato a Ferrara il 02/04/1959

Maestri Franco, nato a Copparo (FE) il 21/04/1949

Ferraretti Patrizia, nata a Ferrara il 14/07/1956

avverso la sentenza del 26/05/2015 della Corte di Appello di Bologna

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal consigliere Giuseppe Riccardi;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Mario Fraticelli, che ha concluso chiedendo l'annullamento con rinvio per Bertoni, ed il rigetto degli altri ricorsi;

uditi i difensori, Avv. N. Mazzacupa (per Bertoni), Avv. M. La Marra e L. Veronesi (per Maestri), che hanno concluso chiedendo l'accoglimento dei ricorsi.

**RITENUTO IN FATTO**

*Ch*

1. Con sentenza del 11/10/2013 il Tribunale di Ferrara condannava Sbarro Francesco Pasquale alla pena di anni tre e mesi sei di reclusione, Bertoni Mauro alla pena di anni tre, mesi otto e giorni quindici di reclusione, Maestri Franco alla pena di anni tre, mesi sei e giorni quindici di reclusione, Cestari Mauro alla pena di anni uno e mesi otto di reclusione, Ferraretti Patrizia alla pena di anni uno, mesi sei e giorni quindici di reclusione, per i reati loro rispettivamente ascritti di associazione per delinquere finalizzata alla commissione di una pluralità di reati tributari di emissione di fatture per operazioni inesistenti, limitatamente ai primi tre, e per i reati di dichiarazione fraudolenta mediante utilizzo di fatture per operazioni inesistenti (art. 2 d.lgs. 74 del 2000), di emissione di fatture per operazioni inesistenti (art. 8 d.lgs. 74 del 2000), di omessa dichiarazione (art. 5 d.lgs. 74 del 2000), di omesso versamento di IVA (art. 10 *ter* d.lgs. 74 del 2000), e di occultamento o distruzione di documenti contabili (art. 10 d.lgs. 74 del 2000), per tutti.

In particolare, Sbarro Francesco Pasquale veniva ritenuto responsabile dei reati di associazione per delinquere finalizzata alla commissione di reati fiscali (art. 416 cod. pen., contestato al capo A, commesso fino al 19/06/2008), dichiarazione fraudolenta mediante utilizzo di fatture per operazioni inesistenti (art. 2 d.lgs. 74 del 2000, contestato al capo AQ, commesso il 30/09/2008), emissione di fatture per operazioni inesistenti (art. 8 d.lgs. 74 del 2000, contestato ai capi B, C, D, G, H, L, M, P, Q, S, T, V, AA, AD, AS, AT, AU), omessa dichiarazione (art. 5 d.lgs. 74 del 2000, contestato al capo Z, AC commesso il 30/12/2008), omesso versamento di IVA (art. 10 *ter* d.lgs. 74 del 2000, contestato ai capi L, S, V, AD, O, U), e occultamento o distruzione di documenti contabili (art. 10 d.lgs. 74 del 2000, contestato ai capi I, N, R, AB).

Bertoni Mauro veniva ritenuto responsabile dei reati di associazione per delinquere finalizzata alla commissione di reati fiscali (art. 416 cod. pen., contestato al capo A, commesso fino al 19/06/2008), emissione di fatture per operazioni inesistenti (art. 8 d.lgs. 74 del 2000, contestato ai capi B, C, D, AS, AT, AU).

Maestri Franco veniva ritenuto responsabile dei reati di associazione per delinquere finalizzata alla commissione di reati fiscali (art. 416 cod. pen., contestato al capo A, commesso fino al 19/06/2008), e di emissione di fatture per operazioni inesistenti (art. 8 d.lgs. 74 del 2000, contestato ai capi C, AS, AT).

Cestari Mauro veniva ritenuto responsabile dei reati di emissione di fatture per operazioni inesistenti (art. 8 d.lgs. 74 del 2000, contestato ai capi

48

Q, AA), omessa dichiarazione (art. 5 d.lgs. 74 del 2000, contestato al capo AC commesso il 30/12/2008), e occultamento o distruzione di documenti contabili (art. 10 d.lgs. 74 del 2000, contestato ai capi R, AB).

Ferraretti Patrizia veniva ritenuta responsabile dei reati di emissione di fatture per operazioni inesistenti (art. 8 d.lgs. 74 del 2000, contestato al capo T), e di omesso versamento di IVA (art. 10 *ter* d.lgs. 74 del 2000, contestato al capo U).

Cestari, Sbarro e Maestri venivano assolti dal reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640 *bis* cod. pen., contestato, in concorso con altri coimputati, al capo AV)

1.2. Con sentenza del 26 maggio 2015 la Corte di Appello di Bologna, in parziale riforma della sentenza di primo grado, assolveva Bertoni, Maestri e Sbarro dal reato associativo, e dichiarava estinti per prescrizione i reati di emissione di fatture per operazioni inesistenti di cui ai capi C e AS (limitatamente ai fatti commessi fino al 18/02/2007, e contestati a Sbarro, Maestri e Bertoni), ai capi H e L (contestati a Sbarro), e, riconosciute le attenuanti generiche a Bertoni, Maestri, Cestari e Ferraretti, rideterminava le pene inflitte in: anni 1, mesi 2, giorni 10 per Bertoni; anni 1, giorni 10 per Maestri; anni 2, mesi 7 e giorni 15 per Sbarro; anni 1 e mesi 2 per Cestari; anni 1 e giorni 15 per Ferraretti.

2. Avverso tale provvedimento ha proposto ricorso per cassazione il difensore di Cestari Mauro, Avv. Gianni Ricciuti, deducendo i seguenti motivi di censura, di seguito enunciati nei limiti strettamente necessari per la motivazione ex art. 173 disp. att. cod. proc. pen. .

2.1. Vizio di motivazione: la responsabilità del Cestari, amministratore della CBS dal 3.10.2007 al 19.6.2008 e della SISCO dal 2.5.2007, non è sufficiente a fondarne la responsabilità per il reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti; la CBS era una società commerciale già operante da molti anni, non creata fittiziamente; la sentenza impugnata non ha poi considerato le dichiarazioni di Sbarro, che ha riferito di non aver coinvolto il Cestari nel meccanismo truffaldino, né di averlo remunerato, ma di avergli solo proposto di assumere la carica in virtù del rapporto di risalente amicizia e fiducia; l'inconsapevolezza del Cestari si desume dal fatto che si limitava ad apporre saltuariamente una firma su un atto pubblico di vendita; del resto, il coinvolgimento di Cestari non emerge neppure dalle numerose intercettazioni telefoniche; anzi, dalla conv. n. 1703 del 23.6.2008, captata dopo le perquisizioni, Sbarro dichiara di voler chiarire la posizione di "tutti" quelli che



gli chiedevano "chiarimenti", evidentemente perché non a conoscenza del meccanismo truffaldino; manca, dunque il dolo specifico di evasione, anche nel reato di omessa dichiarazione di cui all'art. 5 d.lgs. 74 del 2000;

2.2. Vizio di motivazione e violazione di legge in relazione al reato di occultamento di documenti contabili: è lo stesso Sbarro ad aver dichiarato di aver distrutto la documentazione contabile, e di aver dato disposizione ai "suoi" amministratori, dopo l'intervento della Polizia Tributaria, di far sparire la contabilità residua, avendo contezza diretta dell'esecuzione solo in merito a Buzzoni e ad un altro; inoltre, per la società SISCO non risulta documentazione occultata; l'affermazione di responsabilità violerebbe dunque il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

3. Ricorre per cassazione il difensore di Sbarro Francesco Pasquale, Avv. Matteo Murgo, deducendo violazione di legge e vizio di motivazione, in relazione alla concreta commisurazione della pena: lamenta che la pena base determinata sul reato ritenuto più grave, il capo AS, sia stata individuata in anni 2 e mesi 8 di reclusione, a differenza di quanto determinato per i correi Bertoni e Maestri, la cui pena base è stata individuata in anni 1 e mesi 6. Il differente trattamento non sarebbe motivato. Inoltre, la sentenza impugnata, pur assolvendo dal reato associativo, e dichiarando prescritti alcuni reati, non motiva in ordine alla censurata eccessività della pena base e degli aumenti per la continuazione. Del resto, sebbene Sbarro fosse l'ideatore del delitto di cui al capo AS, i correi Bertoni e Maestri avevano aderito alla volizione criminosa, e, come evidenziato dalla sentenza di 1° grado, solo il primo aveva cooperato nella ricostruzione dei fatti, meritando il riconoscimento delle attenuanti generiche.

4. Ricorre per cassazione il difensore di Bertoni Mauro, Avv. Nicola Mazzacuva, deducendo i seguenti motivi.

4.1. Violazione di legge processuale e vizio di motivazione: lamenta che, benché la Corte di Appello abbia riconosciuto che Bertoni non fosse un "responsabile commerciale", ma un mero "addetto alle vendite", privo di potere decisionale e gestionale, nondimeno ha ritenuto tale contributo (consistente nel girare al Maestri la proposta dello Sbarro di vendere veicoli alle sue società sanmarinesi) rilevante ai fini del concorso di persone; egli tuttavia non aveva alcuna autonomia nella politica aziendale della Automec, e riceveva solo una gratifica di 100/200 euro da Sbarro per ogni veicolo trattato; in ogni caso, non è stato operato un vaglio di attendibilità delle

LR

dichiarazioni rese dal coimputato Sbarro. Manca inoltre la consapevolezza del 'sistema' di frode carosello, non ricorrendo elementi dai quali desumere che le modalità di vendita fossero non già un semplice tentativo di vendere un numero maggiore di veicoli, ma un modo per eludere il divieto della casa madre Mercedes di vendere ai c.d. "salonisti"; del resto, egli non partecipava agli incontri della dirigenza della concessionaria, era un mero dipendente, come si evince anche dalle intercettazioni telefoniche; né sono sufficienti le dichiarazioni etero accusatorie di Sbarro, le cui chiamate in correità di Baruzzi, Armani e Giovannini pure non sono state ritenute attendibili. Manca dunque il dolo di evasione necessario per integrare il reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti: il cedente, dinanzi alle dichiarazioni di intenti presentate dagli acquirenti, non è tenuto ad eseguire ulteriori controlli. Inoltre, la sentenza impugnata viola il principio di correlazione tra accusa e sentenza, in quanto, senza trasmettere gli atti al P.M., disconosce il ruolo di responsabile commerciale della Automec contestata, affermando il ruolo di mero dipendente.

4.2. Violazione di legge sostanziale e vizio di motivazione in ordine alla sussistenza del dolo: la consapevolezza di partecipare alla complessiva frode fiscale è desunta solo dal modico compenso che Sbarro afferma di riconoscere; nel richiamare la sentenza delle Sezioni Unite n. 38343 del 2014 sul dolo eventuale, lamenta che l'affermazione del dolo sia fondata su parziali risultanze probatorie e su formule di stile, che dissimulano una carenza di motivazione.

4.3. Violazione di legge processuale e vizio di motivazione in relazione al concorso di persone: la sentenza impugnata, pur ritenendo estranei gli amministratori ed i dirigenti amministrativi della società, nonché l'impiegata (Giovannini) che predisponava le fatture, ha affermato il concorso del Bertoni, senza motivare in ordine al contributo fornito; i reati tributari sono reati propri, 'di mano propria', il cui autore può essere solo il titolare della qualifica soggettiva che lo rende destinatario dell'obbligo fiscale; il riconoscimento del concorso di persone nel reato proprio richiedeva l'enucleazione di un contributo causale punibile.

4.4. Violazione di legge processuale in relazione al principio del *ne bis in idem*: l'Agenzia delle Entrate ha definito il relativo procedimento amministrativo mediante irrogazione di sanzioni, rientranti, in ragione del grado di afflittività e gravità, nella materia penale; alla luce della giurisprudenza della Corte EDU (Grande Stevens c. Italia), l'irrogazione di sanzioni tributarie deve ritenersi avere natura sostanzialmente penale, ai



sensi dell'art. 4 Protocollo n. 7 della Convenzione EDU, e quindi vige il divieto di un secondo giudizio in ordine ai medesimi fatti (Corte EDU, Nykanen c. Finlandia, 20/05/2014); in ogni caso, chiede che venga proposta questione di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, ai sensi dell'art. 267 TFUE, ovvero, in subordine, questione di costituzionalità alla Corte Costituzionale, per contrasto con l'art. 117 Cost. .

4.5. Violazione di legge sostanziale e vizio di motivazione in ordine alla commisurazione della pena, per avere applicato la continuazione non già sulla base dei diversi reati di emissione di fatture individuati in relazione al periodo di imposta, bensì sul capo AS, e sulle diverse società utilizzate.

4.6. Violazione di legge sostanziale e vizio di motivazione in ordine alla durata delle pene accessorie: l'art. 12 d.lgs. 74 del 2000 prevede la durata delle pene accessorie entro una cornice edittale, mentre l'art. 37 cod. pen. sancisce il principio di equivalenza cronologica; la sentenza impugnata non motiva sui parametri adoperati per la determinazione del *quantum*, ovvero sui criteri individuati dall'art. 37 o su quelli indicati dall'art. 133 cod. pen.).

5. Ricorre per cassazione Maestri Franco, per il tramite dei propri difensori Avv. Mattia La Marra e Livio Veronesi, deducendo i seguenti motivi.

5.1. Vizio di motivazione: richiamando ampi stralci dei motivi di appello, e della diversa valutazione delle prove proposta, lamenta che la sentenza impugnata non ha motivato in ordine alle doglianze proposte, e, in particolare, alla contraddittoria valutazione degli elementi di riscontro nei confronti dei coimputati Baruzzi e Baruffa, assolti, e Maestri, condannato, pur sulla base delle medesime dichiarazioni etero accusatorie di Sbarro.

5.2. Violazione di legge in relazione al principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio: il quadro probatorio sarebbe contraddittorio, e non risulta il dolo di evasione né di compartecipazione del Maestri.

5.3. Chiede l'annullamento senza rinvio per essere i reati a lui ascritti estinti per prescrizione.

6. Ricorre per cassazione Ferraretti Patrizia, per il tramite del proprio difensore Avv. Dario Bolognesi, deducendo i seguenti motivi.

6.1. Violazione di legge e vizio di motivazione in relazione al dolo di evasione: l'imputata si è limitata a rivestire la carica di amministratore di diritto della Global Service s.r.l. solo per tre o quattro mesi, senza occuparsi di contabilità e della gestione dei conti correnti; l'affermazione di responsabilità sarebbe fondata sul mero dovere di vigilanza e controllo dell'amministratore,



senza alcuna motivazione in ordine alle censure proposte in appello; la violazione del dovere di vigilanza può essere addebitato a titolo di colpa, non di dolo; del resto, il dolo specifico di evasione richiesto dall'art. 8 non è compatibile neppure con un dolo eventuale.

6.2. Violazione di legge in relazione alla modifica dell'art. 10 *ter* d.lgs. 74 del 2000: con il d.lgs. 158 del 2015 la soglia di punibilità è stata elevata a € 250.000,00, e quindi l'omesso versamento IVA per un importo di € 125.978,00 è divenuto penalmente irrilevante.

6.3. Violazione di legge processuale: con ordinanza del 25.1.2013 il Tribunale di Ferrara rigettava la richiesta di rinvio dell'udienza avanzata ai sensi dell'art. 11, comma 13 *quater*, d.l. 174 del 2012, che sanciva la sospensione dei *"termini processuali, comportanti prescrizioni e decadenze da qualsiasi diritto, azione ed eccezione"*, erroneamente ritenendo che la norma non si applicasse ai procedimenti penali.

## **CONSIDERATO IN DIRITTO**

### **1. Oggetto della questione di legittimità costituzionale.**

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, che ordina l'esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (TFUE), nella parte che impone di applicare l'art. 325, § 1 e 2, TFUE, dal quale – nell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, 08/09/2015, causa C – 105/14, Taricco – discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160, comma 3, e 161, comma 2, cod. pen., in presenza delle circostanze indicate nella sentenza europea, allorché ne derivi la sistematica impunità delle gravi frodi in materia di IVA, anche se dalla disapplicazione, e dal conseguente prolungamento del termine di prescrizione, discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, per contrasto di tale norma con gli artt. 3, 11, 25, comma 2, 27, comma 3, 101, comma 2, Cost.

