

LE SENTENZE TARICCO COME GIURISDIZIONE DI LOTTA

*Tra disapplicazioni “punitivo” della prescrizione
e stupefacenti amnesie tributarie (*)*

di Massimo Donini

Abstract. *Lo studio affronta l’analisi del caso Taricco come problema di cultura e limiti della giurisdizione in prospettiva eurounitaria, esamina l’impossibilità di applicare l’art. 325.2 TFUE a tale caso, alla luce della disciplina tributaria di dazi, IVA e accise in rapporto al bilancio UE, rilegge entrambe le sentenze della CGUE come esempi paradigmatici di diritto penale di lotta (dove l’interprete persegue scopi esterni alla fattispecie), anche per l’uso indebito di analogia da norme penali di eccezione, e individua i limiti all’uso retroattivo di nuove regole sulla prescrizione anche nel caso di una sua disciplina di natura processuale.*

SOMMARIO: 1. Il diritto penale di lotta. Concetto. – 2. Il diritto di lotta nella cultura giuridica dell’UE da CG 13 settembre 2005 al TFUE. – 3. Perché la giurisdizione non è uno strumento di lotta contro fenomeni generali. – 4. La prima sentenza Taricco della CGUE, tra lotta e disapplicazione. – 5. L’appello all’art. 325, par. 1 e 2, TFUE: una disapplicazione manipolativa, con estensione analogica di norma eccezionale a lacuna creata dall’interprete, in assenza di *eadem ratio*. – 6. *Segue*. Dazi, accise e Iva sui tabacchi lavorati esteri: le stupefacenti amnesie tributarie della CGUE e la rilevanza del solo par. 1 dell’art. 325 TFUE nella fattispecie. – 7. Come la cultura del diritto penale di lotta sia stata decisiva per la sentenza Taricco. – 8. La seconda sentenza Taricco della CGUE: una concessione al garantismo nazionale per il “passato”. – 9. ...e per il “presente” un’affermata processualizzazione della prescrizione in nome dell’uropeismo (e del “governo”) giudiziario. – 10. La prescrizione processuale come scenario del post-Taricco? – 11. I vincoli di legalità e di irretroattività in caso di discipline processuali della prescrizione. – 12. Prescrizione punitivista e regime intertemporale.

1. Il diritto penale di lotta. Concetto.

Il diritto penale di lotta¹ si differenzia dalle forme conosciute della ricerca di obiettivi di *sicurezza mediante il diritto penale*², va ben oltre la cultura di un *diritto penale*

(*) È il testo, riveduto, della relazione svolta a Roma, il 1 febbraio 2018, presso la Corte di Cassazione al Convegno su “*Primato del diritto dell’Unione e principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale italiano: la sentenza della Corte di giustizia nella causa C-42/17 e gli scenari futuri*”.

orientato all'idea dello scopo e quindi alla subordinazione del diritto (penale) alla politica (criminale) quale progetto "veggente" che fa della regola uno strumento per raggiungere dei risultati, ed è diverso da ciò che talora è stato etichettato come un diritto "orientato alle conseguenze", e che come tale esige un giudice che non attua meri programmi condizionali (se x... allora y), e non si limita ad applicare sillogismi³.

Non si tratta neppure più, qui, di "concezioni strumentali della pena", meglio note come concezioni relative della pena contrapposte alle concezioni retributive-assolute.

Tutte le predette impostazioni o culture, infatti, apparivano e sono ancora conciliabili con l'idea del diritto (penale) come forma di giustizia: *cioè la ricerca di una soluzione individualizzata ad un conflitto tra parti dove il giudice è veramente terzo e la fattispecie costituisce un limite insuperabile.*

Il diritto penale di lotta, invece, rispetto a queste diverse manifestazioni, costituisce una radicalizzazione delle concezioni strumentali del diritto pur presenti nell'idea dello scopo e ancor meglio in quelle dell'orientamento alle conseguenze. Adesso è il diritto stesso, nella sua "progettualità" prima ancora che nella sua "funzione", ad essere concepito come il mezzo per uno scopo diverso dalla semplice tutela di beni o dalla "giusta" regolazione di rapporti. Il mezzo giuridico non si limita a rinviare a una mera teleologia ad esso interna, o ad un orientamento della sua applicazione alle rationes che sorreggono il contenuto delle norme, oppure al raggiungimento di risultati che la norma stessa impone di guadagnare attraverso il suo rispetto, sia pur con l'applicazione di letture sostanzialistiche, da "giurisprudenza degli interessi".

È piuttosto la norma stessa a funzionare come strumento per scopi ad essa anche esterni.

La norma minaccia un male e questo male è un'arma per raggiungere un risultato. Lo scopo, però, oltre a quello specifico della singola incriminazione (per esempio,

¹ M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non può limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione crim.*, n. 2/2007, 55 ss., 74 ss.; ID., *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Monduzzi, Bologna, 2007, 131 ss.; ID., *Il terrorista-straniero come nemico e le contraddizioni di una giurisdizione penale di lotta*, in *I diritti dei nemici*, Quaderni fiorentini n. 38/2009, tomo II, 1699 ss. (§§ 2-4); ID., *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice penale delle indagini preliminari a quello postdibattimentale*, in *Questione giustizia*, 2016, quaderno su *Terrorismo internazionale, politiche della sicurezza, diritti fondamentali*, 113-144, anche (in versione ridotta) in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Esi, Napoli, 2017, 121 ss. Ma v. anche W. HASSEMER, *Stiamo andando verso un diritto penale del nemico?*, in *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di A.M. Stile, Esi, Napoli, 2000, 83 ss., 99 ss.

² Cfr W. HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, in *Strafverteidiger*, 2006, 321 ss.; M. DONINI, M. PAVARINI, a cura di, *Sicurezza e diritto penale*, BUP, Bologna, 2009.

³ *Sulle differenti culture degli orientamenti agli scopi, ai valori e alle conseguenze in diritto penale*, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2004, spec. 15 ss.; ID., *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 40 ss.; ID., *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1998, 37 ss., *via con opportuni richiami anche comparati.*

prevenire e reprimere le *singole condotte* riconducibili a fattispecie di associazioni criminali, o finalizzate a una frode finanziaria transnazionale o a un crimine sovranazionale ecc.), è nello stesso tempo la vittoria contro un “fenomeno” generale dannoso o pericoloso.

A fronte di questa descrizione concettuale si può dire che il diritto penale dell’UE presenti caratteri marcatamente orientati al diritto penale di lotta.

2. Il diritto di lotta nella cultura giuridica dell’UE da CG 13 settembre 2005 al TFUE.

Il *novum* della legislazione europea e internazionale vigente, rispetto al modello sopra tracciato (§ 1) del diritto penale di lotta, è costituito da *tre aspetti*:

a) *l’idea della lotta e l’impegno a una prassi conforme* sono inseriti espressamente all’interno delle leggi penali o quanto meno delle leggi che “fanno corpo” con quelle penali nel definire la compiuta strategia di tutela: sono presenti *addirittura in testi “costituzionali” come il TFUE*⁴;

⁴ Ricordo infatti, nel corpo del TFUE, tra gli altri più numerosi, i seguenti richiami alla lotta o alla necessità di combattere fenomeni generali: *Articolo 3* (ex articolo 2 del TUE) 1. [omissis] 2. L’Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata [omissis] *la prevenzione della criminalità e la lotta* contro quest’ultima. *Articolo 43* 1. Le missioni di cui all’articolo 42, paragrafo 1, nelle quali l’Unione può ricorrere a mezzi civili e militari, comprendono [omissis]. Tutte queste missioni possono contribuire alla *lotta* contro il terrorismo, anche tramite il sostegno a paesi terzi per *combattere* il terrorismo sul loro territorio. *Articolo 67* (ex articolo 61 del TCE ed ex articolo 29 del TUE) 1. [omissis] 2. [omissis] 3. L’Unione si adopera per garantire un livello elevato di sicurezza attraverso *misure di prevenzione e di lotta contro la criminalità, il razzismo e la xenofobia, attraverso* misure di coordinamento e cooperazione tra forze di polizia e autorità giudiziarie e altre autorità competenti, etc. *Articolo 75.* (ex articolo 60 del TCE) Qualora sia necessario per conseguire gli obiettivi di cui all’articolo 67, per quanto riguarda *la prevenzione e la lotta contro il terrorismo e le attività connesse*, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, definiscono un insieme di misure amministrative concernenti i movimenti di capitali e i pagamenti, quali il congelamento dei capitali, dei beni finanziari o dei proventi economici appartenenti, posseduti o detenuti da persone fisiche o giuridiche, da gruppi o da entità non statali. *Articolo 79* (ex articolo 63, punti 3 e 4, del TCE) 1. [omissis] 2. [omissis] a) [omissis] b) [omissis] c) [omissis] d) *lotta contro la tratta degli esseri umani, in particolare donne e minori.* *Articolo 83* (ex articolo 31 del TUE), al par. 1, sulla generale competenza penale dell’UE: 1. 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. Dette sfere di criminalità sono le seguenti: 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. *Articolo 86* 1. *Per combattere i reati* che ledono gli interessi finanziari dell’Unione, il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, può *istituire una Procura europea a partire da Eurojust.* [omissis] 2. [omissis] 3. [omissis]. 4. Il Consiglio europeo può adottare, contemporaneamente o successivamente, una decisione che modifica il paragrafo 1 allo scopo di estendere le attribuzioni della Procura europea *alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale*, e che modifica di conseguenza il paragrafo 2 per quanto riguarda gli autori di reati gravi con ripercussioni in più Stati membri e i loro complici. Il Consiglio europeo delibera all’unanimità previa approvazione del Parlamento

b) il clima di lotta, l'utilizzo lessicale di questo termine giuridico, di questo impegno collettivo al quale sono chiamati i pubblici poteri, *giudici compresi*, è ormai esteso a tutti i campi di intervento della "giustizia penale" dell'Unione Europea: dalle frodi comunitarie alla pedopornografia, dal riciclaggio al razzismo, dalla tratta di esseri umani agli stupefacenti alla criminalità economica, dai reati di immigrazione al terrorismo internazionale.

c) L'interprete supremo dei Trattati UE, giudice-legislatore, cioè la CGUE, ha spesso seguito la logica del diritto penale di lotta, già dalla "storica" sentenza Grand Chamber del 13 settembre 2005, nella causa C176/03⁵, quando si schierò a favore della Commissione UE in un conflitto con il Consiglio, per sostenere la legittimità dell'uso di direttive in materia penale, prima della riforma dei Trattati avvenuta a Lisbona: e ciò, per l'appunto, in nome di un'esigenza di lotta contro gravi violazioni in materia ambientale, nel tentativo di introdurre in via ermeneutico-giudiziaria la competenza penale dell'UE⁶.

europeo e previa consultazione della Commissione. Articolo 88 (ex articolo 30 del TUE) 1. Europol ha il compito di sostenere e potenziare l'azione delle autorità di polizia e degli altri servizi incaricati dell'applicazione della legge degli Stati membri e la reciproca collaborazione nella prevenzione e lotta contro la criminalità grave che interessa due o più Stati membri, il terrorismo e le forme di criminalità che ledono un interesse comune oggetto di una politica dell'Unione. E quindi in tema di lotta contro la frode l'Articolo 325 (ex articolo 280 del TCE):

1. L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione.

2. Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari.