### **2. La decisione della Corte di Giustizia.**

La Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, con sentenza emessa l'8 settembre 2015 (causa C – 105/14, Taricco), pronunciandosi sul rinvio pregiudiziale proposto, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dal Gip del Tribunale di Cuneo con ordinanza del 17 gennaio 2014, in un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto (IVA) del tutto

analoghi a quelli oggetto del presente procedimento, ed integranti il consueto schema della c.d. "frode carosello", ha statuito: *"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."*

**2.1.** La Corte di Lussemburgo, nel solco del precedente *Fransson* (Grande Sezione, sentenza del 26 febbraio 2013, C-617/10), ha ribadito la propria giurisdizione sulla materia della sanzione delle frodi fiscali, attratta al livello sovranazionale in ragione del possibile impatto finanziario sul bilancio UE di un gettito ridotto a causa dell'inadeguatezza di una disciplina nazionale (§ 38: *"La Corte ha in proposito sottolineato che, poiché le risorse proprie dell'Unione comprendono in particolare, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della decisione 2007/436, le entrate provenienti dall'applicazione di un'aliquota uniforme agli imponibili IVA armonizzati determinati secondo regole dell'Unione, sussiste quindi un nesso diretto tra la riscossione del gettito dell'IVA nell'osservanza del diritto dell'Unione applicabile e la messa a disposizione del bilancio dell'Unione delle corrispondenti risorse IVA, dal momento che qualsiasi lacuna nella riscossione del primo determina potenzialmente una riduzione delle seconde"*).

Pur sottolineando la libertà di scelta delle sanzioni applicabili spettante agli Stati membri, che *"possono assumere la forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due, al fine di*

4

*assicurare la riscossione di tutte le entrate provenienti dall'IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell'Unione conformemente alle disposizioni della direttiva 2006/112 e all'articolo 325 TFUE", la Corte di Giustizia ha affermato che "possono tuttavia essere indispensabili sanzioni penali per combattere in modo effettivo e dissuasivo determinate ipotesi di gravi frodi in materia di IVA" (§ 39), in quanto l'art. 2, par. 1, della Convenzione PIF (firmata dagli Stati membri dell'UE a Lussemburgo il 26 luglio 1995) prevede che "gli Stati membri devono prendere le misure necessarie affinché le condotte che integrano una frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che comprendano, almeno nei casi di frode grave, pene privative della libertà" (§ 40).*

*Sul fondamento di tale base legale la Corte ha sostenuto che "gli Stati membri devono assicurarsi che casi siffatti di frode grave siano passibili di sanzioni penali dotate, in particolare, di carattere effettivo e dissuasivo. Peraltro, le misure prese a tale riguardo devono essere le stesse che gli Stati membri adottano per combattere i casi di frode di pari gravità che ledono i loro interessi finanziari" (§ 43).*

*Alla stregua di tale principio, dunque, la Corte ha individuato nel giudice nazionale il destinatario del compito di "verificare alla luce di tutte le circostanze di diritto e di fatto rilevanti, se le disposizioni nazionali applicabili consentano di sanzionare in modo effettivo e dissuasivo i casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione" (§ 44).*

*Nel caso dell'ordinamento italiano, non essendo stati sollevati dubbi sul carattere dissuasivo delle sanzioni penali, o sul termine di prescrizione dei reati, bensì sul prolungamento di tale termine, la Corte di Giustizia ha affermato che "Qualora il giudice nazionale dovesse concludere che dall'applicazione delle disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione consegue, in un numero considerevole di casi, l'impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave, perché tali fatti risulteranno generalmente prescritti prima che la sanzione penale prevista dalla legge possa essere inflitta con decisione giudiziaria definitiva, si dovrebbe constatare che le misure previste dal diritto nazionale per combattere contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione non possono essere considerate effettive e dissuasive, il che sarebbe in contrasto con l'articolo 325, paragrafo 1, TFUE, con l'articolo 2, paragrafo 1, della Convenzione PIF nonché con la direttiva 2006/112, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE" (§ 47).*

4

Nondimeno, un secondo presupposto di 'illegittimità comunitaria' viene individuato nella disparità di trattamento sanzionatorio con i casi di frode lesivi dei soli interessi finanziari della Repubblica italiana, e riscontrato nella differente disciplina complessivamente prevista per il delitto di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi di cui all'art. 291 *quater* d.lgs. 43 del 1973 (§ 48: *"Inoltre, il giudice nazionale dovrà verificare se le disposizioni nazionali di cui trattasi si applichino ai casi di frode in materia di IVA allo stesso modo che ai casi di frode lesivi dei soli interessi finanziari della Repubblica italiana, come richiesto dall'articolo 325, paragrafo 2, TFUE. Ciò non avverrebbe, in particolare, se l'articolo 161, secondo comma, del codice penale stabilisse termini di prescrizione più lunghi per fatti, di natura e gravità comparabili, che ledano gli interessi finanziari della Repubblica italiana. Orbene, come osservato dalla Commissione europea nell'udienza dinanzi alla Corte, e con riserva di verifica da parte del giudice nazionale, il diritto nazionale non prevede, in particolare, alcun termine assoluto di prescrizione per quel che riguarda il reato di associazione allo scopo di commettere delitti in materia di accise sui prodotti del tabacco"*).

La conseguenza che ne fa derivare la Corte di Giustizia, nel caso di verifica dell'ineffettività sanzionatoria o della disparità di trattamento rispetto alle frodi lesive degli interessi finanziari nazionali, è l'obbligo del giudice nazionale di disapplicare direttamente le disposizioni in materia di interruzione della prescrizione, senza la mediazione di una modifica legislativa o di un sindacato di costituzionalità, in virtù dell'obbligo degli Stati membri di lottare contro attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione imposti dal diritto primario, ed in particolare dall'art. 325, par. 1 e 2, TFUE (§ 50), che *"pongono a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione quanto all'applicazione della regola in esse enunciata"* (§ 51).

In forza del principio del primato del diritto dell'Unione, dunque, la Corte ha affermato l'effetto diretto dell'art. 325 TFUE, che rende *ipso iure* inapplicabile qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente (§ 52).

### **3. Rilevanza della questione.**

La questione di legittimità che viene rimessa al sindacato di costituzionalità ha rilevanza nel procedimento in corso, in quanto la sentenza *Taricco* ha un valore generale e vincola non soltanto il giudice *a quo*, ma anche tutti i giudici nazionali, nonché la pubblica amministrazione (*ex multis*,

CR

Corte Cost., sent. 13 luglio 2007, n. 284: *"Le statuizioni della Corte di Giustizia delle Comunità europee hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili cui ineriscono, operatività immediata negli ordinamenti interni"*; Corte Cost., n. 389/1989; Corte Cost., n. 113/1985).

La stessa Corte di Giustizia, nella sentenza *Taricco*, ha ribadito che *"Qualora il giudice nazionale giungesse alla conclusione che le disposizioni nazionali di cui trattasi non soddisfano gli obblighi del diritto dell'Unione relativi al carattere effettivo e dissuasivo delle misure di lotta contro le frodi all'IVA, detto giudice sarebbe tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione disapplicando, all'occorrenza, tali disposizioni e neutralizzando quindi la conseguenza rilevata al punto 46 della presente sentenza, senza che debba chiedere o attendere la previa rimozione di dette disposizioni in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale"* (§ 49).

**3.1.** Nel procedimento in oggetto ricorrono le condizioni dalle quali la Corte di Giustizia fa discendere l'obbligo di disapplicazione delle norme di cui agli artt. 160, ult. comma, e 161, comma 2, cod. pen. .

In particolare, ricorre la prima ipotesi di 'illegittimità comunitaria', per ineffettività della complessiva disciplina sanzionatoria delle frodi, non rilevando, nella fattispecie, la seconda ipotesi della disparità di trattamento sanzionatorio con i casi di frode lesiva dei soli interessi finanziari della Repubblica italiana, e riscontrato nella differente disciplina complessivamente prevista per il delitto di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi di cui all'art. 291 *quater* d.lgs. 43 del 1973, in quanto la sentenza della Corte di Appello di Bologna ha assolto gli imputati, odierni ricorrenti, dall'imputazione di associazione per delinquere finalizzata alla commissione di reati fiscali.

I requisiti integranti la prima ipotesi di illegittimità comunitaria sono: 1) la pendenza di un procedimento penale riguardante *"frodi gravi"* in materia di imposta sul valore aggiunto; 2) l'ineffettività delle sanzioni previste *"in un numero considerevole di casi di frode grave"* che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea.

**3.2.** Sotto il primo profilo, nel caso in esame, le imputazioni e la stessa sentenza della Corte di Appello impugnata evidenziano che il procedimento penale riguarda *frodi gravi* in materia di IVA, suscettibili di ledere gli interessi finanziari dell'UE, avendo ad oggetto uno dei più diffusi sistemi di frode IVA, nella prassi nota come *"frode carosello"*, e fondata sull'abuso delle agevolazioni normative previste nel caso di cessioni tra i paesi dell'Unione Europea.



In particolare, dalle imputazioni e dalla sentenza impugnata emerge che la *frode carosello* veniva realizzata mediante falsa fatturazione e violazione dell'obbligo fiscale in materia di IVA nel commercio di autoveicoli.

Al riguardo, va premesso che per "*frode carosello*" si intende comunemente un meccanismo fraudolento dell'Iva attuato mediante varie cessioni di beni, in genere provenienti ufficialmente da un Paese dell'Unione europea, al termine del quale l'impresa italiana acquirente detrae l'Iva, nonostante il venditore compiacente non l'abbia versata; a tal fine, in genere viene interposto un soggetto, c.d. "società filtro", nell'acquisto di beni tra il reale venditore ed il reale acquirente; quest'ultimo risulta formalmente aver acquistato il bene dalla "società filtro", che emette una fattura con Iva, ma omettendo di versarla, mentre l'acquirente si crea una corrispondente detrazione.

Secondo la ricostruzione operata dalla sentenza della Corte di Appello, la vendita di autovetture da parte della concessionaria Automec s.p.a. avveniva mediante emissione di fattura ad imprese aventi sede all'estero (inizialmente San Marino, poi, in seguito all'introduzione di limitazioni all'importazione di veicoli, Ungheria e Slovenia), e senza applicazione dell'IVA, come cessioni all'esportazione non imponibili ai sensi degli artt. 8 e 71 d.P.R. 633 del 1972; veniva tuttavia accertato che le vendite erano in realtà fittizie, perché le vetture, nel caso di San Marino, venivano immediatamente riportate in Italia, simulando una riesportazione senza versamento di imposta; successivamente, con fittizia interposizione, un formale acquirente (di regola, una società c.d. "cartiera") emetteva fattura con IVA, a propria volta, verso altra impresa (di solito, un c.d. "salonista"), che poi collocava sul mercato al dettaglio le vetture con prezzo concorrenziale, perché 'sgravato' dall'onere fiscale, in quanto l'IVA non veniva versata dalla società interposta, ed era computata a credito dalla ditta beneficiaria. Nel caso delle vendite alle società con sede in Ungheria e Slovenia, invece, il meccanismo, identico, divergeva solo per la circostanza che le vetture non abbandonavano il territorio italiano. Tutte le società all'estero che si interponevano nell'acquisto fittizio (Class Rent s.r.l., Gold Car s.r.l., In Auto s.r.l., Auto Skeinet e ACR) erano di fatto gestite da uno degli odierni imputati (Sbarro Francesco Pasquale).

La seconda modalità frodatoria veniva posta in essere mediante le vendite a ditte munite della c.d. "lettera di intenti", sfruttando il meccanismo che autorizzava le vendite in regime di esenzione IVA per gli operatori commerciali dichiaratisi "esportatori abituali"; la concessionaria Automec, dunque, fatturava alla ditta cessionaria in regime di esenzione IVA, senza che

lf

questa avesse i requisiti di esportatore abituale; il successivo cessionario (il c.d. "salonista") creava un indebito credito d'imposta ed otteneva la disponibilità del bene a prezzo inferiore a quello di mercato, con conseguenti vantaggi nella vendita al dettaglio; anche in tal caso, le società "cartiere", e falsi esportatori abituali, erano tutte gestite, di fatto, dal medesimo Sbarro Francesco Pasquale.

Mutuando lo schema frequente nel settore del commercio automobilistico, il meccanismo frodatorio veniva dunque attuato con l'inserimento di un soggetto fittizio (interposto) che effettuava formalmente l'acquisto intracomunitario per conto dell'effettivo acquirente (interponente); il primo ometteva il versamento dell'imposta dovuta, mentre il secondo fruiva di indebite detrazioni d'imposta derivanti dalle fatture soggettivamente inesistenti emesse dal soggetto interposto.

Dalle molteplici imputazioni per il reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti (art. 8 d.lgs. 74/2000) e dalla ricostruzione operata in sentenza emerge, dunque, il meccanismo di frode all'IVA noto con il nome di «frode carosello», realizzato strumentalizzando a fini illeciti la normativa sugli acquisti intracomunitari (che consente al soggetto che acquista da un soggetto comunitario di compensare IVA a debito e IVA in detrazione, salvo applicare l'IVA in occasione della successiva rivendita in ambito nazionale), attraverso l'interposizione di un soggetto che acquisti fittiziamente dal fornitore comunitario e rivenda al reale compratore, così assumendosi l'integrale debito d'imposta. L'effettivo acquirente si trova, in tal modo, ad utilizzare fatture sulle quali è indicata l'IVA e ad assumere il correlativo diritto alla detrazione; gli importi pari all'IVA, formalmente versata dal reale acquirente all'interposto, non vengono tuttavia corrisposti all'Erario, ma «spartiti» tra i due interessati: di regola, infatti, il soggetto interposto non presenta alcuna dichiarazione (art. 5 d.lgs. 74/2000), ovvero pur presentandola, non provvede al relativo versamento (art. 10 *ter* d.lgs. 74/2000). Tale circuito illecito determina un duplice vantaggio per il cliente finale, il quale acquista a un prezzo inferiore rispetto a quello di mercato e matura un indebito credito IVA, scaricando gli obblighi fiscali connessi al proprio debito di imposta sulla "cartiera" nazionale, che non provvederà mai ad onorare tale debito.

**3.3.** Tanto premesso, deve ritenersi innanzitutto sussistente il requisito, pur non determinato dalla sentenza *Taricco* nei suoi esatti confini, della *gravità della frode*: dalla lettura delle numerose imputazioni (29, esclusa quella per associazione per delinquere, in ordine alla quale è stata infine



pronunciata sentenza di assoluzione, non impugnata) e della sentenza della Corte di Appello di Bologna emerge che il meccanismo frodatorio è stato attuato mediante emissione di migliaia di fatture per imponibili significativi (aventi ad oggetto autovetture) e che l'omesso versamento IVA ha riguardato – limitandosi alle contestazioni dei reati di cui agli artt. 5 (capo Z, AC) e 10 ter (capi O, U) d.lgs. 74 del 2000 – la somma di almeno € 1.654.943,32.

Una frode che abbia determinato evasioni fiscali per milioni di euro appare senz'altro connotata dal requisito della *gravità*.

Del resto, ai fini della determinazione della nozione di "gravità" della frode in ambito sovranazionale, e dunque ai fini della rilevanza della questione di costituzionalità, va considerato il tenore dell'art. 2, par. 1, della Convenzione PIF (pure richiamata dalla sentenza *Taricco*, al § 6), che prevede: *"Ogni Stato membro prende le misure necessarie affinché le condotte di cui all'articolo 1 nonché la complicità, l'istigazione o il tentativo relativi alle condotte descritte all'articolo 1, paragrafo 1, siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che comprendano, almeno, nei casi di frode grave, pene privative della libertà che possono comportare l'estradizione, rimanendo inteso che **dev'essere considerata frode grave qualsiasi frode riguardante un importo minimo da determinare in ciascuno Stato membro. Tale importo minimo non può essere superiore a [EUR] 50 000 (...)**"*.

**3.4.** Va, inoltre, chiarito che nel concetto di "frode" grave, suscettibile di ledere gli interessi finanziari dell'UE, assunto dalla Corte di Giustizia quale presupposto per la disapplicazione dei termini massimi di prolungamento della prescrizione, devono ritenersi incluse, nella prospettiva dell'ordinamento penale italiano, non soltanto le fattispecie che contengono il requisito della fraudolenza nella descrizione della norma penale – come nel caso degli artt. 2, 3 e 11 d.lgs. 74/2000 -, ma anche le altre fattispecie che, pur non richiamando espressamente tale connotato della condotta, siano dirette all'evasione dell'IVA.

In tal senso milita non soltanto l'osservazione secondo la quale, opinando in senso contrario, si otterrebbe una irragionevole disparità di trattamento in relazione a condotte comunque poste in essere al medesimo fine illecito, ma, altresì, la considerazione che proprio nelle *operazioni fraudolente* più complesse ed articolate (come le c.d. frodi carosello), e dunque maggiormente insidiose per il bene giuridico tutelato, le singole *condotte*, astrattamente ascrivibili alla tipicità di fattispecie penali prive del requisito espresso della fraudolenza – soprattutto a quelle di cui agli artt. 5, 8, 10 ter

d.lgs. 74/2000 -, rappresentano la *modalità truffaldina dell'operazione*; sarebbe intrinsecamente irragionevole disapplicare le norme viziate da 'illegittimità comunitaria' in relazione alle sole fattispecie connotate dal requisito espresso della fraudolenza, e non disapplicarle nelle fattispecie - strettamente connesse sotto il profilo fattuale, ed indispensabili per la configurazione del meccanismo frodatorio - non connotate dal medesimo requisito.

Ma a corroborare tale principio sovviene, oltre al richiamato profilo di irragionevolezza rilevante sotto il profilo fattuale, un ben più pregnante argomento interpretativo, rappresentato dalla definizione di "frode" rilevante nell'ordinamento sovranazionale: al riguardo, già l'art. 325 TFUE, richiamato dalla Corte di Lussemburgo quale norma di diritto primario fondante l'obbligo di disapplicazione, sancisce che *"L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione (...)";* se, dunque, l'art. 325 TFUE rappresenta la base legale dell'obbligo di disapplicazione sancito dalla Corte di Giustizia, esso ha ad oggetto *"la frode e le altre attività illegali"*.

Del resto, la Corte di Lussemburgo ha affermato il principio in discussione con riferimento ad una "frode carosello" nella quale erano contestate, altresì, fattispecie penali prive del requisito espresso della fraudolenza nella descrizione normativa.

Inoltre, nella consapevolezza, che dovrebbe essere comune negli ordinamenti occidentali di *civil law*, che il *linguaggio* normativo, soprattutto nel diritto penale, delimita gli spazi di libertà, e dunque è essenziale nell'affermazione (e nelle diverse declinazioni) del principio di legalità, non può omettersi che la nozione di "frode" è specificamente definita dall'art. 1 della Convenzione PIF come *"qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa (...) all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua la diminuzione illegittima di risorse del bilancio generale [dell'Unione] o dei bilanci gestiti [dall'Unione] o per conto di essa[a]";* norma che viene richiamata dalla stessa sentenza *Taricco* a proposito dell'irrelevanza del fatto che l'IVA non venga riscossa direttamente per conto dell'Unione (§ 41).

**3.5.** Infine, con riferimento al secondo requisito individuato dalla Corte di Giustizia per rendere obbligatoria la disapplicazione delle norme sul prolungamento del termine di prescrizione, ed alla verifica, rimessa al giudice nazionale, di apprezzare l'ineffettività delle sanzioni previste *"in un numero considerevole di casi di frode grave"* che ledono gli interessi finanziari

gr

dell'Unione europea, va innanzitutto evidenziata l'estrema indeterminatezza del requisito, probabilmente più consono alle differenti esperienze ordinamentali di *common law* che pure integrano, sovente in maniera significativa, la matrice culturale e giuridica della giurisdizione europea.

Al riguardo, premesso che tale requisito sarà oggetto di più ampia considerazione nella valutazione di non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, ove si consideri *in astratto*, ovvero con riferimento all'integralità dei procedimenti pendenti dinanzi alle autorità giudiziarie italiane, esso implicherebbe una prognosi di natura statistica che esula dai limiti cognitivi e valutativi del giudice, e anche di questa Corte; a ciò ostando non soltanto l'assenza di dati statistici affidabili, ma soprattutto l'orizzonte conoscitivo del singolo giudice, necessariamente limitato, dal vigente sistema processuale, ai *fatti di causa*, ovvero i *fatti* che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e dai quali dipenda l'applicazione di norme processuali (art. 187 cod. proc. pen.) rilevanti nel singolo processo, non già nella generalità degli altri processi.

Escluso che possa altresì risolversi in una prognosi meramente empirica, fondata su soggettivismi di difficile verificabilità (in senso epistemologico), il requisito del "*numero considerevole di casi di frode grave*" non può che intendersi, ai fini del giudizio di rilevanza della questione di costituzionalità proposta, *in concreto*, con riferimento alle fattispecie oggetto del proprio giudizio.

Ebbene, alla stregua di tale nozione, deve ritenersi che il requisito ricorra in ragione del numero estremamente significativo di operazioni fraudolente oggetto di contestazione, poste in essere tramite l'interposizione di numerose società nazionali ed estere, reiterate nell'arco di circa sei anni (dal 2003 al 2008), con il coinvolgimento di mezzi, uomini e strutture, e comportanti l'evasione dell'IVA per importi considerevoli, superiori al milione e mezzo di euro.

**3.6.** La rilevanza della questione proposta deriva, dunque, dalla circostanza che i numerosi reati contestati, ove i termini di prescrizione fossero calcolati secondo le norme di cui agli artt. 160 e 161 cod. pen., sarebbero pressoché tutti estinti per prescrizione.

Al riguardo, essendo previste, per i reati fiscali contestati di cui agli artt. 2, 5, 8, 10 e 10 *ter* d.lgs. 74 del 2000, pene non superiori ai sei anni di reclusione, il termine ordinario di prescrizione è pari a sei anni; in caso di atti interruttivi, l'ultimo dei quali, nella specie, costituito dalla sentenza di condanna emessa il 26 maggio 2015 dalla Corte di Appello, la prescrizione

48

massima, in assenza di contestazione della recidiva, è pari a sette anni e sei mesi.

Giova aggiungere che il comma 1 *bis* dell'art. 17 d.lgs. 74 del 2000, che eleva i termini di prescrizione dei reati previsti dagli articoli da 2 a 10 del medesimo decreto di un terzo, è stato aggiunto dal d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148), con legge successiva alla commissione dei reati contestati; la disposizione è, dunque, inapplicabile alla fattispecie in esame, non soltanto per la natura sostanziale della prescrizione, ma per la stessa previsione della disciplina transitoria contenuta nell'art. 2, comma 36 *vicies bis* del d.l. citato, che prevede che *"Le norme di cui al comma 36 - vicies semel si applicano ai fatti successivi alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto"*.

Pertanto, prescindendo dai reati commessi fino al 18/02/2007, in ordine ai quali la Corte di Appello ha già dichiarato l'estinzione per prescrizione, e considerando il periodo di sospensione di mesi nove e giorni otto, sarebbe maturata, nella pendenza del presente giudizio di cassazione, la prescrizione dei reati commessi fino al 22/12/2007.

Al riguardo, va evidenziato che il delitto di emissione di fatture per operazioni inesistenti, previsto dall'art. 8 del d.lgs. n. 74 del 2000, si perfeziona nel momento dell'emissione della singola fattura ovvero, ove si abbiano plurimi episodi nel corso del medesimo periodo di imposta, nel momento dell'emissione dell'ultimo di essi (Sez. 3, n. 6264 del 14/01/2010, Ventura, Rv. 246193; Sez. 3, n. 10558 del 06/02/2013, D'Ippoliti, Rv. 254759).

Pertanto, dovrebbero considerarsi estinti per prescrizione i reati di emissione di fatture per operazioni inesistenti contestati ai capi C (52 fatture, l'ultima delle quali emessa il 23/07/2007), D (55 fatture, l'ultima emessa il 05/12/2007), H (3 fatture residue, l'ultima emessa il 21/03/2007), L (64 fatture residue, l'ultima emessa il 23/07/2007), M (11 fatture, l'ultima emessa il 14/09/2007), P (22 fatture, l'ultima emessa il 28/09/2007), V (14 fatture, l'ultima emessa il 12/09/2007), AA (20 fatture, l'ultima emessa il 11/10/2007), AS (40 fatture residue, l'ultima emessa il 03/07/2007), AT (13 fatture, l'ultima emessa il 11/12/2007), AU (2 fatture, l'ultima emessa il 21/12/2007).

La prescrizione, dunque, estinguerebbe 274 condotte criminose, contestate in continuazione, ovvero la maggior parte degli illeciti oggetto di imputazione; tale dato integra senz'altro, unitamente alle numerose condotte (dal 2003 al 18 febbraio 2007) per le quali è stata già dichiarata la

cf

prescrizione, il "*numero considerevole di casi di frode grave*" che resterebbero impuniti in conseguenza della disciplina sul prolungamento, non oltre un quarto, del termine di prescrizione.

3.6.1. La concreta rilevanza della questione, inoltre, deriva dalla circostanza che, ad eccezione del reato *sub* H, la cui prescrizione sarebbe maturata il 28/07/2015, per tutti gli altri reati la prescrizione sarebbe decorsa successivamente alla pubblicazione della decisione della Corte di Giustizia *in re Taricco*, dell'8 settembre 2015: il termine massimo sarebbe infatti decorso, rispettivamente, il 01/10/2015 per i capi C e L, il 13/02/2016 per il capo D, il 22/11/2015 per il capo M, il 06/12/2015 per il capo P, il 20/11/2015 per il capo V, il 19/12/2015 per il capo AA, il 11/09/2015 per il capo AS, il 29/03/2016 per il capo AU.

Al riguardo, infatti, non va omissa che in ordine alla *efficacia* dell'obbligo di disapplicazione si è immediatamente registrata una divergenza interpretativa: la sentenza emessa da Sez. 3, n. 2210 del 15/09/2015, Pennacchini, Rv. 266121, ha disapplicato gli artt. 160 e 161 cod. pen. nei confronti di imputati per i quali i termini di prescrizione erano già scaduti prima della decisione della Corte di Giustizia dell'8 settembre 2015, sul rilievo che la sentenza *Taricco* fosse meramente *dichiarativa* del diritto dell'Unione; anche l'ordinanza n. 339 del 18 settembre 2015 (in G.U. n. 2 del 13/01/2016) con la quale la Corte di Appello di Milano ha sollevato (simile, ma non coincidente) questione di costituzionalità ha promosso il giudizio incidentale sul presupposto che quasi tutti i reati in contestazione fossero già estinti per prescrizione (§ 4 del *Ritenuto in fatto*), e dunque, in considerazione del brevissimo lasso di tempo (dieci giorni) dalla pubblicazione della sentenza *Taricco*, prima dell'8 settembre 2015.

Al contrario, nel solco di una autorevole dottrina, ed in coerenza con le conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa *Taricco* dinanzi alla Corte di Giustizia, la Sez. 4 di questa Corte ha ritenuto che i principi affermati dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande sezione, *Taricco* e altri dell'8 settembre 2015, C-105/14, in ordine alla possibilità di disapplicazione della disciplina della prescrizione prevista dagli artt. 160 e 161 cod. pen. se ritenuta idonea a pregiudicare gli obblighi imposti a tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, non si applicano ai fatti già prescritti alla data di pubblicazione di tale pronuncia (3 settembre 2015), in tal senso reputando non rilevante la questione di costituzionalità sollecitata (Sez. 4, n. 7914 del 25/01/2016, Tormenti, Rv. 266078, contenente il *refuso* in ordine

cf

alla data di pubblicazione della sentenza della Corte di Giustizia, emessa l'8 settembre 2015).

A prescindere, per il momento, dalla condivisibilità o meno dei due orientamenti richiamati, va al riguardo precisato che nel presente procedimento la rilevanza della questione va ribadita anche qualora dovesse ritenersi maggiormente persuasiva la tesi della non applicabilità del *dictum* della Corte di Giustizia ai fatti per i quali la prescrizione era già maturata prima della sentenza dell'8 settembre 2015, perché i reati contestati risulterebbero invece estinti per prescrizione successivamente a tale data.

Inoltre, la questione proposta appare rilevante perché, a differenza dell'ordinanza di costituzionalità proposta dalla Corte di Appello di Milano, ed in ordine alla quale si è espressa la dottrina *infra* richiamata, questa Corte ha ritenuto di sollevare l'incidente di costituzionalità sotto diversi aspetti, ulteriori rispetto a quello dell'irretroattività della legge penale; sotto tali profili, dunque, non rileva l'applicabilità o meno dei principi affermati dalla sentenza *Taricco* anche ai reati (non già commessi, ma) per i quali il termine di prescrizione era già maturato prima dell'8 settembre 2015.

#### **4. Non manifesta infondatezza della questione.**

Ricorrendo le condizioni indicate dalla Corte di Giustizia che fondano l'obbligo, per il giudice nazionale, di disapplicare le norme interne di cui agli artt. 160, ult. comma, e 161, comma 2, cod. pen., questa Corte dubita della compatibilità di tale obbligo con una serie di fondamentali principi costituzionali.

Va, al riguardo, premesso che l'interpretazione dei requisiti ritenuti dalla Corte Giustizia fondanti l'obbligo di disapplicazione – i concetti di “frode” e di “gravità” della frode, e la ricorrenza del “*numero considerevole di casi*” –, lungi dal poter essere ritenuta intrinsecamente contraddittoria, è necessariamente differente a seconda che venga operata ai fini della valutazione di *rilevanza* della questione di costituzionalità, ovvero ai fini del giudizio di *non manifesta infondatezza*.

Il carattere indeterminato che, tra l'altro, connota i presupposti applicativi dell'obbligo di disapplicazione, da un lato fonda (almeno una parte del)le perplessità costituzionali che verranno illustrate, dall'altro necessita di essere colmato mediante un'attività ‘ermeneutica’ - come si dirà, sotto alcuni aspetti esulante dai confini dell'*interpretazione* -, indispensabile ai fini del giudizio di rilevanza della questione.

GR

L'alternativa sarebbe quella, pur autorevolmente sostenuta, della pratica inapplicabilità dell'obbligo di disapplicazione per indeterminatezza dei presupposti; alternativa, tuttavia, non consentita, sia per la vigenza di un obbligo di fedeltà 'comunitaria', sia per l'applicazione già operata anche da questa Corte (Sez. 3, n. 2210 del 15/09/2015, Pennacchini, Rv. 266121).

#### **4.1. La dottrina dei "controlimiti".**

Secondo quanto ripetutamente riconosciuto dalla Corte Costituzionale, *"la Costituzione italiana contiene alcuni **principi supremi** che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come **limiti assoluti** al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'**essenza dei valori supremi** sui quali si fonda la Costituzione italiana. Questa Corte, del resto, ha già riconosciuto in numerose decisioni come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale, sia quando ha ritenuto che anche le disposizioni del Concordato, le quali godono della particolare "copertura costituzionale" fornita dall'art. 7, comma secondo, Cost., non si sottraggono all'accertamento della loro conformità ai "principi supremi dell'ordinamento costituzionale" (v. sentt. nn. 30 del 1971, 12 del 1972, 175 del 1973, 1 del 1977, 18 del 1982), sia quando ha affermato che la legge di esecuzione del Trattato della CEE può essere assoggettata al sindacato di questa Corte "in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana" (v. sentt. nn. 183 del 1973, 170 del 1984)" (Corte Cost., n. 1146 del 29 dicembre 1988, § 2.1.).*

In particolare, nei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento (all'epoca) comunitario, la Corte Costituzionale ha riconosciuto la prevalenza del diritto sovranazionale nelle materie (in passato molto più circoscritte) di competenza dell'Unione, in ragione delle limitazioni di sovranità cui lo Stato italiano ha consentito sulla base dell'art. 11 Cost.; nondimeno, proprio nell'ambito di tali rapporti, è stata sovente ribadita la *"garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali"* dell'ordinamento costituzionale o con i *"diritti inalienabili della persona umana"* (Corte Cost., n. 183 del 27 dicembre 1973, § 9); anche nella sentenza n. 170 del 8 giugno 1984 è stata ribadita la

42

possibilità che *"la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana"*, quanto alle disposizioni che *"si assumano costituzionalmente illegittime (...) in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi"* (§ 7).