3. [omissis]

4. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione della Corte dei conti, adottano le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione.

⁵ G. MANNOZZI – F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di Giustizia C-176-03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 899 ss., 909 ss.

⁶ Non metterei questa sentenza, con quella gemella CGCE 23 ottobre 2007 C-440/05 Commissione c. Consiglio, nel medesimo *milieu* politico-culturale di altre produzioni normative giurisprudenziali che hanno costruito il diritto europeo: da *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* (1963) sugli effetti diretti, a *Costa/Enel* (1964) sulla primazia del diritto europeo, a *Pupino* (2005) sull'efficacia diretta delle direttive. Infatti, l'eredità culturale di *Grand Chamber* 13 settembre 2005 nella causa C176/03 è eversiva per la divisione dei poteri in materia penale. La vicenda che condusse alla "storica" sentenza della Corte di Giustizia del 13 settembre 2005 (v. in particolare i §§ 47 e 48 della decisione della CG), vide la Commissione delle Comunità europee che chiedeva alla Corte di annullare la decisione quadro del Consiglio 27 gennaio 2003, 2003/80/GAI, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale. Riteneva infatti la Commissione che il corretto fondamento normativo in proposito fosse l'art. 175, n. 1, CE e aveva d'altronde presentato, il 15 marzo 2001, una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale. La Commissione era dell'opinione che la decisione quadro non fosse lo strumento giuridico idoneo, perché nell'ambito delle competenze attribuite ai fini del raggiungimento degli obiettivi di cui all'articolo 2 del Trattato che istituisce la Comunità europea, la Comunità avrebbe avuto facoltà di obbligare uno Stato membro ad imporre sanzioni a livello nazionale – *se del caso anche penali* –, qualora ciò risultasse necessario ai fini del raggiungimento di

Il tratto dominante questi aspetti europei è che *la regola che definisce l'illecito serve per combattere un fenomeno che va al di là del suo campo definitorio*.

Con diversa terminologia siamo in presenza di effetti analoghi a quelli che la letteratura paventa quando parla del “*di giudice scopo*”⁷; o a quelli che negli anni Settanta del secolo scorso erano immaginati sotto l’etichetta dell’“*uso alternativo del diritto*”⁸.

È esattamente pensando a esiti di questo tipo che la stessa Corte costituzionale, nell’ordinanza n. 24 del 2017 sulla prima sentenza della CGUE nel caso Taricco, rievoca in modo esplicito e censorio al § 5 un limite che non deve essere valicato: «nell’ordinamento italiano, come anche nell’ordinamento europeo, *l’attività giurisdizionale è soggetta al governo della legge penale; mentre quest’ultima, viceversa, non può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo al giudice*. Non si può allora escludere che la

un obiettivo comunitario. Era in gioco la competenza penale della Comunità europea improntata al metodo comunitario, da sempre pacificamente esclusa dai Trattati, e anche dal Consiglio nella circostanza, ma ora sostenuta in base alla necessità di raggiungere un risultato. *Ex facto oritur ius*. In proposito, la Corte di Giustizia, nel decidere la causa, ricordava che è pacifico che la tutela dell’ambiente costituisce uno degli obiettivi essenziali della Comunità. Dava atto che, secondo una costante giurisprudenza della Corte, la scelta del fondamento normativo di un atto comunitario deve basarsi su elementi oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale, tra i quali, in particolare, lo scopo e il contenuto dell’atto e che, per quanto riguarda la finalità della decisione quadro, risultava tanto dal suo titolo quanto dai suoi primi tre ‘considerando’ che essa persegue un obiettivo di protezione dell’ambiente. Quanto al contenuto della decisione quadro, essa elencava, all’art. 2, una serie di comportamenti particolarmente gravi a danno dell’ambiente, che gli Stati membri devono sanzionare penalmente, con l’obiettivo di una parziale armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati membri, in particolare per quanto riguarda gli elementi costitutivi di vari reati contro l’ambiente. Riconosceva la Corte, in via di principio, che la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrano nella competenza della Comunità. Concludeva peraltro in questo modo la sua decisione: «Quest’ultima constatazione, *non può tuttavia impedire al legislatore comunitario, allorché l’applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi, di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri e che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell’ambiente*”» (§ 48). Giungeva così all’annullamento della decisione quadro. Si trattava di una vera “rivoluzione giudiziaria” che riformava i Trattati: la competenza penale della CE, prima che diventasse UE, era introdotta *in via ermeneutica* sulla base della “necessità” di attivare una “*misura indispensabile di lotta*” contro violazioni ambientali gravi. Come noto, la decisione non ebbe seguito fino a quando la *riforma dei Trattati* avvenuta a Lisbona (13 dicembre 2007), non introdusse la competenza penale dell’UE mediante direttive, poi consacrata nell’art. 83 TFUE.

⁷ Per es. L. VIOLANTE, *Magistrati*, Einaudi, Torino, 2009, 51. V. quindi l’analisi condotta in M. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., cap. II, § 7. Nel dibattito sulla “saga Taricco” il giudice di scopo è poi stato evocato da V. MANES, [La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controllimiti](#), in *questa Rivista*, 6 maggio 2016, 15 ss.; e dopo l’ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017, per es., da D. PULITANÒ, [Ragioni della legalità. A proposito di Corte costituzionale n. 24/2017](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2017, p. 108 ss.; C. SOTIS, “*Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*”. *Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)*, in *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi e C. Cupelli, Jovene, Napoli, 2017, 449 ss.

⁸ Sono però mutati, e di molto, i contesti politici: dagli orientamenti marxisti, della classe operaia, o comunque di una “sinistra” non al potere negli anni Settanta, agli interessi finanziari dell’UE oggi. In entrambi i casi i riflessi penalistici degli straripamenti non sono al centro degli orientamenti, ma appaiono in misura indiretta.

legge nazionale possa e debba essere disapplicata se ciò è prescritto in casi specifici dalla normativa europea. *Non è invece possibile che il diritto dell'Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale e che, in difetto di una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni, quest'ultimo sia tenuto a raggiungerlo con qualunque mezzo rinvenuto nell'ordinamento*⁹.

3. Perché la giurisdizione non è uno strumento di lotta contro fenomeni generali.

Di fronte ai fenomeni descritti va ribadito preliminarmente perché *la giurisdizione non è proprio uno strumento di "lotta"*, anche se può esserlo il diritto penale nel suo uso politico e preventivo. Quando dalla dimensione politica del diritto *socialmente motivante* si passa a quella *giuridica* della decisione *responsabilizzante*, *l'imperativo di non usare il singolo come mezzo per finalità impersonali, di "scambiare" responsabilità (personale) e prevenzione (generale), secondo il dettato dell'art. 27, co. 1, Cost.*, vieta che il momento della lotta contro un fenomeno generale trovi ingresso specifico nella concretizzazione della decisione del giudice sulla responsabilità individuale.

Uno strumento di lotta la giurisdizione non lo è *per molteplici ragioni*:

a) *la giurisdizione non è adatta al contrasto contro fenomeni generali* perché decide domande sui singoli. Ciò dipende già dal *principio della domanda*, dal carattere individuale del meccanismo processuale in genere, ma anche giurisdizionale penale: l'azione penale riguarda responsabilità personali di individui per fatti "consumati" del passato. Non ci sono *class actions* in diritto penale e quando ci sono in via di eccezione (per es. i maxiprocessi) esse distorcono di norma le regole della giurisdizione.

b) *La prevenzione generale, in una logica di lotta, divora colpevolezza, proporzione, rieducazione etc., trattando sempre i singoli come mezzi, non come fini*, o richiede motivazioni occulte, presunzioni, inversioni di oneri probatori, omessi controlli di garanzia. Tutto questo è una perversione della giustizia penale.

c) L'uso delle norme come mezzi di contrasto verso fenomeni "generali" non solo trasforma un diritto di giustizia individuale in un diritto prima di lotta e poi del nemico, ma *muta il dna del giudicante*, che ormai è necessariamente parte del conflitto, *non più terzo imparziale*. Se assisto come difensore o imputato a un processo condotto da un giudice che lotta, so in partenza di essere discriminato rispetto all'accusa. Giudicare casi che siano espressione di un fenomeno in atto (come certe forme di criminalità organizzata, mafiosa e di terrorismo) è infatti la sfida più grande per la terzietà della giurisdizione, come sa ogni magistrato "in prima linea".

Anziché costituire un valido strumento di lotta, *la giurisdizione, tutt'al contrario, è oggi un sistema di controllo universale, ormai, anche sulla politica, anche sulla Ragion di Stato che usa la pena contro gruppi o individui o anche per tenerli immuni*: Statuto di Roma, Tribunali internazionali, Corti supreme, stato di diritto in generale.