La dottrina dei "controlimiti", elaborata come argine rispetto ad eventuali violazioni dei principi fondamentali della Costituzione e dei diritti inviolabili da parte delle fonti degli ordinamenti sovranazionale e internazionale, del diritto concordatario e delle stesse leggi costituzionali e di revisione, è stata concretamente 'azionata' con riferimento al principio - ritenuto, appunto, supremo - del diritto alla tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 Cost., nei rapporti con il diritto concordatario (Corte Cost., n. 18 del 2 febbraio 1982, § 5), e, di recente, nel rapporto con l'ordinamento internazionale, a proposito della norma consuetudinaria internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione per atti *jure imperii* (Corte Cost., n. 238 del 22 ottobre 2014).

In particolare questa seconda sentenza ha, per la prima volta, accolto nella giurisprudenza costituzionale la scelta lessicale di "controlimiti", in tal senso opportunamente evidenziando, come osservato nella dottrina costituzionalistica, l'*oggettività* del 'limite' (non rimovibile neppure da chi lo oppone), a differenza della declinazione *soggettiva* e *relativa* insita nell'originaria formula, elaborata da pur autorevolissima dottrina costituzionale, delle "controlimitazioni alle limitazioni di sovranità"; la sentenza n. 238 del 2014, nell'individuare i "controlimiti" nei *"principi qualificanti e irrinunciabili dell'assetto costituzionale dello Stato (...) che sovrintendono alla tutela dei diritti fondamentali della persona"* (§ 3.1.), ha ribadito efficacemente la natura dei 'principi supremi' ed il sindacato di costituzionalità ad essa riservato in caso di loro compressione: *"Non v'è dubbio, infatti, ed è stato confermato a più riprese da questa Corte, che i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscano un «limite all'ingresso [...] delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione» (sentenze n. 48 del 1979 e n. 73 del 2001) ed operino quali "controlimiti" all'ingresso delle norme dell'Unione europea (ex plurimis: sentenze n. 183 del 1973, n.170 del 1984, n. 232 del 1989, n. 168 del 1991, n. 284 del 2007), oltre che come limiti all'ingresso delle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato (sentenze n. 18 del 1982, n. 32, n. 31 e n. 30 del 1971). Essi rappresentano, in altri termini, gli*

**elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale**, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale (artt. 138 e 139 Cost.: così nella sentenza n. 1146 del 1988). In un sistema accentrato di controllo di costituzionalità, è pacifico che questa verifica di compatibilità spetta alla sola Corte costituzionale, con esclusione di qualsiasi altro giudice, anche in riferimento alle norme consuetudinarie internazionali. (...) Anche di recente, poi, questa Corte ha ribadito che la verifica di compatibilità con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale e di tutela dei diritti umani è di sua esclusiva competenza (sentenza n. 284 del 2007); ed ancora, precisamente con riguardo al diritto di accesso alla giustizia (art. 24 Cost.), che il rispetto dei diritti fondamentali, così come l'attuazione di principi inderogabili, è assicurato dalla funzione di garanzia assegnata alla Corte costituzionale (sentenza n. 120 del 2014)" (§ 3.2.).

La dottrina dei "controlimiti", dunque, non va intesa come una forma di resistenza degli Stati nazionali ai processi di integrazione sovranazionale e internazionale, ma l'espressione rigorosa della sovranità popolare, nella sua dimensione irrinunciabile.

Vi è, infatti, una corrispondenza biunivoca tra controlimiti e sovranità popolare, nel senso che se "la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione" (art. 1 Cost.), non è il popolo - privo di soggettività internazionale -, ma lo Stato italiano a "consentire (...) alle limitazioni di sovranità" (art. 11 Cost.); i controlimiti rappresentano, dunque, lo strumento costituzionale per esercitare, nelle "forme e nei limiti" della Costituzione, la sovranità popolare, che può essere limitata, ma non ceduta; e le limitazioni non possono compromettere la dimensione dei principi fondamentali della Costituzione, alterando l'identità costituzionale dell'ordinamento nazionale.

Sulla base di tali rilievi vanno, dunque, articolati i dubbi di costituzionalità che l'obbligo di disapplicazione delle norme sul prolungamento dei termini di prescrizione solleva con riferimento a plurimi parametri costituzionali, ritenuti coesenziali al nucleo dell'identità costituzionale dell'ordinamento nazionale.

Infatti, oltre al profilo del principio dell'irretroattività della legge penale, sul quale si è soffermata la già citata ordinanza della Corte di Appello di Milano, nonché le prime pronunce di legittimità, e la dottrina, a parere di questa Corte la dubbia costituzionalità dell'obbligo di disapplicazione deriva in maniera significativa dal principio di riserva di legge, e dagli altri principi fondamentali (artt. 3, 11, 27, comma 2, 101, comma 2, Cost.) invocati quali parametri di costituzionalità, talmente avvinti al "nucleo essenziale" della

CF

legalità da dover essere assunti in una considerazione sistematica e complessiva, consapevole degli intrecci, e non in una riduttiva prospettiva atomistica e parcellizzata.

**4.2. Il principio di irretroattività della legge penale (art. 25, comma 2, Cost.).**

La disapplicazione delle norme di cui agli artt. 160, ult. comma, e 161, comma 2, cod. pen., imposta dall'art. 325 TFUE, nell'interpretazione attribuita dalla Corte di Giustizia *in re Taricco*, determinerebbe la retroattività *in malam partem* della normativa nazionale risultante: l'effetto sarebbe, infatti, quello di allungare i tempi della prescrizione anche in relazione a *fatti* commessi prima della sentenza *Taricco*.

Al riguardo, la Corte di Giustizia ha affrontato il problema della potenziale violazione del principio di legalità in materia penale, giungendo ad una conclusione negativa.

Adottando quale parametro di riferimento l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (CDFUE) - secondo cui *"Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima"* - , che, in forza del successivo art. 52 CDFUE, recepisce il principio del *nullum crimen* nell'estensione riconosciutagli dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo formatasi sulla corrispondente previsione dell'art. 7 CEDU, la Corte di Lussemburgo ha affermato che la materia della prescrizione del reato concerne il profilo *processuale* delle condizioni di procedibilità del reato, e dunque non è coperta dalla garanzia del *nullum crimen*; in tal senso, infatti, anche l'applicazione del termine di prescrizione a fatti già commessi, ma non ancora giudicati in via definitiva, deve ritenersi compatibile con l'art. 7 CEDU, che si limita a garantire che il soggetto non sia punito per un *"fatto"* o con una *"pena"* non previsti dalla legge al momento della sua commissione.

La sentenza *Taricco* espressamente afferma: *"la disapplicazione delle disposizioni nazionali di cui trattasi avrebbe soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale pendente, di consentire un effettivo perseguimento dei fatti incriminati nonché di assicurare, all'occorrenza, la parità di trattamento tra le sanzioni volte a tutelare, rispettivamente, gli interessi finanziari dell'Unione e quelli*

4h

della Repubblica italiana. Una disapplicazione del diritto nazionale siffatta non violerebbe i diritti degli imputati, quali garantiti dall'articolo 49 della Carta" (§ 55); di conseguenza, "non ne deriverebbe affatto una condanna degli imputati per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva un reato punito dal diritto nazionale (v., per analogia, sentenza Niselli, C-457/02, EU:C:2004:707, punto 30), né l'applicazione di una sanzione che, allo stesso momento, non era prevista da tale diritto. Al contrario, i fatti contestati agli imputati nel procedimento principale integravano, alla data della loro commissione, gli stessi reati ed erano passibili delle stesse sanzioni penali attualmente previste" (§ 56); pertanto, nel richiamare la giurisprudenza della Corte di Strasburgo formatasi sulla previsione dell'art. 7 CEDU, "che sancisce diritti corrispondenti a quelli garantiti dall'articolo 49 della Carta", sostiene che "la proroga del termine di prescrizione e la sua immediata applicazione non comportano una lesione dei diritti garantiti dall'articolo 7 della suddetta Convenzione, dato che tale disposizione non può essere interpretata nel senso che osta a un allungamento dei termini di prescrizione **quando i fatti addebitati non si siano ancora prescritti**" (§ 57).

La minore estensione del riconoscimento offerto, nell'ordinamento sovranazionale e nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, al principio di legalità in materia penale, in quanto limitato alla previsione del *fatto* e della *sanzione*, implica, per la Corte di Giustizia, che la disciplina della prescrizione venga attratta nel regime *processuale*, non già *sostanziale*, governato dal principio del *tempus regit actum*.

4.2.1. La dimensione di valore essenziale dell'identità costituzionale del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, idoneo ad essere 'azionato' come "controlimite", appare talmente evidente da far sembrare ultronea qualsiasi argomentazione al riguardo, trattandosi di garanzia posta a fondamento di tutti gli ordinamenti costituzionali democratici.

Sia sufficiente, al riguardo, il richiamo delle limpide ed efficaci affermazioni della Corte Costituzionale, che, nella sentenza n. 394 del 23 novembre 2006, rammentava: "il principio di retroattività della *lex mitior* ha una valenza ben diversa, rispetto al **principio di irretroattività della norma penale sfavorevole**. Quest'ultimo si pone come **essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo dell'esigenza della "calcolabilità" delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale**. Avuto riguardo anche al fondamentale

CF

*principio di colpevolezza ed alla funzione preventiva della pena, desumibili dall'art. 27 Cost., ognuno dei consociati deve essere posto in grado di adeguarsi liberamente o meno alla legge penale, conoscendo in anticipo – sulla base dell'affidamento nell'ordinamento legale in vigore al momento del fatto – quali conseguenze afflittive potranno scaturire dalla propria decisione (al riguardo, v. sentenza n. 364 del 1988): aspettativa che sarebbe, per contro, manifestamente frustrata qualora il legislatore potesse sottoporre a sanzione criminale un fatto che all'epoca della sua commissione non costituiva reato, o era punito meno severamente. In questa prospettiva, è dunque incontrovertito che il principio de quo trovi diretto riconoscimento nell'art. 25, secondo comma, Cost. in tutte le sue espressioni: e, cioè, non soltanto con riferimento all'ipotesi della nuova incriminazione, sulla quale pure la formula costituzionale risulta all'apparenza calibrata; ma anche con riferimento a quella della modifica peggiorativa del trattamento sanzionatorio di un fatto già in precedenza penalmente represso. In questi termini, il principio in parola si connota, altresì, come **valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali (...) assolutamente inderogabile (...)**" (§ 6.4.).*

4.2.2. La conclusione alla quale giunge la Corte di Giustizia non appare conforme al più esteso riconoscimento del principio di legalità in materia penale nell'ordinamento nazionale, come delineato dalla giurisprudenza costituzionale, e di conseguenza, al principio di irretroattività della legge penale.

Al riguardo, infatti, ciò che rileva è che l'obbligo di disapplicazione determinerebbe l'applicazione di una disciplina complessivamente più sfavorevole anche ai fatti commessi prima della sentenza *Taricco*.

L'art. 53 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea sancisce il criterio del *best standard* del livello di protezione nella tutela multilivello dei diritti fondamentali: "Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri"; ed il precedente art. 49 della Carta di Nizza riconosce proprio il principio di legalità, ed il corollario dell'irretroattività, tra i diritti fondamentali dell'Unione.

4

Ebbene, pur nella consapevolezza che, nel recente caso *Melloni*, il più elevato *standard* di tutela garantito dal sistema domestico (spagnolo) è stato ritenuto recessivo rispetto alla *primauté* del diritto eurounitario (CGUE, GS, 26/02/2013, *Melloni c. Ministerio Fiscal*), la Carta di Nizza afferma che, in caso di asimmetria nella tutela di un diritto fondamentale tra l'ordinamento nazionale e quello europeo, il diritto deve essere riconosciuto e salvaguardato nella sua più ampia estensione, secondo il criterio del *best standard*, rappresentando la tutela europea il livello di protezione minimo (in tal senso, di recente, si è espresso il *Bundesverfassungsgericht*, 15/12/2015, R., nella medesima materia, oggetto del caso *Melloni*, del mandato di arresto europeo, affermando che la protezione dei diritti inalienabili garantiti dalla Costituzione tedesca prevale sull'applicazione della legislazione 'comunitaria').

Nel caso in esame, dunque, il principio di irretroattività dovrebbe essere garantito nella più ampia estensione riconosciuta dall'ordinamento costituzionale italiano, che vi ricomprende tutti i presupposti della punibilità, compresa la prescrizione.

4.2.3. Va, del resto, osservato che la prescrizione rientra nell'ambito dei presupposti e delle condizioni della punibilità, ed in ragione di tale dimensione ne viene affermata la *natura sostanziale*, con conseguente riconoscimento della garanzia dell'irretroattività.

Sul punto, giova rammentare che la prescrizione è configurata nel nostro ordinamento come causa di estinzione del reato, come si evince *ad abundantiam* dall'inserimento nel relativo Capo I del Titolo VI del codice penale: sebbene la collocazione legislativa delle relative norme non assuma un carattere decisivo, ma sia comunque pregnante - soprattutto ove si pensi al diverso inquadramento del previgente codice Zanardelli del 1889, che qualificava la prescrizione come causa di estinzione dell'azione penale (art. 91) -, la concezione sostanziale si fonda anche sull'interpretazione letterale dell'art. 157 cod. pen. ("*la prescrizione estingue il reato*") e sulla possibilità, sancita dall'art. 129 cod. proc. pen., di un accertamento giudiziale, sia pure nei limiti dell'evidenza probatoria, che il fatto non sussiste o non è previsto dalla legge come reato o che l'imputato non lo ha commesso, anche allorquando sia maturata la prescrizione; la norma, infatti, induce a ritenere che la prescrizione non incida sull'azione penale, atteso che, non avendo natura processuale, non ha efficacia preclusiva di ogni provvedimento sul merito.

Del resto, l'opinione minoritaria che in dottrina, soprattutto in passato, ha sostenuto la natura processuale della prescrizione, ha fondato la propria

4

ricostruzione sulla 'ultrattività' di alcuni effetti (confisca dei beni, obbligazioni civili) derivanti dal reato, seppur prescritto; la percorribilità di tale tesi sembrerebbe ancor più problematica alla luce dell'orientamento, ancora controverso, espresso in recenti *arrêts*, anche della giurisprudenza europea (Corte EDU, 29/10/2013, Varvara c. Italia), sulla illegittimità di una misura ablativa senza una definitiva affermazione di responsabilità penale, in quanto impedita dalla prescrizione.

La tesi della natura sostanziale della prescrizione, del resto, gemma dalla stessa concezione della *punibilità* quale elemento essenziale del reato: una risalente autorevole dottrina definiva il reato "*come l'insieme dei coefficienti necessari al prodursi della conseguenza giuridica della pena*", e quindi "*mancando uno qualsiasi di questi coefficienti non v'è possibilità di questa conseguenza giuridica, non v'è punibilità: e quindi non v'è reato*".

Ai riguardo, va evidenziato che tale concezione faceva riferimento, in una impostazione essenzialmente retributiva, alla dimensione *normativa* della "*punibilità in astratto*", non già alla dimensione *applicativa* della *pena* (come "*punibilità in concreto*").

Tuttavia, sebbene l'equazione reato-fatto punibile abbia attenuato il carattere di indefettibilità, a partire dalla legislazione 'premiale' in materia di criminalità terroristica e mafiosa, in una evoluzione culminata nei recenti interventi legislativi che hanno introdotto paradigmi normativi di non punibilità del reato (messa alla prova e particolare tenuità del fatto), sempre più corroborando la rappresentazione di una "sequenza infranta", nondimeno l'essenza del reato resta sempre avvinta alla dimensione normativa della punibilità in astratto del fatto.

E, almeno nell'attuale disciplina, la prescrizione, quale causa di estinzione del reato, elide proprio tale dimensione *normativa*, in quanto presupposto e condizione astratta della punibilità, a differenza dei più recenti paradigmi normativi che affidano la non punibilità del reato a giudizi *ex post* ed in concreto (sulla particolare tenuità dell'offesa, nell'art. 131 *bis* cod. pen., sull'esito positivo della prova, nell'art. 168 *ter*, comma 2, cod. pen.), che presuppongono il perfezionamento di un fatto *astrattamente* punibile; tant'è che, nella messa alla prova, il corso della prescrizione del reato – in quanto presupposto astratto della punibilità – è sospeso (art. 168 *ter*, comma 1, cod. pen.), e la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione prevale sulla esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* cod. pen. sia perché diverse sono le conseguenze che scaturiscono dai due istituti, sia perché il primo di essi estingue il reato, mentre il secondo lascia

4

inalterato l'illecito penale nella sua materialità storica e giuridica (Sez. 3, n. 27055 del 26/05/2015, Sorbara, Rv. 263885).

In tal senso, dunque, mentre la causa estintiva della prescrizione può ritenersi appartenere alla dimensione della c.d. "meritevolezza di pena" (*Strafwürdigkeit*, nella terminologia della dottrina d'oltralpe che ha elaborato il concetto), fondante la criminalizzazione del fatto, l'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto e per l'esito positivo della messa alla prova appartengono, più propriamente, alla dimensione del c.d. "bisogno di pena" (*Strafbedürfnis*).

4.2.4. Nel senso della natura sostanziale, come è noto, si è sempre espressa anche la giurisprudenza costituzionale, che nella sentenza n. 393 del 23 novembre 2006, pronunciata a proposito della disciplina transitoria della prescrizione introdotta dalla l. 251 del 2005, ha espressamente affermato: *"la locuzione «disposizioni più favorevoli al reo» si riferisce a tutte quelle norme che apportino modifiche in melius alla disciplina di una fattispecie criminosa, ivi comprese quelle che incidono sulla prescrizione del reato (sentenze n. 455 e n. 85 del 1998; ordinanze n. 317 del 2000, n. 288 e n. 51 del 1999, n. 219 del 1997, n. 294 e n. 137 del 1996). Una conclusione, questa, coerente con la natura sostanziale della prescrizione (sentenza n. 275 del 1990) e con l'effetto da essa prodotto, in quanto «il decorso del tempo non si limita ad estinguere l'azione penale, ma elimina la punibilità in sé e per sé, nel senso che costituisce una causa di rinuncia totale dello Stato alla potestà punitiva» (Cass., Sez. I, 8 maggio 1998, n. 7442). Tale effetto, peraltro, esprime l'«interesse generale di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venir meno, o notevolmente attenuato (...) l'allarme della coscienza comune, ed altresì reso difficile, a volte, l'acquisizione del materiale probatorio» (sentenza n. 202 del 1971; v. anche sentenza n. 254 del 1985; ordinanza n. 337 del 1999)".*

La natura sostanziale della prescrizione è stata di recente ribadita anche dalla sentenza 28 maggio 2014, n. 143, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del raddoppio dei termini di prescrizione per l'incendio colposo (§ 3).

Non rileva, ai fini che interessano, la sentenza n. 236 del 2011, richiamata da Sez. 3, n. 2210 del 15/09/2015, Pennacchini, Rv. 266121, in quanto la Corte costituzionale, lungi dall'omettere l'attivazione dei controlimiti, ha ribadito che il principio della retroattività della *lex mitior* non riceve la medesima copertura costituzionale dell'art. 25, comma 2, Cost. riservata all'irretroattività della norma penale sfavorevole, e, vertendo il

42

sindacato sulla disciplina transitoria della prescrizione, ha osservato come il parametro interposto invocato, rappresentato dall'art. 7 CEDU, non fornisca copertura 'convenzionale' alla prescrizione, ritenuta estranea al perimetro del principio di legalità nella declinazione della giurisprudenza europea.

La giurisprudenza granitica della Corte costituzionale, del resto, proprio sul presupposto della natura sostanziale delle norme sulla prescrizione, ha sempre dichiarato l'inaammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale proposte *in malam partem*, poiché il principio di riserva di legge impedisce di incidere *in peius* non soltanto sulla fattispecie incriminatrice e sulla pena, ma altresì sugli altri presupposti e sulle condizioni della punibilità; al riguardo, secondo quanto sottolineato da Corte Cost. n. 324 del 01/08/2008, *"la costante giurisprudenza di questa Corte che, in più occasioni, ha ribadito che il principio della riserva di legge sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost. rende inammissibili pronunce il cui effetto possa essere quello di introdurre nuove fattispecie criminose, di estendere quelle esistenti a casi non previsti, o, comunque, «di incidere in peius sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti alla punibilità, aspetti fra i quali, indubbiamente, rientrano quelli inerenti la disciplina della prescrizione e dei relativi atti interruttivi o sospensivi» (sentenza n. 394 del 2006 e ordinanza n. 65 del 2008)"*.

4.2.5. Non ricorrono i presupposti per una interpretazione costituzionalmente conforme dell'obbligo di disapplicazione individuato dalla Corte di Giustizia: al riguardo, non appare persuasiva la tesi, pur autorevolmente sostenuta in dottrina, secondo la quale la disciplina della prescrizione avrebbe natura *sostanziale* prima dell'esercizio dell'azione penale, assumendo invece natura *processuale* dopo l'attivazione della pretesa punitiva, con la conseguenza che solo la disciplina dell'*interruzione* della prescrizione sarebbe attratta nella logica del processo, e dunque sottratta alla garanzia dell'art. 25, comma 2, Cost.; in tal senso, l'obbligo di disapplicazione dei termini 'ordinari' di interruzione della prescrizione, sancito dalla sentenza *Taricco*, e comportanti un prolungamento dei termini massimi della causa estintiva, sarebbe governato dal principio *tempus regit actum*.

La tesi esposta, infatti, oltre ad essere contraddetta espressamente dalla giurisprudenza costituzionale già richiamata, che ritiene coperti dalla garanzia della riserva di legge tutti gli *"aspetti inerenti alla punibilità, (...) fra i quali, indubbiamente, rientrano quelli inerenti la disciplina della prescrizione e dei relativi atti interruttivi o sospensivi"* (sentenza n. 394 del 2006 e ordinanza n. 65 del 2008)" (Corte Cost., n. 324 del 2008), non appare convincente.

4f

Essa è fondata sulle differenti *rationes* della prescrizione, che, se prima del processo è legata al 'tempo dell'oblio', dopo l'esercizio dell'azione penale sarebbe governata da una logica di contenimento dei tempi processuali.

Tuttavia, la *ratio* di un istituto concerne le finalità perseguite e le esigenze salvaguardate, non sempre coincidendo con la *natura* dell'istituto, che va dedotta dalla disciplina positiva adottata, ed interpretata secondo i consueti canoni ermeneutici (*in primis*, quelli di rilievo costituzionale).

La *natura giuridica* di un istituto, infatti, va desunta dalla conformazione normativa, non già dall'individuazione di *rationes* attribuite, sulla base di precomprensioni legate a soggettive opzioni dell'interprete.

Pur non essendo la sede per più diffuse considerazioni, il rischio sarebbe altrimenti quello della dissoluzione dei criteri classificatori desunti da parametri normativi, in favore dell'utilizzo interpretativo di comprensive e scarsamente selettive finalità (asseritamente) perseguite, secondo paradigmi concettuali che, in altro ambito, condussero all'elaborazione della c.d. "concezione metodologica" del bene giuridico, con conseguente neutralizzazione della funzione critica e interpretativa del concetto.

Ebbene, salvo quanto già evidenziato *infra* § 4.2.3. in merito alla natura della prescrizione, la dimensione sostanziale o processuale della causa estintiva non può prescindere dal profilo assiologico; in tal senso, sebbene nella prassi abbia assunto la funzione di determinare il termine dell'accertamento processuale, in quanto obiettivo (legittimamente) perseguito dall'imputato, da un punto di vista assiologico non si può obliterare che la prescrizione rinviene il proprio fondamento nella finalità rieducativa (secondo alcuni, anche general-preventiva) della pena sancita dall'art. 27, comma 3, Cost., che sarebbe compromessa, nella sua dimensione teleologica, dal decorso del tempo rispetto alla commissione del fatto; anche in tal senso, dunque, il fondamento costituzionale della prescrizione, nella attuale disciplina positiva, connota la natura sostanziale dell'istituto.

Né, del resto, la prescrizione, almeno nella attuale disciplina positiva, può essere ritenuta funzionale alla salvaguardia del principio della durata ragionevole del processo, atteso che, come condivisibilmente osservato da autorevole dottrina processualpenalistica, il principio, affermato nell'art. 111 Cost. soltanto di recente, e dunque non in grado di fondare 'storicamente' l'istituto, non sembra suscettibile di fondarlo neppure 'logicamente', in quanto la conformazione positiva dell'istituto, il cui corso continua a decorrere pure successivamente all'esercizio dell'azione penale, rende la causa estintiva un

48

(legittimo) obiettivo dell'imputato di definizione processuale che determina, al contrario, una significativa dilatazione dei tempi processuali.

Sulla base dell'attuale disciplina, come si è evidenziato, la natura sostanziale della prescrizione non appare suscettibile di essere fondatamente messa in discussione, sulla base del dato normativo e sistematico, confortato dalla comparazione storica e dalla giurisprudenza costituzionale.

Qualora il corso della prescrizione venisse invece sospeso con l'esercizio dell'azione penale – come in diversi ordinamenti occidentali, ed in alcune proposte legislative da tempo allo studio degli organi parlamentari nazionale -, dando rilevanza ad un momento processuale, potrebbe fondatamente affermarsi la natura processuale, e, di conseguenza, l'applicazione del principio *tempus regit actum*: ma questo è un compito che, nel nostro ordinamento costituzionale, spetta al legislatore.

4.2.6. Peraltro, la distinzione tra disciplina *sostanziale* della prescrizione e disciplina *processuale* dell'interruzione della prescrizione appare una *fiction* insuscettibile di fondare, comunque, un'applicazione di più lunghi termini di prescrizione a *fatti* commessi in precedenza.

A prescindere, per il momento, dalla questione della *fonte* dell'obbligo, sotto il profilo del principio di irretroattività della legge penale non rileva che l'aspettativa dell'imputato non riguardi più il *tempo di commissione del reato*, ma, dopo l'esercizio dell'azione penale, il *tempo del processo*. Infatti, un'aspettativa declinata in tali termini sarebbe da qualificare quale interesse di fatto irrilevante sotto il profilo processuale, e ancor prima costituzionale.

Ciò che, al contrario, viene in rilievo è il *diritto* dell'imputato a non subire l'applicazione, imprevista, di una disciplina penale complessivamente più rigorosa rispetto a quella vigente al momento di *commissione del fatto*.

In questa dimensione si articola il "nucleo essenziale" del principio di irretroattività della legge penale, in cui i termini di raffronto devono essere, da un lato, il *diritto* e, dall'altro, il *tempo di commissione del fatto*.

Seppur ispirata da una lodevole finalità garantista, la tesi che propone di delimitare gli effetti dell'obbligo di disapplicazione *in malam partem* imposto dalla sentenza *Taricco* ai soli reati per i quali la prescrizione non era ancora maturata al momento della pubblicazione della decisione (8 settembre 2015), escludendo quelli per i quali il termine di prescrizione era già decorso, appare fondata su un duplice argomento fallace: la natura processuale della prescrizione, che consentirebbe l'applicazione secondo il principio *tempus regit actum*, e la natura costitutiva della sentenza della Corte di Giustizia, assunta a *fonte* diretta del diritto penale.

cf

Pur non essendo la sede per più argomentate considerazioni, la sentenza *Taricco*, come si evidenzierà in prosieguo, non può essere assunta, nell'ordinamento nazionale, alla stregua di una *legge processuale*, la cui entrata in vigore segna il limite temporale di applicazione; e, nell'interpretazione delimitativa degli effetti, addirittura una disciplina transitoria verrebbe surrogata da una argomentazione di carattere interpretativo, in un apogeo della *giurisprudenza-fonte*.

In ogni caso, anche se l'obbligo di disapplicazione *in malam partem* dovesse ritenersi avere ad oggetto una disciplina processuale, governata dal principio *tempus regit actum*, va evidenziato che il dispositivo della sentenza *Taricco* non indica alcuna delimitazione temporale; del resto, anche l'espressione "*quando i fatti addebitati non si siano ancora prescritti*", contenuta al § 57 della motivazione, appare quantomeno controversa, potendo riferirsi l'esclusione dell'allungamento dei termini di prescrizione ai soli reati per i quali la prescrizione sia stata già dichiarata; un riferimento, dunque, che, anche in considerazione dell'oggetto del rinvio pregiudiziale, riguardante un procedimento nel quale i reati non erano già prescritti, né si sarebbero prescritti in un lasso imminente di tempo, sembra concernere soltanto i "rapporti esauriti".

L'eventuale affermazione della natura processuale della prescrizione, del resto, comporterebbe che l'eventuale approvazione della riforma dell'istituto della prescrizione - da tempo all'esame del Parlamento, nella consapevolezza, condivisa anche da questo Collegio, che l'attuale disciplina comporta una serie di insostenibili aporie ed inefficienze per il sistema penale - sarebbe governata dal principio *tempus regit actum*.

#### **4.3. Irretroattività della legge penale, diritto di difesa (art. 24 Cost.) e principio di uguaglianza (art. 3 Cost.).**

La violazione del *diritto* dell'imputato a non subire l'applicazione, imprevista, di una disciplina penale complessivamente più rigorosa rispetto a quella vigente al momento di *commissione del fatto*, inoltre, può essere apprezzata sotto un diverso profilo, che coinvolge altresì la garanzia sancita dall'art. 24 Cost. .

Sul punto, si è già rilevato che le due ipotesi nelle quali la Corte costituzionale ha fino a questo momento 'azionato' i controlimiti hanno riguardato la compressione del diritto di difesa riconosciuto e tutelato dall'art. 24 Cost. (cfr. *infra* § 4.1).

Nel caso in esame, un'applicazione retroattiva (ai *fatti* commessi prima della sentenza *Taricco*) del prolungamento dei termini massimi di prescrizione

48

comprometterebbe il diritto di difesa dell'imputato, che, legittimamente, e sulla base delle informazioni sui *presupposti della punibilità* vigenti al momento della scelta processuale, abbia deciso di non beneficiare dei vantaggi premiali connessi alla scelta dei riti alternativi, e, sulla base dei *nuovi presupposti*, più sfavorevoli, non possa più esercitare le facoltà difensive riconosciute nella competente scansione procedimentale.

Il sostanziale 'cambiamento delle regole in corsa' che conseguirebbe all'obbligo di disapplicazione sancito dalla sentenza *Taricco*, infatti, appare suscettibile di violare non soltanto il "nucleo essenziale" del diritto di difesa, riconosciuto e garantito dall'art. 24 Cost., ma altresì il principio di uguaglianza, sancito dall'art. 3 Cost., per la disparità di trattamento con chi, in analoga situazione processuale, e nella consapevolezza dei *nuovi presupposti della punibilità* legati al prolungamento dei termini di prescrizione, è ancora in tempo per esercitare le facoltà difensive connesse alla scelta dei riti alternativi, ed ai conseguenti trattamenti sanzionatori premiali.

#### **4.4. Il principio di riserva di legge (art. 25, comma 2, Cost.).**

Anche in tal caso, la dimensione di valore essenziale dell'identità costituzionale del principio di riserva assoluta di legge in materia penale, idoneo ad essere 'azionato' come "controlimite", appare talmente evidente da far sembrare ultronea qualsiasi argomentazione al riguardo, trattandosi di garanzia posta a fondamento di tutti gli ordinamenti costituzionali democratici.