⁹ C. cost., ord. n. 24/2017, § 5.

Chiedo venia per questo abbecedario. So peraltro quanto nella vita quotidiana di molti magistrati sia vissuto il rischio qui descritto, tanto da sentirsi quasi narcotizzati ad accettarlo come un fatto addirittura normale.

Ed è proprio l'ABC dello Stato giurisdizionale a introdurci in una vicenda che ha segnato, come noto, il momento di maggior rischio di un conflitto costituzionale fra Stato italiano e UE sul terreno dei c.d. controlimiti¹⁰. Un conflitto che non riguarda affatto, nella lettura che qui ne daremo, una presunta aggressione alla sovranità nazionale in materia di legalità penale italiana¹¹, né il riconoscimento alla CGUE di poteri normanti tipici di una giurisprudenza-fonte nel significato più pregnante, ma riguarda invece *l'idea stessa di giurisdizione* e i suoi *limiti eurounitari*: non la CGUE come (riconosciuto) legislatore, quindi, ma il giudice ordinario come (misconosciuto) non legislatore, neppure se implicitamente autorizzato a diventarlo per effetto di una sentenza europea.

4. La prima sentenza Taricco della CGUE, tra lotta e disapplicazione.

La prima sentenza 8 settembre 2015 della CGUE sul caso Taricco è una tipica espressione letterale e sostanziale del diritto penale di lotta.

Il termine lotta o lottare vi compare 5 volte, mentre il verbo combattere è usato 10 volte.

Soprattutto è la sua *ermeneutica di lotta* che risulta al centro della decisione: l'idea di lotta è alla base della censura della disciplina nazionale italiana in materia di *interruzione della prescrizione* per i casi di frodi gravi lesive degli interessi dell'UE. La censura si spinge all'analisi dell'art. 161, co. 2, c.p. e ricorda che gli Stati in questa materia, e rispetto alla lotta contro le frodi, hanno un "*obbligo di risultato preciso*" (come già CG Grand Chamber 13 settembre 2005).

Così il § 37: "l'articolo 325 TFUE obbliga gli Stati membri a lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure dissuasive ed effettive e, in particolare, li obbliga ad adottare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro interessi finanziari (v. sentenza Åkerberg Fransson, C-617/10,

¹⁰ Rinvio per tutti al volume meritoriamente coordinato da A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017, e qui una rassegna utilissima anche delle posizioni dei diversi AA. che hanno contribuito al libro sul tema, analiticamente commentati sempre da BERNARDI, in un saggio quasi monografico di *Presentazione. I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, ivi, VII-CXXXIII, spec. CVII-CXVII.

¹¹ Così, invece, interpretando il dibattito sui controlimiti, ma ritenendoli non violati, F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti*, cit., spec. 251 ss.; ID., *Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in A. Bernardi – C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 475 ss., 486. Analogamente, L. PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco: dalla "virtuosa indignazione" al rilancio del diritto penale europeo*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti*, cit., 445 ss., 467 ss.

EU:C:2013:105, punto 26 e giurisprudenza ivi citata). E quindi il § 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*”.

Questo punto è decisivo: la CGUE non sembra censurare *specificamente* la disciplina italiana sulla durata della prescrizione alla luce di un indeterminato parametro come quello del par. 1 dell’art. 325 TUF (misure “dissuasive e tali da permettere una protezione efficace”), ma pur non escludendolo si concentra sul più determinato par. 2 dell’art. 325 cit: “2. Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione, *le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari*”.

Ed è alla luce di questo raffronto tra la disciplina del reato associativo finalizzato a commettere delitti “in materia di accise sui prodotti del tabacco” e quello finalizzato a tutti gli altri reati tributari, che si ravvisa *una disparità di trattamento pregiudizievole per l’Iva comunitaria*: parametro di raffronto per scegliere una legislazione sostitutiva di quella che si propone di disapplicare.

Conclude così la CGUE al § 58: “Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla terza questione che *una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dalle disposizioni nazionali di cui trattasi – 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 IVA 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, 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, 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*”.

Questo dunque l’esito della sentenza: l’ermeneutica di lotta produce un obbligo *giudiziale* di disapplicare una disciplina interruttiva della prescrizione, con estensione analogica di una norma eccezionale – che esclude l’interruzione per alcuni reati – e con pedissequi effetti punitivi su fatti *sub iudice*, altrimenti destinati all’estinzione del reato.

Come alcuni interpreti hanno rilevato, c'è qui l'abbandono della stessa dottrina degli effetti diretti solo a favore dei singoli pregiudicati da un inadempimento dello Stato, costruita dalla medesima giurisprudenza europea¹², e l'espansione in forme nuove di una già esistente casistica di disapplicazione in *malam partem*¹³ di norme nazionali: perché dall'art. 325 TFUE, vera "anima" del diritto europeo – un'anima finanziaria – viene ora desunta la possibilità di spiegare in via giudiziaria effetti diretti negativi sui diritti dei singoli, non sui doveri degli Stati in rapporto a una norma di parte generale del codice penale. Per questo abbiamo rilevato come questa "cultura" non ci pare la medesima delle grandi sentenze che hanno sviluppato in via giurisprudenziale il diritto dell'Unione prima che diventasse diritto di lotta. Perché è sì vero che la CGUE è più un legislatore che un giudice nei suoi poteri riconosciuti di *giurisprudenza-fonte*, ma questo non la autorizza a considerare legislatori i giudici ordinari.

5. L'appello all'art. 325, par. 1 e 2, TFUE: una disapplicazione manipolativa, con estensione analogica di norma eccezionale a lacuna creata dall'interprete, in assenza di *eadem ratio*.

Questa operazione è più grave di un'analogia in *malam partem*, come subito vedremo.

Si tratta infatti di una *disapplicazione manipolativa*, non tecnica-automatica, che "crea diritto giudiziale" mediante una successiva *applicazione analogica di una norma eccezionale, senza eadem ratio*, a una lacuna "prodotta" arbitrariamente dall'interprete stesso¹⁴.

Dimostriamo alla lettera questo giudizio.

¹² Con riferimento al caso Taricco v. le puntuali osservazioni di C. AMALFITANO, *Primato del diritto dell'Unione vs. identità costituzionale o primato del diritto dell'Unione e identità nazionale?*, in A. Bernardi – C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra Corti*, cit., 3 ss.; V. VALENTINI, *Sweetening the pill. Il caso Taricco e l'illusionismo prospettico della Consulta*, in www.questionegiustizia.it 12 giugno 2017, 18 ss.; L. BIN, *La prima sentenza "post Taricco" della Cassazione*, in *Arch. pen. online*, n. 1/2016, spec. 8 ss. La versione "garantista" degli effetti diretti costituisce l'ABC della formazione europeista del giurista. Si può consultare qualunque manuale di diritto dell'UE e in prospettiva storica l'ampio studio comparato interdisciplinare, anche se di inizio millennio: J.M. PRINSSSEN – A. SCHRAUWEN (Eds.), *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Europa Law Publishing, Groningen, 2002.

¹³ Sulle vicende di disapplicazioni in *malam partem*, v. la utile ricostruzione di S. MANACORDA, *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., spec. 188 ss.; M. GAMBARDELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *Cass. Pen.*, 4/2016, § 3, e le osservazioni di V. MANES, *La "svolta" Taricco*, cit., 215 ss.

¹⁴ Sui limiti costituzionali a disapplicazioni manipolative da parte del giudice penale ordinario, con specifico riferimento al caso Taricco, T. EPIDENDIO, [Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la "crisi" del diritto penale tra le Corti](#), in *questa Rivista*, 28 settembre 2017, 28 ss., spec. 33 ss.

È stato scritto giustamente che non possiamo assimilare i paragrafi 1 e 2 dell'art. 325 TFUE invocato dalla Corte¹⁵. Infatti l'applicazione del par. 2, invocato nella fattispecie dalla stessa CGUE, è teoricamente compatibile con la *selezione logica di una norma che venga seccamente potata*, perché in contrasto con le finalità di tutela superiori di una disciplina europea, con l'effetto di fare *riattivare* al suo posto una norma diversa preesistente. È il caso della *norma speciale* la cui "disapplicazione" faccia *riespandere in automatico quella norma generale*. Un'operazione di pura logica questa seconda parte dell'intervento, priva di apporti valutativi, come nel rapporto di specialità puro.

Tutta la dottrina che si è richiamata alla pretesa applicazione diretta dell'art. 325.1 TFUE con disapplicazione diretta della prescrizione nazionale per effetto di tale valutazione, ha in effetti omesso di vagliare adeguatamente contenuto e portata dell'asserita violazione anche del par. 2 dell'art. 325.

Sennonché, in concreto *neppure questo è successo*, come subito si vedrà (§ 6).

Ma prima osserviamo la violazione delle *regole ermeneutiche basiche del giudice*, che neppure l'istituto della disapplicazione dovrebbe consentire.

L'art. 161, co. 2, c.p. contiene *una regola generale e una clausola di riserva* che rimanda a *un elenco di eccezioni* contenute nell'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p.

La parte dell'art. 161, co. 2, c.p. che viene disapplicata dalla sentenza Taricco è la *norma generale*, si noti bene. Si afferma che essa non garantisce una durata dei processi compatibile con la lotta contro fenomeni criminali importanti, che in altri casi invece "beneficiano" di una assenza di limiti temporali al ricalcolo prescrizioneale a seguito di interruzione (di fatto più che raddoppiato dopo l'ultima interruzione, dopo essere già raddoppiato *ex art. 157, co. 6, c.p.*). È il caso dei reati elencati nell'art. 51, co. 3-bis c.p.p. Ora, l'effetto della disapplicazione di una norma generale non è mai l'«espansione» di una norma speciale. Senonché, proprio questo, secondo la CGUE, dovrebbe succedere nella fattispecie: venendo meno la regola generale troppo lassista che consente un aumento del termine prescrizioneale di solo $\frac{1}{4}$ dopo l'interruzione, si invoca l'applicazione di una diversa norma speciale, e anzi *eccezionale*, costituita in particolare da *una specialissima ipotesi* prevista dall'art. 51, comma 3-bis c.p.p.: l'art. 291-quater del t.u. di cui al dpr 23 gennaio 1973, n. 43 e succ. mod., in materia doganale, cioè il reato associativo finalizzato al contrabbando di tabacchi lavorati esteri¹⁶, che lo

¹⁵ E. LUPO, [La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2016, p. 226; ID., [La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro](#), in *questa Rivista*, fasc. 12/2017, p. 109 ss., spec. 114 ss.

¹⁶ Questo il testo, in vigore dal 19 aprile 2001: "1. Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti tra quelli previsti dall'articolo 291-bis, coloro che promuovono, costituiscono, dirigono, organizzano o finanziano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a otto anni. 2. Chi partecipa all'associazione è punito con la reclusione da un anno a sei anni. 3. La pena è aumentata se il numero degli associati è di dieci o più. 4. Se l'associazione è armata ovvero se ricorrono le circostanze previste dalle lettere d) od e) del comma 2 dell'articolo 291-ter, si applica la pena della reclusione da cinque a quindici anni nei casi previsti dal comma 1 del presente articolo, e da quattro a dieci anni nei casi previsti dal comma 2. L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento delle finalità dell'associazione, di armi o materie esplodenti, anche se occultate o tenute in luogo di deposito. 5. Le pene previste dagli articoli 291-bis, 291-ter e dal presente

Stato italiana avrebbe privilegiato perché lucra le vantaggiose “accise” che incassa su tali tabacchi.

Nel caso Taricco veniva infatti in considerazione un’ipotesi associativa (art. 416 c.p.), ma finalizzata a normali reati tributari, in materia di II.DD. e IVA: un caso di frodi-carosello (art. 2 e 8 d. lgs. n. 74/2000). Nessuno pensava all’IVA comunitaria, che incide circa per lo 0,30% sul gettito Iva comunque determinato e, dunque, comprensivo sia dell’Iva interna che dell’IVA all’importazione, mentre il 99,70% riguarda l’imposizione dello Stato che è del tutto «equiparata», in materia di reati tributari, a quella “europea”, quanto a regime prescrizione dei reati¹⁷, tanto che esiste, ed è anzi stata nel frattempo accresciuta, una specifica tutela rafforzata in termine di prescrizione, di cui all’art. 17, co. 2, d. lgs. cit., anche se operativa da fine settembre 2011, che vale per le frodi IVA e II.DD. complessivamente.

Dove sta dunque la “disparità”? Secondo la CGUE sta nel non aver apprezzato che di fronte ad associazioni in materia di tabacchi lavorati esteri lo Stato ha optato per un regime rafforzato pari a quello di reati gravissimi nei quali la prescrizione interrotta ricomincia a decorrere, con *raddoppio del termine originario* (art. 157, co. 6 c.p.) e *nuova decorrenza raddoppiata, dopo qualsiasi ultimo atto interruttivo valido*, come nei reati tipici della criminalità organizzata, mentre per le associazioni finalizzate (anche, di fatto) a compromettere lo 0,30% del gettito europeo dell’IVA no.

Si chiede dunque una “disapplicazione” della regola generale, operante anche in materia fiscale, in ragione di un interesse concreto che viene in considerazione in *alcune fattispecie*, e una “applicazione” dell’eccezione doganale.

Ora è evidente che l’operazione che si pretende è *manipolativa*: la disapplicazione è fondata su un *giudizio “di fatto”*, cioè l’insufficienza dei termini prescrizionali italiani per perseguire certi reati, *non su un giudizio “di diritto”*, perché i termini italiani sono assai superiori (oggi il doppio!) rispetto alla media di quelli europei come vedremo (*infra*, § seg.): il fallimento della regola nel singolo processo decide la costruzione di una nuova regola valevole per tutti i reati di quel tipo. La scelta del diverso termine, in particolare, è basata su una valutazione di (pretesa: v il § seg.) “disparità di trattamento” tra interessi nazionali e UE ancorata a *una casistica del tutto speciale ed eccezionale*, una norma che “fa eccezione a regole generali” le quali

articolo sono diminuite da un terzo alla metà nei confronti dell’imputato che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l’attività delittuosa sia portata ad ulteriori conseguenze anche aiutando concretamente l’autorità di polizia o l’autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l’individuazione o la cattura degli autori del reato o per la individuazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti”.

¹⁷ Incomprensibile comunque l’assunto di trattamento diseguale degli interessi europei rispetto a quelli nazionali sotto il profilo dell’assolutamente prevalente e principale coinvolgimento di interessi nazionali (quel 99,70%): se la tutela complessiva va ritenuta politicamente debole, essa riguarda principalmente proprio gli interessi nazionali. Ne fa cenno G. FLORA, *L’influenza della giurisprudenza della Corte di Giustizia sul diritto penale interno: verso un modello penalistico incompatibile con i principi fondativi del sistema penale italiano?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 41; ID., *La “saga Taricco” alle battute finali: verso la rivincita della legalità made in Italy (A proposito della sentenza della Corte di Giustizia U.E., Grande Camera, del 5 Dicembre 2017)*, in *Rassegna tributaria*, in corso di pubblicazione.

invece trattano *allo stesso identico modo* interessi tributari nazionali e UE (d. lgs. 74/2000 e art. 161 c.p.).

L'operazione è manipolativa perché la scelta di "applicare" la regola dettata per l'art. 291-quater del t.u. di cui al dpr 23 gennaio 1973, n. 43 e succ. mod., in materia doganale (una delle eccezioni previste dall'art. 51, co. 3-bis c.p.p. cui rinvia la clausola di riserva dell'art. 161 c.p.), è frutto: a) di un *giudizio politico*; e b) dell'uso di un *parametro estraneo ai confini dei poteri giudiziari*.

Infatti, non si tratta neppure di analogia in senso tecnico, perché l'analogia presuppone una lacuna non intenzionale dell'ordinamento, mentre qui è l'interprete che la produce con la disapplicazione della regola ordinaria; ma neppure sarebbe ammissibile un'analogia in materia di regole eccezionali, non esprimendo quel divieto (di estendere le norme eccezionali) un criterio ermeneutico penale sostanziale, ma di sistema (art. 14 disp. prel. c.c.); e *ad abundantiam* l'analogia non può essere neppure supportata qui neppure da una *eadem ratio*, perché il trattamento prescrizionale di reati (anche associativi) attinenti al prelievo IVA europeo e nazionale è già *identico* per i corrispondenti interessi nazionali, mentre il caso dell'associazione finalizzata ai reati di evasione doganale sui tabacchi lavorati esteri è norma non solo eccezionale, ma per nulla privilegiante le finanze nazionali sotto il profilo tributario, come subito ci accingiamo a dimostrare.

6. Segue. Dazi, accise e IVA sui tabacchi lavorati esteri: le stupefacenti amnesie tributarie della CGUE e la rilevanza del solo paragrafo 1 dell'art. 325 TFUE nella fattispecie.

La CGUE suppone (implicitamente) che la disparità di trattamento che imputa all'Italia dipenda dal fatto che l'art. 291-quater del t.u. di cui al dpr 23 gennaio 1973, n. 43 e succ. mod., in materia doganale, cioè il reato associativo finalizzato al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, riguardi soltanto le "accise" incassate dallo Stato italiano.

Senonché l'art. 291-quater dpr n. 43/1973 e succ. mod. riguarda ipotesi di contrabbando, che comportano evasione di dazi, accise e Iva, i quali ritornano parimenti tutti a vantaggio dell'UE! Infatti i tabacchi lavorati esteri comportano *una triplice imposizione tributaria*, che a diverso titolo torna *sempre anche a vantaggio dell'UE*, anche più di quella relativa ai reati tributari del d. lgs. n. 74/2000.

Si consideri che *il dazio doganale* (quando l'importazione del tabacco – o di altre merci – avviene da Paesi non UE) *viene versato all'Unione*: i dazi sono "risorse proprie" dell'Unione, che le spettano circa all'80%.

*Non manca poi neppure l'IVA all'importazione. Anche l'IVA riscossa conserva una "quota europea", che è sempre lo 0,30%*¹⁸, come in caso di Iva sulle normali transazioni

¹⁸ Cfr. S. ARMELLA, *Diritto doganale dell'Unione europea*, Egea, Milano, 2017, § 42 ss., 67 ss.; M.M. GIUNGATO, *Il contrabbando doganale*, in *Diritto doganale, delle accise e dei tributi ambientali*, a cura di M. Scuffi, G.

imponibili rilevanti per il d. lgs. n. 74/2000: *norma dunque*, quella pur eccezionale dell'art. 51 ter c.p.p., che stabilendo una prescrizione più lunga per le associazioni contrabbandiere in materia di tabacchi lavorati esteri non privilegia l'Italia più dell'Unione europea, perché anche l'UE parimenti e anche più beneficia, con i tributi ricevuti, del diverso regime prescrizione¹⁹. Ma non basta.

Anche le *accise*, quali *imposte sulla produzione* a favore dello Stato, ci risulta che confluiscano in quel *reddito nazionale lordo una cui percentuale è conteggiata quale fonte del finanziamento dell'UE*, reddito che costituisce anzi, nel suo complesso, la base principale delle risorse dell'Unione²⁰.

È invece fuorviante calcolare le sanzioni penali o amministrative per gli illeciti di contrabbando quale punto di riferimento. Infatti, prima della depenalizzazione del contrabbando semplice da poco avvenuta col d. lgs. 15 2016 n. 8²¹, le sanzioni per il contrabbando erano commisurate (“da due a dieci volte”) sui “diritti di confine evasi”, che sono dazi e Iva all'importazione²², mentre non sono “diritti di confine” le accise, che costituiscono invece, quando applicabili, imposte sulla produzione. Invece nel caso dei tabacchi lavorati esteri – il cui contrabbando rimane reato anche dopo la depenalizzazione del 2016 – la pena è della multa proporzionata al peso del prodotto contrabbandato, oltre alla reclusione. Tuttavia, anche nel caso dei tabacchi lavorati esteri si applicano – a prescindere dalla sanzione penale – dazi, IVA e accise, con gli effetti sopra descritti. La sanzione penale per il loro contrabbando, pertanto, e la prescrizione “rafforzata” che li concerne, non può riguardare solo le “entrate

Albenzio, M. Miccinesi, Ipsoa, Milano, 2014, 935; F.C. PALERMO, *L'accisa sui tabacchi lavorati e le altre imposizioni indirette*, *ibidem*, 735 ss.