È pacifico che il principio, fondato su esigenze di garanzia, più che di certezza, sia funzionale ad evitare arbitri del potere esecutivo e giudiziario, sul presupposto che soltanto il procedimento legislativo sia lo strumento più adeguato a salvaguardare il bene della libertà personale, compreso dallo strumento penale, tutelando i diritti delle minoranze, e consentendo un controllo delle scelte di criminalizzazione della maggioranza.

Al riguardo, la Corte costituzionale, in una sentenza fondamentale sul tema, ha profondamente scandagliato tutti i profili relativi al fondamento, al significato, ed alla funzione del principio di riserva di legge, premettendo che *"l'effettivo ambito di comprensione del <generale> principio di legalità in sede penale non é, almeno di regola, desunto, nella sua ampiezza, dalle sole, peraltro non univoche, formule costituzionali che pur lo enunciano bensì, come é ormai generalmente ammesso, dalla ratio profonda che le ispira, così la reale comprensione, in ispecie, del principio di riserva di legge penale va principalmente ricavata dal fondamento politico-ideologico, sistematico e teleologico dello stesso principio piuttosto che dalle dichiarazioni*

LF

*costituzionali, necessarie e solenni ma non sempre tecnicamente precise, che lo enunciano; dichiarazioni i cui contenuti e limiti vanno, appunto, ricavati, anche e soprattutto, dai precitati fondamenti e, in particolare, dall'oggettiva, determinante funzione che, nell'intero ramo penale dell'ordinamento statale, la riserva in questione esplica" (Corte cost., n. 487 del 25/10/1989, § 2).*

Sotto il "profilo storico-ideologico", la Corte ha evidenziato che la riserva di legge penale superava la frammentazione, sostanziale e formale, delle fonti che caratterizzava l'*ancien régime*, eliminando i vari corpi d'autonomia sociale "a vantaggio dell'unico corpo politico sovrano", affidando "il monopolio della competenza penale (più che) alla legge in quanto atto-fonte, (...) all'organo-Parlamento"; "il monopolio penale del legislatore statale è fondato sul suo essere rappresentativo della società tutta, <unita per contratto sociale>" (§ 3).

Sotto il profilo "sistematico", si è evidenziato che "la statualità, a doppio titolo, del diritto penale postula necessariamente il nascere statuale delle incriminazioni penali. Si è precisato: <a doppio titolo>. Ed infatti, statali sono i particolari interessi e valori tutelati dal ramo penale e statale è il fine perseguito attraverso le incriminazioni: la tutela di tutto l'ordinamento giuridico statale e, così, della vita sociale in libertà, uguaglianza e reciproco rispetto dei soggetti" (§ 4).

Tale aspetto non può che essere sottolineato, e attualizzato, alla luce del nuovo art. 117, comma 2, lett. l), Cost., che riserva alla legislazione esclusiva dello Stato le materie della "giurisdizione e norme processuali" e dell' "ordinamento civile e penale".

Connesso alla statualità del diritto penale è il profilo della finalità rieducativa: "Il secondo titolo di <statualità> del ramo penale attiene ai fini dello stesso ramo. Va notato che la Costituzione disciplina essa stessa parte del settore penale. Tale disciplina, mentre limita la discrezionalità del legislatore, puntualmente chiarisce quali debbano essere i fini del diritto penale. La disposizione di cui all'art. 27, terzo comma, Cost. svela apertamente, indicando la teleologia delle pene, l'identità e le finalità del diritto penale dalle quali la Carta fondamentale parte nel dettare la normativa attinente alla sede penale. L'art. 27, terzo comma, Cost., riguarda, infatti, le sanzioni propriamente penali: e queste, nell'essere particolarmente caratterizzate, sono implicitamente distinte da tutte le altre sanzioni (...) **non solo la Costituzione ben <conosce> il ramo penale ma che nettamente lo <distingue> dagli altri rami**, sottolineando del medesimo esigenze e

cf

fini, che attengono alla comunità tutta, alla tutela dell'intero ordinamento statale" (§ 4).

Infine, "Il terzo profilo, forse il più rilevante, dal quale va esaminata la riserva di legge penale ex art. 25, secondo comma, Cost. è quello della sua funzionalità. Il principio per il quale unica fonte del diritto penale è la legge va chiarito non tanto nella sua generale ratio di garanzia quanto, e particolarmente, nell'oggetto della medesima. Per vero, è stato già adeguatamente posto in luce che ratio della riserva di legge penale e la tutela della libertà e dei beni fondamentali dei singoli soggetti, anche se è stato sottolineato soprattutto l'aspetto negativo della riserva stessa, e cioè l'esclusione di possibili arbitri da parte di altri poteri dello Stato"; il "significato positivo del principio di riserva di legge penale", dunque, risiede nella riserva al legislatore statale delle scelte di criminalizzazione, rispettando "criteri sostanziali di scelta e (...) precise direttive di politica criminale", tra i quali la finalità rieducativa della pena, i principi di sussidiarietà, proporzionalità e frammentarietà dell'intervento penale (§ 5).

In maniera altrettanto significativa, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 230 del 12/10/2012, sulla irrevocabilità del giudicato penale in caso di mutamento giurisprudenziale *in bonam partem*, e con riferimento al parametro interposto della 'legalità convenzionale', ha ribadito il carattere fondamentale del principio di riserva di legge nella declinazione riconosciuta dall'art. 25, comma 2, Cost.: "L'altra affermazione – che riflette, per contro, un orientamento della Corte europea da tempo consolidato – è quella in virtù della quale la nozione di «diritto» («law»), utilizzata nella norma della Convenzione, deve considerarsi comprensiva tanto del diritto di produzione legislativa che del diritto di formazione giurisprudenziale. Tale lettura «sostanziale», e non già «formale», del concetto di «legalità penale», se pure stimolata dalla necessità di tenere conto dei diversi sistemi giuridici degli Stati parte – posto che il riferimento alla sola legge di origine parlamentare avrebbe limitato la tutela derivante dalla Convenzione rispetto agli ordinamenti di common law – è stata ritenuta valevole dalla Corte europea anche in rapporto agli ordinamenti di civil law, alla luce del rilevante apporto che pure in essi la giurisprudenza fornisce all'individuazione dell'esatta portata e all'evoluzione del diritto penale (tra le altre, sentenze 8 dicembre 2009, *Previti contro Italia*; Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola contro Italia*; 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. ed altri contro Italia*; Grande Camera, 24 aprile 1990, *Kruslin contro Francia*). Proprio tale seconda affermazione dimostra, peraltro, come, **nell'interpretazione offerta dalla Corte di**



**Strasburgo, il principio convenzionale di legalità penale risulti meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione Italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali). Ad esso resta, infatti, estraneo il principio – di centrale rilevanza, per converso, nell'assetto interno – della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25, secondo comma, Cost.; principio che, secondo quanto reiteratamente puntualizzato da questa Corte, demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale (sentenze n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989), il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all'esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione".**

In tal senso, dunque, la minore estensione della 'legalità convenzionale' rispetto alla 'legalità costituzionale' "preclude una meccanica trasposizione nell'ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale".

4.4.1. Il principio di riserva di legge statale in materia penale implica, dunque, che il fondamento ed i presupposti della responsabilità penale, compresa la dimensione della punibilità, siano previsti esclusivamente dalla legge statale; nozione nella quale, come si è visto, non rientra il più ampio concetto di "law", comprensivo anche del diritto giurisprudenziale (pur nella più ampia dimensione sovranazionale) (Corte cost., 230 del 2012).

L'obbligo di disapplicazione delle norme sull'interruzione della prescrizione, discendente dalla sentenza della Corte di Giustizia *in re Taricco*, viene mediata nell'ordinamento penale nazionale per il tramite della teoria degli effetti diretti; nondimeno, la fonte dell'obbligo, e degli effetti penali *in malam partem*, resta la sentenza della Corte di Giustizia U.E., che, sebbene deputata in via esclusiva a garantire l'interpretazione del diritto dell'Unione, è un organo giurisdizionale privo di legittimazione politica, che non può esprimere scelte di criminalizzazione nell'ordinamento nazionale.

La conseguenza sarebbe l'irreversibile mutazione genetica della riserva di legge nella differente riserva di diritto; con il conseguente dissolvimento delle garanzie legate, storicamente e istituzionalmente, al monopolio legislativo del diritto penale.

cf

Pur non rientrando nei limiti di sindacabilità della Corte Costituzionale, concernendo il profilo, spettante agli organi sovranazionali, dell'interpretazione ed applicazione del diritto dell'Unione, va nondimeno rilevato, per la diretta incidenza sul principio costituzionale della riserva di legge, che la sentenza *Taricco* travalica i confini della competenza riconosciuta dal Trattato alle istituzioni dell'Unione.

Innanzitutto, la Corte di Giustizia individua la "base legale" per la tutela penale degli interessi finanziari dell'U.E. nell'art. 325 TFUE, che, come si evince dalla collocazione e dal tenore, non è una *norma penale*; l'art. 325 TFUE, infatti, è una disposizione sulla *produzione* delle leggi, rivolta agli Stati membri, a carico dei quali pone un obbligo di risultato preciso, come si evince dal comma 2, secondo cui *"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"*.

Da tale disposizione, e dal complessivo quadro istituzionale dell'Unione, deriva che l'eventuale inadeguatezza della tutela penale apprestata da un ordinamento nazionale potrebbe essere sanzionata con una procedura di inadempimento dello Stato membro (art. 258 e ss. TFUE), non già con l'affermazione di un obbligo di disapplicazione con effetti penali *in malam partem* rivolto ai giudici nazionali; oppure l'Unione avrebbe la possibilità, alternativa, di esercitare i poteri conferiti dall'art. 83 TFUE, mediante adozione di direttive, previo inserimento della materia delle frodi nell'ambito delle competenze penali indirette dell'Unione.

E qui si coglie l'ulteriore aspetto di travalicamento dei limiti – che, come si rileverà in seguito, incide sul rispetto dell'art. 11 Cost. -, in quanto il Trattato UE riconosce alle istituzioni 'eurounitarie', nell'ambito di quelle "limitazioni di sovranità" consentite dall'art. 11 Cost., competenza penale soltanto *indiretta*, prevedendo l'adozione di *direttive* in alcune sfere di criminalità caratterizzate da una dimensione transnazionale; in tal senso, l'art. 83 TFUE prevede che *"Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni"*; e tra tali 'materie' non rientrano, allo stato, le frodi agli interessi finanziari dell'Unione, essendo previste le seguenti 'sfere di criminalità': *"terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di*

cf

*stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata".*

L'assunzione dell'art. 325 TFUE quale "base legale" per la tutela *penale* di interessi finanziari dell'UE, dunque, oltre ad eccedere la natura programmatica della disposizione, finisce per attribuire una competenza penale *diretta* all'Unione, al di fuori degli stessi limiti istituzionali previsti dal Trattato.

**4.5. Il principio di tassatività e determinatezza (art. 25, comma 2, Cost.)**

La *ratio* garantista e la funzione del principio di riserva di legge sarebbero elusi anche in considerazione di un ulteriore profilo, rilevante anche nella dimensione del principio di tassatività della norma penale.

Invero, come si è in precedenza evidenziato, la Corte di Giustizia individua i presupposti dell'obbligo di disapplicazione delle norme sull'interruzione della prescrizione in concetti vaghi ed indeterminati, quali *"la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'UE"* ed il *"numero considerevole di casi di frode grave"* che dovrebbe essere oggetto di accertamento giudiziale.

L'indeterminatezza dei concetti, che comporta una elusione *sostanziale* della stessa riserva di legge, è stata già apprezzata in precedenza, ai diversi fini della valutazione di rilevanza della questione di costituzionalità.

Sotto un primo profilo, si è evidenziato che la nozione di *"frode grave"* è rimessa alla valutazione del giudice, in assenza di parametri normativi univoci e direttamente applicabili; del resto, la stessa individuazione della soglia di € 50.000,00 quale indice di *"gravità"* della frode, in quanto indicata dalla Convenzione PIF, è incompatibile con le soglie di rilevanza penale (non di gravità) indicate in alcuni reati tributari - comunemente commessi in esecuzione delle operazioni fraudolente -, quali l'omessa dichiarazione (l'art. 5 d.lgs. 74/2000 indica la soglia di rilevanza penale in € 50.000,00), l'omesso versamento di IVA (l'art. 10 *ter* indica la soglia in € 250.000,00).

Anche la delimitazione dell'ambito di operatività dell'obbligo di disapplicazione, riconosciuto dalla Corte di Giustizia a *"la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'UE"*, resta del tutto affidata al giudice, non essendo specificate le fattispecie incriminatrici per le quali dovrebbe valere l'obbligo di disapplicazione; la stessa interpretazione proposta da questa Corte, ai diversi fini della valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità, nella prospettiva dell'ordinamento sovranazionale, è stata fondata su disposizioni, come si è evidenziato,

48

'programmatiche', come l'art. 325 TFUE, che scontano un grado di indeterminatezza insuscettibile di applicazione automatica, e sulla fattispecie concreta posta a fondamento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia *in re Taricco*; in altri termini, l'art. 325 TFUE non è una *regola* suscettibile di applicazione giudiziale automatica, ma, al più, una *regola sulla produzione di norme*, diretta all'UE e agli Stati membri; in ambito giurisdizionale, invece, può essere assunta non già come *regola*, che risponde alla logica del "tutto o niente", bensì come *principio*, che risponde alle diverse logiche del bilanciamento di interessi.

Altrettanto eccentrico, rispetto ai principi costituzionali che governano la materia penale, risulta il tentativo - operato ai fini della valutazione di rilevanza della questione - di delimitare l'ambito di operatività della '*norma di derivazione giudiziale*' sull'obbligo di disapplicazione sulla base della *fattispecie concreta* decisa dalla *fonte del diritto* (la "frode carosello" oggetto del rinvio pregiudiziale del Tribunale di Cuneo); opzione ermeneutica, sì imposta dall'obbligo di fedeltà 'comunitaria' e dalla necessità di valutare la rilevanza della questione di costituzionalità, ma che comunque comporta una totale inversione dei canoni costituzionali dell'interpretazione nel nostro ordinamento, fondati sulla astratta delimitazione del *diritto*, e sulla successiva operazione di ascrizione del *fatto* alla fattispecie astratta; al contrario, per delimitare l'ambito di operatività dell'obbligo di disapplicazione si dovrebbe procedere dal *fatto* oggetto del giudizio della Corte di Giustizia per giungere al *diritto*; una prospettiva inedita per gli ordinamenti di *civil law*, che richiama in maniera piuttosto evidente le declinazioni della c.d. *judge-made law* tipica degli ordinamenti di *common law*.

Resta, dunque, l'oggettiva indeterminatezza dell'ambito di operatività dell'obbligo di disapplicazione, non essendo disposto, in maniera precisa, se esso operi soltanto con riferimento ai reati tributari con condotta fraudolenta (artt. 2, 3 e 11 d.lgs. 74/2000), o anche con riferimento ai reati tributari che non descrivono una fraudolenza della condotta (artt. 4, 5, 8, 10, 10 *bis*, 10 *ter*, 10 *quater* d.lgs. 74/2000), ovvero anche con riferimento ad altri reati potenzialmente offensivi degli interessi finanziari dell'UE (tra i quali l'art. 640 *bis* cod. pen., sovente contestato nei procedimenti penali per le c.d. "frodi carosello").

Infine, il terzo requisito che fonda, nell'interpretazione della Corte di Giustizia, l'obbligo di disapplicazione è costituito dalla valutazione, rimessa al giudice nazionale, di apprezzare l'ineffettività delle sanzioni previste "*in un*

48

*numero considerevole di casi di frode grave*" che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea.

Anche in tal caso va innanzitutto evidenziata l'estrema indeterminatezza del requisito, probabilmente più consono alle differenti esperienze di *common law* che pure integrano, sovente in maniera significativa, la matrice culturale della giurisdizione europea.