¹⁹ S. BOLIS, *Depenalizzazione del contrabbando e attenuata tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, in DPC 8 novembre 2016, 16, nota 58 ricorda che i dazi nel contrabbando doganale sono risorsa propria dell'UE, mentre in caso di tabacchi lavorati esteri accise e Iva resterebbero risorsa solo statale. Sennonché, come ricordato nel testo, anche se accise e IVA non sono “risorse proprie” dell'UE, confluiscono egualmente nei suoi finanziamenti secondo i meccanismi indicati nel testo.

²⁰ Sul bilancio dell'UE cfr. http://ec.europa.eu/dgs/budget/index_it.htm e il volume *Multiannual financial framework 2014-2020 and EU budget 2014*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013. *Riportiamo dal Reg. UE 549/2013 relativo al SEC 2010 l'Allegato 19.1* su I Conti dell'Unione Europea. Risorse. Le risorse delle istituzioni e degli organi non finanziari dell'Unione sono costituite principalmente da: dazi doganali e diritti agricoli; tasse sulla produzione di zucchero, isoglucosio e sciroppo di inulina; proventi dell'imposta sul valore aggiunto; e risorsa basata sul reddito nazionale lordo (RNL). La definizione del RNL si trova al precedente § 8.94: *Reddito nazionale (ai prezzi di mercato)*. “Il reddito nazionale lordo (o netto) (ai prezzi di mercato) rappresenta il totale dei redditi primari percepibili dalle unità istituzionali residenti: redditi da lavoro dipendente, *imposte sulla produzione e sulle importazioni al netto dei contributi*, redditi da capitale (da percepire meno quelli da corrispondere), risultato (lordo o netto) di gestione e reddito misto (loro o netto). Il reddito nazionale lordo (ai prezzi di mercato) equivale al PIL al netto dei redditi primari che le unità istituzionali residenti corrispondono a unità non residenti e più i redditi primari che le unità residenti percepiscono dal resto del mondo” [corsivi aggiunti].

²¹ Su tale depenalizzazione, e in senso fortemente critico, v. ampiamente il citato studio di S. BOLIS, *Depenalizzazione del contrabbando*.

²² Cfr. M. M. GIUNGATO, *Il contrabbando doganale*, cit., 920 ss.

nazionali”, in particolare le accise, ma si riflette in maniera diretta sugli interessi UE che in ogni modo sono coinvolti²³.

Nel caso dei tabacchi lavorati esteri, dunque, non esistono disparità di trattamento e tradimento del principio di assimilazione, ciò che di per sé appare risolutivo della “materia del contendere”, per quanto non ci consta sia stato evidenziato nei commenti che hanno un po’ pletoricamente animato la “saga Taricco” negli ultimi due anni.

La CGUE vorrebbe allora applicare una diversa *ratio* di tutela sul punto della durata della prescrizione interrotta, come quella dei reati di criminalità organizzata e assimilati, esclusivamente perché più efficace nell’allungare la prescrizione, e più capace di contrastare il fenomeno evasivo, ma non per una irragionevole o sperequata o affatto esistente disparità di trattamento tra interessi nazionali ed eurounitari. Cita infatti sempre anche il par. 1 dell’art. 325 TFUE.

Ma allora non è più il par. 2 dell’art. 325 TUFUE a venire in gioco, è solo il par. 1: si “vede” una lacuna in base a un giudizio del tutto ideologico²⁴, o meglio strettamente politico. L’art. 325, par. 1, del TFUE è norma palesemente diretta allo Stato-Parlamento, non al potere giudiziario, insuscettibile di fondare effetti diretti negativi sui diritti dei singoli, e impraticabile per qualsiasi applicazione giudiziaria tecnicamente controllabile.

Di qui la pura politicità del giudizio e della natura di giurisprudenza-fonte invasiva di poteri parlamentari della decisione europea che emana una chiamata alle armi della magistratura in funzione vicariale rispetto al potere legislativo.

Per questi motivi si può dire con piena fondatezza che siamo/saremmo in presenza di una nuova prescrizione costruita da un organo giudiziario per effetto di *operazioni che non solo non sono consentite in diritto penale, ma neanche in diritto civile, commerciale o tributario.*

La legittima pretesa UE che lo Stato adotti un regime compatibile con l’effettiva celebrazione dei processi (questione di fatto) rispetto a gravi violazioni tributarie, che interessano anche (in misura minimale rispetto agli interessi protetti) le finanze europee, deve dunque essere rivolta al Parlamento, ma non a organi giudiziari che mancano del potere originario di creare le leggi. Del tutto irrilevante, come anticipato è – sotto il profilo della riserva di legge – che si qualifichi questa normativa come penale processuale anziché come normativa sostanziale: i giudici non possono creare neppure le norme processuali, ovviamente, tantomeno attraverso pseudo-analogie da norme che fanno eccezione a regole generali.

²³ Tutta la dottrina che si è richiamata alla pretesa applicazione diretta dell’art. 325.1 TFUE con disapplicazione diretta della prescrizione nazionale per effetto di tale valutazione, ha in effetti omesso di vagliare adeguatamente contenuto e portata dell’asserita violazione anche del paragrafo 2 dell’art. 325.

²⁴ Che lo stesso concetto di lacuna, la sua identificazione, agli effetti dell’estensione analogica di un’altra norma, dipenda sempre in qualche misura da un atteggiamento ideologico dell’interprete è un rilievo risalente a H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*² (1960), tr. it. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1975, 276 ss.; ID., *General Theory of Law and State* (1945), tr. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas Libri, Milano, 1974, 149-151.

7. Come la cultura del diritto penale di lotta sia stata decisiva per la sentenza Taricco.

L'idea di lotta sottostante all'intervento della CGUE supera il principio di legalità e di divisione dei poteri per tre ragioni fondamentali:

a) Perché impone al giudice di un reato tributario di valutare la decisività *non dell'offesa tipica, ma del danno in concreto* agli interessi finanziari dell'UE, per ricostruire il termine prescrizione del reato stesso. Infatti, come è stato giustamente rilevato, "gli interessi finanziari dell'UE connotano *il fatto-reato concreto, non già la fattispecie incriminatrice astratta*"²⁵.

b) L'IVA comunitaria (*rectius*: la percentuale dell'IVA nazionale destinata all'Ue) interessa lo 0,30% delle riscossioni IVA statali e solo alcune fattispecie di quelle incriminate dalle norme tributarie, che prevedono sempre sia evasioni a Imposte dirette e sia all'IVA, e trattano gli interessi nazionali esattamente con lo stesso regime prescrizione. Ciò significa, per l'appunto, che la fattispecie neanche incriminatrice, ma nel suo regime prescrizione, viene ricostruita come dipendente dalla tutela di un interesse eventuale, e non tipico della norma: che sia ricorrente una lesione degli interessi alla riscossione dell'IVA comunitaria dipende dalla fattispecie concreta giudicata (le incriminazioni, infatti, riguardano alternativamente l'evasione alle II.DD. o all'IVA), che esigerebbe in capo al giudice terzo una torsione ermeneutica degli istituti per raggiungere il *risultato estrinseco, eccentrico alla tipicità del fatto di reato*, costituito da quegli interessi. E invece il mutamento del regime prescrizione viene invocato per tutti i reati tributari: l'interesse pari allo 0,30% relativo ad alcune fattispecie dovrebbe rideterminare in via ermeneutica la prescrizione per tutti i reati tributari riconducibili una fattispecie astratta;

c) La CGUE chiede al giudice *una disapplicazione manipolativa* degli artt. 160, 161 c.p. e 51, co. 3 bis c.p.p.: il giudice infatti non può decidere se raddoppiare il termine di prescrizione, o quale regime di interruzione adottare *per alcuni reati "analoghi"* a quelli già previsti: lo deve fare il legislatore. Non può il giudice manipolare l'art. 51, co. 3, bis c.p.p., o gli 160, 161 c.p. Non potrebbe farlo *neppure se si trattasse di una normativa qualificabile come processuale*, sia perché è la stessa divisione dei poteri che viene infranta, a prescindere dal settore giuridico dove l'operazione avvenga, sia *perché* – anche considerando il tutto in prospettiva penalistica – *il suo scopo non sarebbe l'accertamento, ma la lotta contro il fenomeno in ragione della gravità della materia, del suo peso politico e del bisogno di punire rispetto a un processo in corso*, sì da attrarre pienamente l'azione dell'organo dello Stato nella dimensione penale sostanziale.

²⁵ G. RICCARDI, "Patti chiari, amicizia lunga". La Corte costituzionale tenta il 'dialogo', nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti, in A. Bernardi – C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., (355) 371.

Ci sono dunque tutte le caratteristiche del diritto penale di lotta: *la norma stessa funziona come strumento per scopi ad essa anche esterni*. La norma minaccia un male e questo male è un'arma per raggiungere un risultato. *Lo scopo, però, oltre a quello specifico della singola incriminazione è nello stesso tempo la vittoria contro un "fenomeno" generale dannoso o pericoloso. La lotta contro questo fenomeno appare addirittura secondaria, strumentale nell'ottica primaria delle finanze UE. Il ruolo del potere giudiziario non è più terzo nel processo in corso: sta dalla parte punitiva del banco dell'accusa in sostituzione del legislatore.*

8. La seconda sentenza Taricco della CGUE: una concessione al garantismo nazionale per il "passato".

Se dalla prima sentenza della CGUE passiamo alla *seconda sentenza 5 dicembre 2017 della Grande Sezione sul caso Taricco*, dopo l'ordinanza Corte cost. n. 24 del 2017, la *filosofia del diritto penale di lotta* quale sfondo argomentativo principale *non cambia*. Nella sentenza il termine *combattere* compare 8 volte, mentre il termine *lotta* o *lottare* soltanto 2 volte.

Questa cultura politica *cede al diritto penale di garanzia per il passato* e ciò per effetto di una situazione di conflitto tra Corti e ordinamenti, ma anche del riconoscimento di *limiti costituzionali nazionali di rilevanza anche europea convenzionale (Cedu) e unitaria (UE)*.

Il fatto che la CGUE si dimostri garantista per il passato è stato visto come il risultato di un buon funzionamento del "dialogo tra Corti". Vediamo se davvero si parla lo stesso linguaggio.

Sono in particolare *i principi di determinatezza e legalità* e quello di *irretroattività delle sanzioni più sfavorevoli*, entrambi consacrati nell'art. 7 Cedu, a trovare applicazione, ma solo alle vicende pregresse.

Infatti, dopo avere ricordato il credo dell'impegno dei legislatori nazionali e anche dei giudici combattenti che devono operare anch'essi verso un preciso obbligo di risultato, la CGUE riconosce le ragioni del diritto penale poste sul tappeto dall'ordinanza Corte cost. n. 24 del 2017 e lo fa adottando *una premessa di tipo relativistico*: il discorso riguarda l'Italia e la sua scelta di sottoporre la prescrizione a un regime di diritto penale sostanziale, con tutte le garanzie che ciò comporta²⁶.

Infatti "resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità o l'effettività del diritto dell'Unione" (punto 47). Ricorda poi la Corte europea (punto 49), che "secondo il giudice del rinvio, tali diritti non sarebbero rispettati in caso di disapplicazione delle disposizioni del codice penale in questione, nell'ambito dei procedimenti principali, dato che, da un lato, gli interessati *non potevano ragionevolmente prevedere, prima della pronuncia della sentenza Taricco, che l'articolo*

²⁶ CGUE, Grande sezione, 5 dicembre 2017, C-42/17, § 29.

325 TFUE avrebbe imposto al giudice nazionale, alle condizioni stabilite in detta sentenza, di disapplicare le suddette disposizioni”, e che (punto 50), “secondo detto giudice, il giudice nazionale non può definire il contenuto concreto dei presupposti in presenza dei quali esso dovrebbe disapplicare tali disposizioni – ossia nell’ipotesi in cui esse impediscano di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave – senza violare i limiti imposti alla sua discrezionalità dal principio di legalità dei reati e delle pene”.

Alla luce quindi dell’art. 7 Cedu, della Carta dei diritti fondamentali (art. 49 e 52, par. 3), delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati-Membri, dei principi di legalità dei reati e delle pene, nei suoi requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile, occorre considerare che tali requisiti (punto 58) “ si applicano, nell’ordinamento giuridico italiano, anche al regime di prescrizione relativo ai reati in materia di IVA”.

Al punto 61 si conclude infine che “se il giudice nazionale dovesse quindi essere indotto a ritenere che l’obbligo di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione contrasti con il principio di legalità dei reati e delle pene, esso non sarebbe tenuto a conformarsi a tale obbligo, e ciò neppure qualora il rispetto del medesimo consentisse di rimediare a una situazione nazionale incompatibile con il diritto dell’Unione (v., per analogia, sentenza del 10 luglio 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punti 58 e 59). Spetta allora al legislatore nazionale adottare le misure necessarie, come rilevato ai punti 41 e 42 della presente sentenza”.

Il dispositivo della sentenza del 2017 è dunque una chiara retromarcia rispetto all’input della decisione del 2015, per effetto dell’intervento della Corte costituzionale: *“L’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev’essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell’ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all’inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell’insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell’applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato”.*

Peccato che per il presente e per il futuro questa logica non debba più valere.

9. ...e per il “presente” un’affermata processualizzazione della prescrizione in nome dell’europesismo (e del “governo”) giudiziario.

Gli aspetti più preoccupanti e dissonanti di un diritto penale del “governo giudiziario” sono contenuti nei punti 44, 45 e 60 della seconda sentenza europea (corsivi aggiunti). Punto 44: «Nella fattispecie, alla data dei fatti di cui al procedimento principale, il regime della prescrizione applicabile ai reati in materia di IVA non era stato

oggetto di armonizzazione da parte del legislatore dell'Unione, armonizzazione che è successivamente avvenuta, in modo parziale, solo con l'adozione della direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (GU 2017, L 198, pag. 29)». Prosegue il punto 45: «La Repubblica italiana era quindi libera, a tale data, di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico, detto regime ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati e alla determinazione delle pene, nel diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto, come queste ultime norme, al principio di legalità dei reati e delle pene.

E al punto 60: “i requisiti menzionati al punto 58 della presente sentenza ostano a che, in procedimenti relativi a persone accusate di aver commesso reati in materia di IVA prima della pronuncia della sentenza Taricco, il giudice nazionale disapplichi le disposizioni del codice penale in questione”.

Ricomponendo il discorso vale dunque quanto segue: dalla prima sentenza Taricco della CGUE, cioè dall'8 settembre 2015, l'Italia non può/potrebbe più “applicare” un regime prescizionale in materia di reati associativi finalizzati a frodi tributarie lesive (anche) di interessi UE, che sacrifichi l'effettiva persecuzione penale di tali reati per effetto della debolezza del regime giuridico, confrontato con altri previsti per reati molto gravi. Lo stesso giudice penale è/sarebbe autorizzato ad applicare a tali reati un regime più severo, per i fatti commessi dopo la citata sentenza Taricco. La prima sentenza Taricco vale dunque come diritto nuovo, che elimina ogni aspettativa e prevedibilità di applicazione del regime “sostanziale” della prescrizione. Ciò va posto in collegamento con una importante novità normativa euounitaria: a far data dalla direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, non è più possibile dettare per la prescrizione un regime nazionale in contrasto con tale direttiva che armonizza la disciplina della lotta alle frodi contro gli interessi finanziari dell'UE.

Si tratterebbe dunque, secondo la Corte europea, di una direttiva armonizzante la disciplina della prescrizione, quanto meno in materia di frodi finanziarie UE, non solo sul piano della durata, ma anche della configurazione giuridica della “natura”, sostanziale o processuale, dell'istituto.

La nuova direttiva imporrebbe dunque di processualizzare la prescrizione, con definitiva applicazione ai suoi mutamenti di regime giuridico della regola processuale del *tempus regit actum*.

Tutte queste affermazioni ai punti 44, 45 e 60 sono destituite di fondamento. Ciò non toglie che debbano essere considerate molto seriamente, perché accade che la CGUE anticipi una soluzione politica futura mediante una decisione giuridica sbagliata, quale è quella nel caso giudicato. Dobbiamo infatti considerarla un attore politico, e non solo un organo giurisdizionale²⁷.

²⁷ In tal senso, anche se da opposti punti di vista sul merito della questione, V. MANES, *La “svolta” Taricco*, cit.; F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., 246.

La spinta a “politicizzare” oltre la riserva di legge il compito del giudice, spinta che è al centro di tutta la vicenda, si riflette infine sulla finale sottolineatura e delimitazione “garantista” che, per entrambe le violazioni ritenute dell’art. 325 TFUE (1 e 2 co.), rimane il limite che la violazione in concreto di tali precetti debba riscontrarsi in “un numero considerevole di casi di frode grave”: giudizio di fatto, non *quaestio iuris*, quello del numero considerevole²⁸, che come noto è estraneo alla competenza giurisdicente del magistrato nel singolo processo, mentre è proprio del dovere e potere legiferante del Parlamento, anche se il concetto di frode “grave” potrebbe sempre essere ricostruito normativamente come *quaestio iuris*, alla luce del nuovo e recente § 2.2 della direttiva 5 luglio 2017 sulla lotta alle frodi agli interessi finanziari UE²⁹. A parte l’insostenibilità della pretesa violazione del principio di assimilazione sopra dimostrata rispetto ai reati associativi per contrabbando in materia di tabacchi lavorati esteri (*supra*, § 6), continuiamo a restare ancora sbigottiti. L’idea stessa che la prescrizione dei reati tributari vada *giudizialmente* differenziata in via ermeneutica e non in astratto per tipologie di fattispecie, ma solo per i casi di frode grave, sempre da definire in via ermeneutica attraverso un parametro europeo sopravvenuto, la dice lunga sul tipo di “cultura della giurisdizione” che viene alimentato da queste sentenze³⁰: dove la prescrizione è ormai una vicenda che non deve riguardare il cittadino (certo salvaguardato per un mal tollerato passato), tanto più se è un imputato che deve (ancora) rispondere di una grande evasione³¹, ma solo gli addetti ai lavori e le finanze

²⁸ E. LUPO, *La primauté del diritto dell’UE*, cit., 6; D. PULITANÒ, [La posta in gioco nella decisione della corte costituzionale sulla sentenza Taricco](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2016, 232 ss.

²⁹ Sui percorsi del possibile tentativo di riempire in via ermeneutica questo requisito, M. GAMBARELLA, *La sentenza Taricco 2: obbligo di disapplicazione in malam partem “a meno che” non comporti una violazione del principio di legalità*, in *Cass. Pen.*, 2018, spec. 125 ss., 129 s. Secondo l’A. in definitiva è sempre il concetto di “frode grave” che dovrebbe guidare l’interprete nel valutare se sia violato in concreto il principio di assimilazione. La sua ricostruzione ermeneutica, per es. seguendo il criterio della nuova direttiva UE 5 luglio 2017 sulla lotta alle frodi agli interessi finanziari UE, che fissa (al § 2.2) in un importo di almeno 10 milioni di euro di evasione IVA in realizzazioni transnazionali la soglia oltre la quale definire gravi le frodi alle finanze UE, costituirebbe un possibile parametro. Peccato che la stessa direttiva fissi in 5 anni il tetto massimo della prescrizione “europea”. Parametri confliggenti di un universo neomedievale da ricomporre a unità razionale. Per una anticipata adesione di politica ermeneutica alla normalità di simili operazioni, già L. PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco*, cit., 465 ss.; F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., 269 ss. A proposito di determinatezza: la prima convenzione PIF, ratificata con l. n. 300/2000 fissava all’art. 2 un parametro non superiore a 50.000 € per la gravità delle frodi, e ora sono diventati “pari ad almeno” 10 milioni. Quale scegliere?