Al riguardo, come si è già osservato in sede di valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità, tale requisito può essere considerato *in astratto*, ovvero con riferimento all'integralità dei procedimenti pendenti dinanzi alle autorità giudiziarie italiane; in tal caso, tuttavia, esso implicherebbe una prognosi di natura statistica che esula dai limiti cognitivi e valutativi del giudice, e anche di questa Corte; a ciò ostando non soltanto l'assenza di dati statistici affidabili, ma soprattutto l'orizzonte conoscitivo del singolo giudice, necessariamente limitato, dal vigente sistema processuale, ai *fatti di causa*, ovvero i *fatti* che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e dai quali dipenda l'applicazione di norme processuali (art. 187 cod. proc. pen.) rilevanti nel singolo processo, non già nella generalità degli altri processi.

In una seconda ipotesi, il presupposto potrebbe risolversi in una prognosi meramente empirica, del singolo giudice, e dell' "esperienza" soggettivamente espressa; in tal caso, tuttavia, il requisito sarebbe del tutto vago ed indeterminato, in quanto fondato su soggettivismi di difficile verificabilità (in senso epistemologico).

In una terza ipotesi, seguita da questa Corte ai diversi ed esclusivi fini della valutazione della rilevanza della questione, il requisito del "*numero considerevole di casi di frode grave*" può essere inteso *in concreto*, con riferimento alle fattispecie oggetto del giudizio rimesso al singolo giudice.

In tutti i casi, dunque, anche in quest'ultimo, che sembra affidare al giudice una più ristretta base cognitiva, la valutazione sul 'grado' (statistico, soggettivo, empirico) di ineffettività delle previsioni sanzionatorie resta comunque rimessa all'esclusiva decisione del giudice nazionale; e da tale valutazione ne discenderebbe una estensione o meno della punibilità.

Non appare, al riguardo, ridondante sottolineare le differenze tra le categorie logiche dell' "*interpretazione*", quale attività di ricostruzione ed individuazione dei confini astratti della *norma* applicabile nel rapporto di interazione tra fattispecie astratta e fatto concreto, della "*discrezionalità*", relativa alla fase di ricostruzione, individuazione e/o concretizzazione dei concetti c.d. elastici della *norma* applicabile al caso concreto, e della "*valutazione*" delle prove, relativa alla fase di accertamento del *fatto* concreto.

cf

Ebbene, nel caso dell'individuazione del "*numero considerevole di casi di frode grave*", non può parlarsi di mera *interpretazione*, mancando qualsiasi confine astratto della *norma*, e neppure di *discrezionalità*, mancando qualsiasi criterio, finalistico o fattuale, di riferimento (come, ad esempio, nel classico caso dell'art. 133 cod. pen.); la categoria logica che viene in rilievo, nel caso di specie, è la "*valutazione*", come del resto espressamente riconosciuto dalla Corte di Giustizia; tuttavia, tranne che nel sindacato di costituzionalità (nel quale il parametro di giudizio è la norma sovraordinata), la *valutazione* ha ad oggetto le *prove*, non già la *norma*; e quindi se la *norma* diviene oggetto di *valutazione*, al di fuori di qualsiasi limite 'legale' o di qualsiasi criterio di riferimento, essa assume i contorni non già di una 'regola di azione', ma di un concetto del tutto elastico, soggetta al totale arbitrio (in senso epistemologico) del giudice, costretto a riempire di contenuto il concetto, ed insuscettibile di orientare "le libere scelte d'azione" del cittadino (Corte Cost., 364 del 1988): in altri termini, la negazione del principio di tassatività e di riserva di legge in materia penale.

Invero, al di fuori di una incontrollabile valutazione giudiziale, non sono indicati i criteri ed i requisiti per ritenere ineffettive le previsioni sanzionatorie in un "*numero considerevole*" di casi di frode grave: in una declinazione statistica, peraltro del tutto inverosimile, quale numero di procedimenti (o di reati) definiti con l'estinzione per prescrizione dovrebbe ritenersi sufficiente ad integrare il requisito del "*numero considerevole*"? ed in una declinazione empirica, nell'ambito di un procedimento avente ad oggetto migliaia di condotte lesive degli interessi finanziari, sarebbe sufficiente l'estinzione di poche decine di reati, magari riguardanti l'evasione di somme estremamente significative, o occorrerebbe l'estinzione di centinaia di reati, seppur riguardanti l'evasione di più contenute somme erariali?

Le considerazioni espresse e gli interrogativi posti evidenziano che l'assoluta carenza di tassatività della *norma* impone al giudice nazionale una valutazione di natura politico-criminale (una *Kriminalpolitik im kleinen*, secondo la felice definizione 'ossimorica' elaborata nella dottrina penalistica d'oltralpe), fisiologicamente riservata, come si è detto, al legislatore, sulla effettività e dissuasività della complessiva disciplina normativa rispetto alla tutela degli interessi finanziari dell'UE; "*valutazione*" che assegna al giudice l'*an* della punibilità in concreto dei fatti lesivi degli interessi finanziari dell'UE.

#### **4.6. Il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.).**

Tale situazione determina due conseguenze immediate: da un lato, la prescrizione, nel settore delle frodi gravi agli interessi finanziari dell'UE, non

42

avrà più i contorni di una disciplina *pret à porter*, confezionata in serie, ma assumerà i connotati di una disciplina 'su misura' del singolo processo, o del singolo imputato, o, addirittura, di gruppi di imputati; evidente, in tal senso, la violazione del fondamentale principio di uguaglianza, sancito dall'art. 3 Cost. .

Il difetto di determinatezza dei criteri che dovrebbero orientare la disapplicazione, dunque, comporta una violazione del principio di uguaglianza, determinando disparità di trattamento tra autori dei medesimi reati, a seconda che gli stessi vengano ritenuti, *in concreto*, e non già in astratto, "un numero considerevole di casi di frode grave".

La disapplicazione *in malam partem* sarebbe del tutto 'randomizzata', essendo fondata su presupposti e requisiti di incerta determinazione, esulanti dai consueti e fisiologici confini della mera attività interpretativa, e ridondanti in vere e proprie valutazioni politico-criminali riservate al potere legislativo.

**4.7. Il principio di separazione dei poteri e di sottoposizione del giudice soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.).**

Sotto diverso ed ulteriore profilo, infatti, l'affidamento al giudice dell'individuazione dell'oggetto ("frode grave"), dell'*ambito di applicabilità* ("la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'UE"), e della valutazione di ineffettività della disciplina ("in un numero considerevole di casi di frode grave"), assegna all'ordine giudiziario un *potere normativo* riservato al legislatore, che viola, all'evidenza, il principio fondamentale – posto a fondamento dello stesso costituzionalismo moderno, almeno a partire dall'Illuminismo – della separazione dei poteri, comportando una sovrapposizione del 'giudiziario' al 'legislativo', e l'attribuzione alla giurisdizione di una funzione *normativa* in materia penale patentemente inosservante del precetto che impone che il giudice sia soggetto "soltanto alla legge" (art. 101, comma 2, Cost.).

Al riguardo, va osservato che la soggezione del giudice "soltanto alla legge" comprende anche le fonti sovranazionali che, in virtù delle limitazioni di sovranità consentite con la stipula dei Trattati, integrano il nostro sistema costituzionale delle fonti; è ormai pacifica l'appartenenza delle 'norme' europee all'ordinamento nazionale, al quale il giudice è soggetto.

Tuttavia, la frizione con il principio di separazione dei poteri non deriva, nel caso in esame, dalla 'provenienza' europea, o giurisprudenziale (rilevante ai diversi fini della riserva di legge), della norma, bensì dal *contenuto* della norma, che rimette direttamente al giudice la valutazione di adeguatezza di una disciplina penale ai fini di prevenzione; in altri termini, al giudice viene

42

affidata una valutazione di natura politico-criminale, relativa all'efficacia general-preventiva della complessiva disciplina penale a tutela degli interessi finanziari dell'U.E., che, in base al principio della divisione dei poteri, non può che competere al legislatore, nazionale o anche - nei limiti e con le forme, come si è evidenziato, soltanto indirette, previste dal TFUE - 'eurounitario'.

Come è stato opportunamente evidenziato in dottrina, ove l'effetto disapplicativo *in malam partem*, connesso a valutazioni politico-criminali di carattere general-preventivo, "una sorta di *opposto in malam partem del giudizio di offensività*", fosse stato previsto da una norma penale interna, non sarebbe stato ritenuto conforme ai principi di tassatività, di riserva di legge e, strettamente connesso, di divisione dei poteri.

**4.8. Il principio della finalità rieducativa della pena (art. 27, comma 3, Cost.).**

4.8.1. L'obbligo di disapplicazione delle norme sull'interruzione della prescrizione, con il conseguente prolungamento dei termini, viene affermato dalla Corte di Giustizia con riferimento esclusivo ai "casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea".

La disciplina, derogatoria rispetto a quella generale, rinviene dunque la propria *ratio* nella tutela degli interessi finanziari dell'U.E., che fonderebbe una maggiore estensione della punibilità delle "frodi gravi" per la salvaguardia dell'interesse alla percezione dei tributi in ambito 'comunitario'.

Tuttavia, il prolungamento dei termini di prescrizione, e quindi della punibilità, in ragione della tutela degli interessi finanziari dell'U.E., comporta una funzionalizzazione della pena eccentrica rispetto al teleologismo costituzionale: la pena non tende più alla rieducazione del condannato, secondo quanto previsto dall'art. 27, comma 3, Cost., ma diviene strumento di tutela degli interessi finanziari dell'Unione.

In tal modo, si registra una inversione della concezione personalistica sottesa alla Costituzione, con una strumentalizzazione dell'individuo-persona che, da "fine" della sanzione penale, ne diviene "mezzo": la visione personalistica sottesa alla funzione rieducativa della pena affermata dalla Costituzione soccombe alla visione patrimonialistica e finanziaria sottesa alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione.

Tuttavia, nella dimensione costituzionale, gli interessi finanziari non possono assurgere a fine della sanzione penale, restando del tutto estranei agli scopi special-preventivi assegnati dalla Carta del 1948 alla pena.

Né potrebbe fondatamente obiettarsi che gli interessi finanziari dell'Unione sono un legittimo bene giuridico suscettibile di tutela, chè, in tal

HR

modo, si incorrerebbe in una inversione metodologica: invero, è pacifico che gli interessi finanziari dell'U.E. (e qualsiasi interesse patrimoniale ritenuto meritevole di tutela da parte del legislatore) fondano la tutela penale apprestata con le relative fattispecie incriminatrici a salvaguardia dell'interesse alla percezione dei tributi (anche 'comunitari'); ma l'assetto della punibilità non può essere modificato, mediante prolungamento dei termini di prescrizione, consentendo l'applicazione della sanzione penale all'esclusivo fine di tutelare gli interessi finanziari, anziché al fine di tendere alla risocializzazione del condannato.

Riprendendo la distinzione concettuale richiamata *infra* § 4.2.2., gli interessi finanziari possono fondare, e fondano, la c.d. "meritevolezza di pena" (*Strafwürdigkeit*, nella terminologia della dottrina d'oltralpe che ha elaborato il concetto), la scelta relativa alla astratta criminalizzazione del fatto, ma non possono assumere rilievo nella dimensione del c.d. "bisogno di pena" (*Strafbedürfnis*).

Allorquando in tale dimensione vengano in rilievo considerazioni politico-criminali - quali quelle relative alla salvaguardia degli interessi finanziari dell'U.E. - , e non per restringere, bensì per estendere la punibilità, la sanzione penale diviene strumento della politica-criminale, e non più strumento di tendenziale risocializzazione della persona.

4.8.2. Va, al riguardo, richiamata la giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha valorizzato il principio di rieducazione sul piano della struttura del reato (con la celebre sentenza n. 364 del 1988), e sul piano della dimensione teleologica della pena, mediante l'affermazione dell'immanenza della finalità rieducativa alla fase dell'astratta previsione normativa, della concreta commisurazione, e dell'esecuzione.

Merita, sul punto, rammentare quanto limpidamente chiarito dalla Corte costituzionale, nella sentenza 2 luglio 1990, n. 313: *"In verità, incidendo la pena sui diritti di chi vi è sottoposto, non può negarsi che, indipendentemente da una considerazione retributiva, essa abbia necessariamente anche caratteri in qualche misura afflittivi. Così come è vero che alla sua natura ineriscano caratteri di difesa sociale, e anche di prevenzione generale per quella certa intimidazione che esercita sul calcolo utilitaristico di colui che delinque. Ma, per una parte (afflittività, retributività), si tratta di profili che riflettono quelle condizioni minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale. Per altra parte, poi (reintegrazione, intimidazione, difesa sociale), si tratta bensì di valori che hanno un fondamento costituzionale, ma non tale da autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla*

lf

Costituzione nel contesto dell'istituto della pena. Se la finalizzazione venisse orientata verso quei diversi caratteri, anziché al principio rieducativo, si correrebbe il rischio di strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale (prevenzione generale) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (difesa sociale), sacrificando il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione. È per questo che, in uno Stato evoluto, **la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stesse della pena.** L'esperienza successiva ha, infatti, dimostrato che **la necessità costituzionale che la pena debba <tendere> a rieducare,** lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, **indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue.** Ciò che il verbo <tendere> vuole significare è soltanto la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione: com'è dimostrato dall'istituto che fa corrispondere benefici di decurtazione della pena ogniqualvolta, e nei limiti temporali, in cui quell'adesione concretamente si manifesti (liberazione anticipata). Se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto. La Corte ha già avvertito tutto questo quando non ha esitato a valorizzare il principio addirittura sul piano della struttura del fatto di reato (cfr. sentenza n. 364 del 1988). Dev'essere, dunque, esplicitamente ribadito che **il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie.** Del resto, si tratta di un principio che, seppure variamente profilato, è ormai da tempo **diventato patrimonio della cultura giuridica europea, particolarmente per il suo collegamento con il <principio di proporzione> fra qualità e quantità della sanzione, da una parte, ed offesa, dall'altra.** Principio che la Corte di Giustizia della Comunità europea ha accolto in tutta la sua ampiezza, al punto da estenderlo all'illecito amministrativo (cfr. sentenze 20 febbraio 1979, n. 122/1978 e 21 giugno 1979, n. 240/1978, in Racc. Giur. C.E.E. 1979, 677 e 2137). Tanto più, quindi, esso deve trovare larga applicazione all'interno di un ordinamento



come il nostro, che ne ha fatto un punto cardine della funzione costituzionale della pena" (§ 8).

Se, pertanto, la finalità rieducativa costituisce uno degli scopi della pena già nella fase della astratta previsione normativa, non può essere del tutto obliterata per la salvaguardia degli interessi finanziari che, impropriamente, assumono rilievo nella dimensione del c.d. "bisogno di pena".

La conseguenza di una tale sovrapposizione di piani, infatti, sarebbe una strumentalizzazione dell'individuo per conseguire finalità di politica criminale, espressione di mere esigenze di prevenzione generale.

**4.9. I principi di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e della finalità rieducativa della pena (art. 27, comma 3, Cost.).**

Sotto diverso ed ulteriore profilo, va sottolineato che il fondamento della prescrizione è stato individuato, dalla dottrina prevalente e dalla stessa giurisprudenza costituzionale, nella funzione special- e general-preventiva della pena; il decorso del tempo dal reato affievolirebbe le esigenze di prevenzione, sia sotto il profilo dell'allarme sociale, sia sotto il profilo dell'attitudine rieducativa di una pena che verrebbe applicata nei confronti di una persona potenzialmente 'diversa', che potrebbe, in ipotesi, essersi nel frattempo integrata e, magari, riappropriata del valore precedentemente offeso.