³⁰ Il caso Taricco nasce da un *rinvio pregiudiziale* che non era basato non sul parametro dell’art. 325 TFUE, il cui 1 comma contiene solo uno *standard di adeguatezza*, non una regola determinata. È la CGUE che introduce *sua sponte* il tema della violazione dell’art. 325. Nel senso che la violazione di uno standard di adeguatezza, per il carattere indeterminato del parametro, ammetta solo un ricorso in infrazione, ma non un rinvio pregiudiziale, C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007, 136 ss. Il sistema europeo “vivente” purtroppo, pare avere superato quelle colonne d’Ercole.

³¹ Una “cattiva causa” secondo VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., 262. L’ordinanza del Tribunale di Cuneo 17.1.2014 (GUP A. Boetti), commentata da F. ROSSI DAL POZZO, [La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di giustizia](#), in *questa Rivista*, 7 febbraio 2014, non si richiamava a violazioni dell’art. 325 TUF, ma chiedendo di disapplicare la disciplina italiana “comune” sulla interruzione della prescrizione conteneva una filippica contro l’impunità assicurata dal vigente regime

europee. Di qui la spinta a processualizzare il più possibile una prescrizione punitivista dove il ruolo del giudice lottatore non può e non deve essere terzo, ma “dalla parte” di un governo sovrastatale che coincide con la CGUE. Non è questo l’europesismo giudiziario dispiegato del quale parliamo da tempo? Che il giudice nazionale sia abbandonato ai flutti dei poteri forti di Lussemburgo è una patologia italiana di sistema che non può essere felicemente accettata in nome della divisione dei poteri: perché è la divisione dei poteri che viene costantemente tradita dall’inerzia parlamentare.

10. La prescrizione processuale come scenario del post-Taricco?

La motivazione della sentenza della Corte di Giustizia del dicembre 2017 pone sul tappeto una questione da tempo archiviata, ma sempre riemergente: quella della processualizzazione³² del regime della prescrizione del reato. E lo fa limitatamente all’ambito delle frodi finanziarie UE.

La stessa ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale l’ha messo in risalto al § 8: «L’impedimento del giudice nazionale ad applicare direttamente la regola enunciata dalla Corte non deriva da una interpretazione alternativa del diritto dell’Unione, ma esclusivamente dalla circostanza, in sé estranea all’ambito materiale di applicazione di quest’ultimo, che l’ordinamento italiano attribuisce alla normativa sulla prescrizione il carattere di norma del diritto penale sostanziale e la assoggetta al principio di legalità espresso dall’art. 25, secondo comma, Cost. È questa una qualificazione esterna rispetto al significato proprio dell’art. 325 del TFUE, che non dipende dal diritto europeo ma esclusivamente da quello nazionale.

Va aggiunto che tale qualificazione, nel caso di specie, costituisce un livello di protezione più elevato di quello concesso agli imputati dall’art. 49 della Carta di Nizza e dall’art. 7 della CEDU. Esso, perciò, deve ritenersi salvaguardato dallo stesso diritto dell’Unione, ai sensi dell’art. 53 della Carta, letto anche alla luce della relativa spiegazione. La Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, perché non è limitato alla

prescrizionale. Così concludeva al § 19: «lo Stato italiano fa prevalere l’interesse all’impunità dei colpevoli rispetto alla piena attuazione della normativa sovranazionale... La Corte di Giustizia gode di una grandissima opportunità: quella di attuare una svolta epocale in vista di un’applicazione sempre più efficace del diritto dell’Unione».

³² Sono trascorsi vent’anni da un intervento collettivo sul tema: M. NOBILI, L. STORTONI, M. DONINI, M. VIRGILIO, M. ZANOTTI, N. MAZZACUVA, *Prescrizione e irretroattività*, in *Foro it.*, 1998, V, 317 ss. Quelle pagine non hanno perduto di attualità. V. del resto, significativamente, D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, cit., spec. 234 ss.; ID., *La riforma della prescrizione tra processo e retroattività*, in *Atti del Convegno AIDP*, svoltosi a Modena nei giorni 30 marzo-1 aprile 2017, su “La “materia penale” fra diritto nazionale ed europeo”, (dattiloscritto); C. SOTIS, “Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia”, cit., 448 ss.; V. MANES, [La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”](#), in *questa Rivista*, 13 febbraio 2017, 45.

descrizione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità».

È dunque per effetto di un avvenuto dialogo *che la CGUE nella successiva decisione del dicembre 2017 relativizza la soluzione*: dando spazio al vincolo costituzionale che dipende da una scelta del legislatore ordinario.

Ora, che la prescrizione sia istituito di diritto penale sostanziale è peraltro una scelta di legge ordinaria, mentre *nulla vieterebbe in futuro di processualizzarla, perché non c'è un vincolo costituzionale al riguardo*³³.

Anzi. Si potrebbe dire che *la processualizzazione della prescrizione pare più conforme a logiche flessibili, adatte alle cangianti esigenze probatorie dell'accusa*.

Il paradosso è che essa, secondo la Corte di Giustizia, ma anche secondo la Corte costituzionale, sembra *godere di un regime costituzionale rafforzato che dipende (o dipende "soltanto"?) da una scelta di legge ordinaria*.

In questo ragionamento vanno dissipati alcuni equivoci³⁴.

Alcuni principi costituzionali riguardano la "materia penale". Si capisce che se la qualificazione giuridica di un istituto o di una norma viene contrabbandata artificialmente come non punitiva mentre invece lo è, trova applicazione lo statuto dei *criteri Engel* della Corte Edu. Irrilevante che la norma sia formalmente civile, amministrativa o processuale: è sostanzialmente penale.

Viceversa, in assenza di una violazione dei criteri Engel, se una materia è qualificata come penale, ma potrebbe anche non esserlo – quanti reati potrebbero essere solo illeciti amministrativi! – verrà necessariamente sottoposta allo statuto penalistico delle garanzie, ma ciò non significa che il carattere culturalmente condizionato dell'opzione penale renda "arbitraria" la tutela penale derivata dalla qualificazione. La presenza di tradizioni culturali diverse, dunque, relativizza, ma non indebolisce il regime penalistico nazionale.

³³ Si pronuncia in senso contrario M. BIGNAMI, *Note minime a margine dell'ordinanza Taricco*, in A. Bernardi – C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 39 ss., ma purtroppo non è e non è mai stato così. In prospettiva più recente di riforma, e con ampi richiami comparati, v. per tutti, con rassegna anche delle soluzioni sostanziali-processuali miste (v. per es. i ben diversi Progetto Riccio e Progetto Fiorella), S. SILVANI, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Il Mulino, Bologna 2009, 291 ss., 345 ss.; A. PECCIOLI, *La prescrizione del reato tra presente e futuro*, Genova University Press, 2017, 99 ss. In precedenza, con sintetica e ragionata rassegna delle posizioni storiche (sostanziali, processuali, miste), F. GIUNTA – D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, Torino 2003, 63 ss. e poi 102 ss., con commento dei più risalenti disegni di legge 2001, "Kessler" e "Fassone", costruiti su ipotesi "miste", e qui una proposta in apparenza processuale pura (108 ss.), sia pur motivata con ragioni sostanzialistiche, che si distaccano dalla garanzia dell'art. 25 cpv. Cost., pur recuperando limiti di retroattività mediante il principio personalistico. Una ricostruzione di sempre sicuro orientamento, *de lege lata*, aggiornata al 2011, in M. ROMANO, Art. 157/1 ss., in M. Romano – G. Grasso – T. Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, IIP², Artt. 150-240, Giuffrè, Milano 2011, 62 ss.

³⁴ Ne avevamo già trattato, a suo tempo, in M. DONINI, *Prescrizione e irretroattività tra diritto e processo penale*, in *Foro it.*, 2008, cit., spec. 324. In quel contributo non abbiamo peraltro sostenuto la costituzionalizzazione della natura sostanziale della prescrizione (v. anche qui sopra, nel testo). Anche per questo quel dibattito non ci pare né un punto di arrivo, né un vero punto fermo, ma ancora oggi un punto di partenza.

Ciò premesso, la scelta di processualizzare la prescrizione resta una questione soprattutto politica, non suscettibile di *sindacato giuridico* sul nostro sistema³⁵, il quale deve invece rivendicare le ragioni della sua scelta, e non degradarla a *curiosité italienne*³⁶.

L'hanno fatta attrarre nel diritto sostanziale la diversa sensibilità del legislatore nazionale verso l'inerenza della prescrizione alla concreta e uniforme gestione punitiva del reato, alla "potestà punitiva", alla applicazione della pena, nonché alla certezza sulle aspettative di pena e alla liberazione dalla macchina giudiziaria – una vera macchina da guerra che devasta e stravolge vite umane –, e non invece a opzioni lasciate all'accusa, come se questo tempo riguardasse solo l'azione penale: un interesse dei pubblici ministeri o degli operatori del processo (*sic*). Impostazione questa che consente peraltro anche di neutralizzare meglio la possibilità politico-legislativa di abusare della prescrizione per punire "ultrattivamente" alcuni fatti di reato, così immettendo logiche strumentali dentro a discipline sopravvenute che dipendano da interessi "punitivi"³⁷, ma rivolti anche molto al passato.

Senonché, la nuova direttiva UE 2017/1371 del 5 luglio 2017 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, non conforta per nulla la persuasione della CGUE che i termini della soluzione siano ora condizionati da tale direttiva in materia di lotta alle frodi UE e dall'operatività della Procura europea.