La Corte costituzionale, con la sentenza 28 maggio 2014, n. 143, con la quale ha dichiarato l'illegittimità del raddoppio dei termini di prescrizione per l'incendio colposo, ha significativamente evidenziato: *"Sebbene possa proiettarsi anche sul piano processuale – concorrendo, in specie, a realizzare la garanzia della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.) – la prescrizione costituisce, nell'attuale configurazione, un istituto di natura sostanziale (ex plurimis, sentenze n. 324 del 2008 e n. 393 del 2006), la cui ratio si collega preminentemente, da un lato, all'«interesse generale di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venir meno, o notevolmente attenuato [...] l'allarme della coscienza comune» (sentenze n. 393 del 2006 e n. 202 del 1971, ordinanza n. 337 del 1999); dall'altro, «al "diritto all'oblio" dei cittadini, quando il reato non sia così grave da escludere tale tutela» (sentenza n. 23 del 2013). Le evidenziate finalità si riflettono puntualmente nella tradizionale scelta di correlare alla gravità del reato il tempo necessario a prescrivere, ancorandolo al livello quantitativo della sanzione, indice del suo maggiore o minor disvalore nella coscienza sociale. Siffatta correlazione, cui già si ispirava la scansione dei termini prescrizionali per "classi di reati", originariamente*

4f

*adottata dal codice penale del 1930, è divenuta ancor più stretta a seguito della legge n. 251 del 2005, la quale - come già ricordato - ha identificato nella durata massima della pena edittale di ciascun reato il tempo sufficiente a decretare, in via presuntiva, il disinteresse sociale per la repressione del fatto criminoso. Al legislatore non è certamente inibito introdurre deroghe alla regola generale di computo dallo stesso posta, non potendo in essa scorgersi un «momento necessario di attuazione - o di salvaguardia - dei principi costituzionali» (sentenza n. 455 del 1998, ordinanza n. 288 del 1999). Nell'esercizio della sua discrezionalità, il legislatore può pertanto stabilire termini di prescrizione più brevi o più lunghi di quelli ordinari in rapporto a determinate ipotesi criminose, sulla base di valutazioni correlate alle specifiche caratteristiche degli illeciti considerati e alla ponderazione complessiva degli interessi coinvolti. Soluzioni di segno estensivo possono essere giustificate, in specie, sia dal particolare allarme sociale generato da alcuni tipi di reato, il quale comporti una "resistenza all'oblio" nella coscienza comune più che proporzionale all'energia della risposta sanzionatoria; sia dalla speciale complessità delle indagini richieste per il loro accertamento e dalla laboriosità della verifica dell'ipotesi accusatoria in sede processuale, cui corrisponde un fisiologico allungamento dei tempi necessari per pervenire alla sentenza definitiva. La discrezionalità legislativa in materia deve essere pur sempre esercitata, tuttavia, nel rispetto del principio di ragionevolezza e in modo tale da non determinare ingiustificabili sperequazioni di trattamento tra fattispecie omogenee".*

La giurisprudenza costituzionale richiamata appare particolarmente significativa: nell'evidenziare la connessione tra prescrizione e funzione rieducativa della pena - che potrebbe essere compromessa da una disciplina della causa estintiva che, per i soli reati a tutela di interessi finanziari dell'U.E., preveda un prolungamento dei termini suscettibile di integrare una sostanziale 'imprescrittibilità' -, afferma che entrambi gli elementi, di natura general- e special-preventiva, sono strettamente collegati alla gravità del reato, come altresì dimostrato dall'ancoraggio legislativo del termine prescrizionale alla pena massima prevista in astratto per il reato; nondimeno, ammette che il legislatore dispone di una ampia discrezionalità nello stabilire termini prescrizionali derogatori rispetto alla mera gravità dei reati; tuttavia, delimita il perimetro di legittimità dell'esercizio di tale discrezionalità, individuando nel particolare allarme sociale di alcuni reati, ovvero nella particolare difficoltà di indagine e di accertamento processuale, che incida in

42

maniera rilevante sulla durata media del processo, le ragioni che possono fondare la previsione di più ampi termini di prescrizione.

Ebbene, nel caso dell'obbligo di disapplicazione sancito dalla Corte di Giustizia, il prolungamento dei termini di prescrizione riguarderebbe non già "alcuni tipi di reato", ma soltanto i reati che ledono gli interessi finanziari dell'UE.

In altri termini, il prolungamento dei termini non coinvolgerebbe tutte le fattispecie astratte di dichiarazione fraudolenta, omessa dichiarazione, emissione di fatture per operazioni inesistenti, ecc., previste dagli artt. 2, 5 e 8 d.lgs. 74 del 2000, bensì soltanto le fattispecie concrete che "ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea"; non è il "tipo di reato" che viene assunto a *discrimen* del differente trattamento, ragionevole in virtù del maggior allarme sociale o della complessità dell'accertamento, ma il "tipo di fatto", in quanto offensivo degli interessi finanziari dell'UE.

Tale conseguenza comporta una violazione del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.), in quanto determina "ingiustificabili sperequazioni di trattamento tra fattispecie omogenee": la stessa fattispecie, in ipotesi di dichiarazione fraudolenta, ove lesiva degli interessi finanziari dell'UE, sarebbe sottoposta ad un prolungamento dei termini di prescrizione; ove risulti lesiva di interessi finanziari 'domestici', sarebbe disciplinata dagli ordinari termini di prescrizione.

La medesima tipologia di fattispecie astratta, del resto, esclude che la sperequazione di trattamento possa essere giustificata da un maggior allarme sociale ovvero da una maggior complessità di accertamento.

#### **4.10. Il principio del rispetto dei controllimiti alle limitazioni di sovranità (art. 11 Cost.).**

Come si è già evidenziato *infra* § 4.1., la dottrina dei "controlimiti" non va intesa come una forma di resistenza degli Stati nazionali ai processi di integrazione sovranazionale e internazionale, ma l'espressione rigorosa della sovranità popolare, nella sua dimensione irrinunciabile.

Come lucidamente osservato nella dottrina costituzionalistica, vi è infatti una corrispondenza biunivoca tra controlimiti e sovranità popolare, nel senso che se "la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione" (art. 1 Cost.), non è il popolo – privo di soggettività internazionale –, ma lo Stato italiano a "consentire (...) alle limitazioni di sovranità" (art. 11 Cost.); i controlimiti rappresentano, dunque, lo strumento costituzionale per esercitare, nelle "forme e nei limiti" della Costituzione, la sovranità popolare, che può essere limitata, ma non ceduta; e le limitazioni

non possono compromettere la dimensione dei principi fondamentali della Costituzione, alterando l'identità costituzionale dell'ordinamento nazionale.

Peraltro, i "controlimiti" assumono rilevanza sia *in negativo*, nella prospettiva nazionale (ai sensi dell'art. 11 Cost.) e nella prospettiva eurounitaria (ai sensi dell'art. 4.2 TUE, e, per alcuni principi, anche ai sensi dell'art. 6.3 TUE), sia *in positivo*, quali riflessi dei *limiti* alle attribuzioni dell'Unione imposti dagli stessi Trattati (artt. 83, 258 e 325 TFUE).

4.10.1. Nella consapevolezza che l'identificazione dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano non possa derivare da un ragionamento di carattere assiomatico, i parametri costituzionali invocati – irretroattività della norma penale, riserva di legge, tassatività, diritto di difesa, finalità rieducativa della pena, uguaglianza, ragionevolezza, divisione dei poteri – appaiono a questa Corte principi che connotano in termini imprescindibili l'identità costituzionale del nostro ordinamento; principi la cui erosione, conseguente agli effetti derivanti dalla sentenza della Corte di Giustizia *in re Taricco*, segnerebbe il limite di non riconoscibilità dell'ordine costituzionale.

In tal senso, va evidenziato che il profilo dei "controlimiti" è legato non soltanto all'individuazione ed alla salvaguardia dei principi supremi, ma altresì alle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost. .

Ebbene, le *limitazioni* di sovranità, oltre a non poter trascinare in vere e proprie *cessioni* di sovranità, intanto sono costituzionalmente legittime, in quanto siano adottate "*nelle forme e nei limiti*" previsti dalle fonti che le consentono.

Al riguardo, il Trattato sull'Unione europea, stipulato dall'Italia, e fonte delle "limitazioni di sovranità" consentite ai sensi dell'art. 11 Cost., prevede, all'art. 4.2: "***L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro.***"

I parametri costituzionali invocati, come si è già osservato, connotano in termini imprescindibili l'identità costituzionale del nostro ordinamento, essendo "insiti" nella struttura fondamentale dello Stato italiano.

4f

Ma gli stessi parametri possono essere considerati altresì quali principi generali della stessa Unione europea, in quanto comuni - i principi della divisione dei poteri, dell'uguaglianza, dell'irretroattività della legge penale, del diritto di difesa - alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, e perciò insuscettibili di compromissione da parte delle stesse Istituzioni europee.

In tal senso, l'art. 6.3 TUE sancisce: "***I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali***".

Ebbene, la consistenza di principi supremi dei parametri invocati, che, a parere di questa Corte, vengono compromessi dall'obbligo di disapplicazione sancito dalla sentenza della Corte di Giustizia *in re Taricco*, dovrebbe attrarli nella sfera di intangibilità propria dei "*principi generali*" della stessa Unione europea (art. 6.3 TUE); peraltro, se l'estensione dei diritti fondamentali garantiti dall'art. 6.3 TUE è circoscritta ai principi costituzionali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri - i principi della divisione dei poteri, dell'uguaglianza, dell'irretroattività della legge penale, del diritto di difesa -, la salvaguardia degli altri principi supremi invocati quali controlimiti - riserva di legge, finalità rieducativa della pena, tassatività - è garantita in modo maggiormente pregnante dall'art. 4.2 TUE.

L'art. 4.2., infatti, nell'affermare che l'Unione rispetta l' "identità nazionale" degli Stati membri insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, garantisce, a sua volta, l'intangibilità dei c.d. "controlimiti", dei principi supremi che connotano l'identità costituzionale di un ordinamento nazionale.

Né potrebbe fondatamente obiettarsi che l'art. 4.2. TUE avrebbe 'comunitarizzato' i controlimiti, incorporandoli nel diritto eurounitario, e trasformandoli da controlimiti *esterni* in semplici limiti *interni* all'ordinamento dell'U.E.; come osservato nella dottrina costituzionalistica, una tale interpretazione, infatti, snaturerebbe la funzione stessa dei controlimiti, neutralizzandone i contenuti, in quanto la gestione ed il rispetto dei controlimiti sarebbe affidato all'ordinamento (in tal caso, 'eurounitario') nei cui confronti essi vengono opposti; in tal senso, la norma del Trattato sarebbe costituzionalmente illegittima per contrasto con il metapprincipio supremo della intangibilità dei principi supremi.

4f

Resta, dunque, integra l'esclusività della competenza dell'ordinamento costituzionale nazionale ad affermare i caratteri ed il contenuto della propria identità nazionale, nelle forme e nei modi previsti dalla Costituzione.

Ciò che l'art. 4.2 TUE aggiunge è la garanzia che le stesse Istituzioni eurounitarie sono tenute a rispettare l'identità costituzionale degli Stati membri; e dunque, in caso di violazione di tale *limite*, l'ordinamento nazionale che registrasse un mancato rispetto della propria identità costituzionale sarebbe, da un lato, legittimata (ai sensi del Trattato sull'Unione), e, dall'altro, obbligata (ai sensi della Costituzione interna), ad opporre i "controlimiti" alla penetrazione del diritto sovranazionale ritenuto irriducibilmente incompatibile con i principi supremi della propria Costituzione.

Lungi dall'innescare pretese 'guerre' tra Corti, o tra ordinamenti, dunque, l'opposizione dei "controlimiti" non è altro che una fisiologica *actio finium regundorum* tra ordinamento nazionale e ordinamento sovranazionale, nel complesso e multifattoriale processo di integrazione europea, alla stregua delle norme costituzionali (art. 11 Cost.) e internazionali (art. 4.2 TUE) che ne regolano l'evoluzione, delimitando – finchè si tratti di *Unione*, e non di *fusione*, di ordinamenti - le rispettive attribuzioni.

4.10.2. Sotto tale profilo, dei *limiti* alle competenze dell'Unione, pur non rientrando nel perimetro di sindacabilità della Corte Costituzionale, concernendo il profilo, spettante agli organi sovranazionali, dell'interpretazione ed applicazione del diritto dell'Unione, va nondimeno rilevato che la sentenza *Taricco* travalica i confini delle attribuzioni riconosciute dal Trattato alle istituzioni dell'Unione.

Invero, come già osservato *supra* § 4.4.1. nella diversa prospettiva del principio di riserva di legge statale, la Corte di Giustizia individua la "base legale" per la tutela *penale* degli interessi finanziari dell'U.E. nell'art. 325 TFUE, che, come si evince dalla collocazione e dal tenore, non è una *norma penale*; l'art. 325 TFUE, infatti, è una disposizione sulla *produzione* delle leggi, rivolta agli Stati membri, a carico dei quali pone un obbligo di risultato preciso, come si evince dal comma 2, secondo cui "*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*".

Da tale disposizione, e dal complessivo quadro istituzionale dell'Unione, deriva che l'eventuale inadeguatezza della tutela penale apprestata da un ordinamento nazionale potrebbe essere sanzionata con una procedura di inadempimento dello Stato membro (art. 258 e ss. TFUE), non già con

hr

l'affermazione di un obbligo di disapplicazione con effetti penali *in malam partem* rivolto ai giudici nazionali; oppure l'Unione avrebbe la possibilità, alternativa, di esercitare i poteri conferiti dall'art. 83 TFUE, mediante adozione di direttive, previo inserimento della materia delle frodi nell'ambito delle competenze penali indirette dell'Unione.

E qui si coglie l'ulteriore profilo di travalicamento dei limiti – che, come si è evidenziato, incide sul rispetto dell'art. 11 Cost. –, in quanto il Trattato U.E. riconosce alle istituzioni 'eurounitarie', nell'ambito di quelle "limitazioni di sovranità" consentite dall'art. 11 Cost., competenza penale soltanto *indiretta*, prevedendo l'adozione di *direttive* in alcune sfere di criminalità caratterizzate da una dimensione transnazionale; in tal senso, l'art. 83 TFUE prevede che "*Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire **norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni** in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni*"; e tra tali 'materie' non rientrano, allo stato, le frodi agli interessi finanziari dell'Unione, essendo previste le seguenti 'sfere di criminalità': "*terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata*".

L'assunzione dell'art. 325 TFUE quale "base legale" per la tutela *penale* di interessi finanziari dell'U.E., dunque, oltre ad eccedere la natura programmatica della disposizione, finisce per attribuire una competenza penale *diretta* all'Unione, al di fuori degli stessi limiti istituzionali previsti dal Trattato.

5. Alla stregua delle considerazioni che precedono, dunque, va proposta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, che ordina l'esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (TFUE), nella parte in cui impone di applicare l'art. 325, § 1 e 2, TFUE, dal quale – nell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, 08/09/2015, causa C – 105/14, Taricco – discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160, comma 3, e 161, comma 2, cod. pen., in presenza delle circostanze indicate nella sentenza europea, allorquando ne derivi la sistematica impunità delle gravi frodi in materia di IVA, anche se dalla

CF

disapplicazione, e dal conseguente prolungamento del termine di prescrizione, discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, per contrasto di tale norma con i parametri di cui agli artt. 3, 11, 25, comma 2, 27, comma 3, 101, comma 2, Cost. .

**P.Q.M.**

Letto l'art. 23 l. 11 marzo 1953 n. 87,  
solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, che ordina l'esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (TFUE), nella parte che impone di applicare l'art. 325, § 1 e 2, TFUE, dalla quale - nell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, 08/09/2015, causa C - 105/14, Taricco - discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160, comma 3, e 161, comma 2, cod. pen., in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, allorquando ne derivi la sistematica impunità delle gravi frodi in materia di IVA, anche se dalla disapplicazione, e dal conseguente prolungamento del termine di prescrizione, discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, per contrasto di tale norma con gli artt. 3, 11, 25, comma 2, 27, comma 3, 101, comma 2, Cost.

Sospende il giudizio in corso, ed i relativi termini di prescrizione, fino alla definizione del giudizio incidentale di legittimità costituzionale.

Manda la Cancelleria per gli adempimenti di rito, disponendo che gli atti siano immediatamente trasmessi alla Corte costituzionale, e che l'ordinanza sia notificata alle parti ed al Pubblico Ministero, nonché al Presidente del Consiglio dei Ministri, e sia comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Così deciso in Roma il 30/03/2016

Il Consigliere estensore

Giuseppe Riccardi

*Giuseppe Riccardi*

Il Presidente

Renato Grillo

*Renato Grillo*