Ricordiamo il testo dell'art. 12 della direttiva:

«Articolo 12 – Termini di prescrizione per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie a prevedere un termine di prescrizione che consenta di condurre le indagini, esercitare l'azione penale, svolgere il processo e prendere la decisione giudiziaria in merito ai reati di cui agli articoli 3, 4 e 5 entro un congruo lasso di tempo successivamente alla commissione di tali reati, al fine di contrastare tali reati efficacemente. 2. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per permettere che le indagini, l'azione penale, il processo e la decisione giudiziaria per i reati di cui agli articoli 3, 4 e 5 punibili con una pena massima di almeno quattro anni di reclusione, possano intervenire per un

³⁵ Questo vale, peraltro, dopo la riforma Orlando del 2017, che migliora la disciplina, anche se non in modo del tutto convincente. In precedenza, la riduzione (salvo pur importanti eccezioni) a solo un quarto dell'allungamento ordinario del termine prescrizionale dopo l'interruzione, senza sospensioni endoprocessuali "di regime" (v. ora il nuovo art. 159, co. 2, c.p.), produceva effetti che, comparativamente, presentavano esiti inaccettabili in un contesto europeo e internazionale: v. sul punto gli esatti rilievi di F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., 240, nota.

³⁶ Come sembrerebbe alla lettura di contributi di alcuni europeisti italiani, molto interessati ai diritti fondamentali delle finanze europee non meno che ai diritti fondamentali degli imputati. L'«*anomalia italiana*» non è tanto la "concezione" sostanziale della prescrizione, quanto la durata dei processi, che l'indiscriminato raddoppio dei termini previsto per i reati di competenza della Procura distrettuale (invocati dalla Corte di Giustizia nel caso Taricco) non risolve certamente.

³⁷ "Vecchia" ricostruzione di Giuliano Vassalli, ancora illuminante, e indipendente dalla "punibilità" come quarto elemento della sistematica: approccio molto sostanziale, quello di Vassalli, non "da giurisprudenza dei concetti".

periodo di almeno cinque anni dal momento in cui il reato è stato commesso. 3. In deroga al paragrafo 2, gli Stati membri possono fissare un termine di prescrizione più breve di cinque anni, ma non inferiore a tre anni, purché prevedano che tale termine possa essere interrotto o sospeso in caso di determinati atti.

4. [omissis]».

La lettura di questa disciplina non pare che imponga una ricostruzione in termini processuali della prescrizione. Certo. È questa, come noto, l'opinione anche della Corte Edu, che su tale base ritiene inapplicabile l'art. 7 Cedu alla prescrizione. Ma almeno su un punto la Corte Edu si sbaglia, come vedremo.

In *prospettiva di riforma* si potrebbe certo *dividere la disciplina*: sostanziale quella del tempo ordinario (art. 157-158 c.p.), relativa al *diritto di punire*; e processuale quella del regime di sospensione e interruzione (art. 159-161 c.p.), relativa alle vicende processuali del *concreto esercizio dell'azione penale*.

Con un diverso regime intertemporale, come vedremo (§ 11).

Vero è piuttosto che i termini prescrizionali indicati dalla direttiva sono dimezzati rispetto a quelli oggi vigenti (dal 2011) per i reati tributari: che hanno un termine prescrizionale medio di 10 anni, salvo interruzione, mentre quelli della direttiva sono di 5 anni.

È dunque *un problema solo di fatto, e non di diritto* quello dell'eventuale inadempimento del sistema penale italiano: ma *il giudice non è abilitato a risolvere un problema di fatto con una modifica normativa introdotta in violazione della riserva di legge*³⁸.

Non vediamo dunque nessuno spazio per interventi giurisdizionali di tipo "normativo", neppure della Corte costituzionale, sulla situazione post-Taricco e post-riforma della prescrizione del 2011 (per i reati finanziari) e post 2017 (riforma Orlando).

Non solo.

Una scelta almeno armonizzante della stessa prescrizione, finalizzata alle indagini, sembra a vari osservatori "ragionevole" ora che è attiva la Procura europea³⁹, o anche a prescindere a motivo della situazione anomala italiana dovuta al tasso di estinzione dei reati per prescrizione (di regola equiparato, in chiave giustizialista, a forma di "impunità")⁴⁰. È inevitabile che sia così, anche se il problema principale del nostro sistema, più che dal regime legale (ancor più dopo la riforma Orlando del 2017 che ha toccato anche il regime di interruzione della prescrizione), dipende dalla eccessiva durata del processo, che nessuna riforma di disciplina astratta può risolvere. Nondimeno anche questa plausibile opzione "armonizzatrice" non si sottrae ad alcuni limiti sul terreno del principio di irretroattività, oltre che su quello della legalità.

³⁸ V. anche, sul punto, i rilievi specifici di C. SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti*, cit., spec. 507 ss.

³⁹ In questo senso ancora E. LUPO, *La sentenza europea sul c.d. Taricco-bis*, cit., 119.

⁴⁰ Per es. F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., 233 ss. (e segnatamente 240 in nota).

11. I vincoli di legalità e di irretroattività in caso di discipline processuali della prescrizione.

Anche se la prescrizione fosse disciplinata come regola processuale, o lo fosse nella parte relativa a interruzione e sospensione⁴¹, rimangono due vincoli in termini di legalità e di retroattività.

Un primo vincolo di legalità, che non è nazionale, bensì comune, rappresentando un ius commune europeo, impedisce che un giudice crei una normativa nuova, generale e astratta, anche se non retroattiva, finalizzata che sia o meno a combattere un fenomeno criminale, e questo limite è costituito dalla divisione dei poteri prevista da tutte le principali Costituzioni europee, non solo dall'art. 7 Cedu (che vieta l'analogia in materia penale), né solo dalla Costituzione italiana, ma dalla previsione dello Stato di diritto quale base degli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione (art. 2 TUE), la cui violazione è sanzionabile ai sensi dell'art. 7.1 del TUE.

Questo limite non riguarda dunque solo le norme penali sostanziali ma anche quelle processuali: la creazione di diritto dai casi, il case-law, non si sottrae a questo vincolo.

Anche se la prescrizione avesse dunque una natura o una configurazione processuale, non sarebbe consentito a un giudice – neppure alla CGUE o sotto il suo “governo” – costruire un nuovo regime della interruzione per i reati finanziari che ledono (anche) interessi UE, disapplicando e manipolando creativamente la legislazione nazionale italiana, così sostituendosi al Parlamento.

Per tale motivo, anche la disapplicazione di un regime processuale dell'interruzione avrebbe comportato una violazione della riserva di legge che il diritto dei Trattati non può pretendere⁴².

Come ricorda la Consulta nell'ordinanza n. 24/2017, al § 5, “con riguardo al potere del giudice”: ad esso “non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale”⁴³.

Anche se processualizzata, la prescrizione, come ogni normativa penale o processuale penale, deve inoltre soggiacere al vincolo se non della riserva di legge ex art. 25 cpv. Cost. (pensata in effetti per il diritto penale sostanziale, dentro a norma-

⁴¹ Si tratta di prospettive ben distinte: la maggior parte delle proposte di riforma che separano prescrizione del reato da prescrizione del processo o dell'azione distinguono tra un primo termine (preprocessuale o pre-azione penale) da un secondo termine legato alla durata ragionevole del processo (v. le soluzioni prospettate nei lavori cit. retro, nota 33). Il sistema vigente, anche dopo la riforma Orlando del 2017, opera invece ancora dentro a un regime prescrizionale di diritto sostanziale con accentuazione di profili processualistici “al suo interno”.

⁴² In termini, chiaramente, già L. EUSEBI, [Nemmeno la corte di giustizia dell'unione europea può erigere il giudice a legislatore](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, 40 ss., 44. V. pure C. CUPELLI, *La posta è in gioco. Il caso Taricco nel dialogo tra le Corti*, in A. Bernardi – C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco nel dialogo tra le Corti*, cit., spec. 85 ss.

⁴³ Affermazione forse troppo discutibile nella sua genericità: all'interprete spettano sempre spazi di politica criminale nell'esercizio dell'attività ermeneutica. Per questo Beccaria voleva vietarla, perché è altrimenti impossibile escluderli.

principio di più vasta portata come è il 25 cpv., ma oggi ritenuta da molti processualpenalisti estensibile al diritto processuale penale), comunque a quella dell'art. 101 Cost. (soggezione del giudice alla legge) e 111 Cost. (giusto processo regolato per legge, che dispone al co. 2: "la legge ne assicura la ragionevole durata").

La disciplina della prescrizione (che condiziona direttamente la ragionevole durata e anzi l'aggrava...se si allunga) passerebbe dall'art. 25 cpv. all'art. 111, co. 2, Cost. Questa riserva non sarà assoluta come quella penale sostanziale, ma non consente parimenti discipline create dal giudice. Ancora la Corte (§ 9): «Anche se si dovesse ritenere che la prescrizione ha natura processuale, o che comunque può essere regolata anche da una normativa posteriore alla commissione del reato, ugualmente resterebbe il principio che l'attività del giudice chiamato ad applicarla deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate».

Vero che *in procedura è ammessa l'analogia*, però come sopra dimostrato (§ 5), *non si tratterebbe, nel nostro caso, di analogia, ma di vera creazione, perché la "lacuna" viene prodotta dallo stesso interprete che disapplica*.

C'è poi un secondo vincolo che risponde alla legalità/retroattività, ma in parte di carattere europeo-convenzionale (Cedu) e in parte di carattere costituzionale, e che delimita le possibilità di mutamenti peggiorativi della prescrizione, siano essi legislativi, siano essi giurisprudenziali, anche in caso di processualizzazione dell'istituto.

Sul piano del diritto convenzionale europeo esso riguarda la truffa delle etichette: è vietato punire retroattivamente un fatto attraverso una prescrizione in peius, introdotta a tal fine (per sanzionare), perché ciò significherebbe usare l'interruzione della prescrizione a fini punitivi, attraendo pertanto nella "materia penale" ad ogni effetto quella disciplina, con conseguente applicazione del divieto di retroattività. È esattamente quello che la prima sentenza Taricco imponeva di fare: ragioni di repressione sostanziale alla base della lotta contro le frodi.

Osserviamo che cosa accadrebbe se si "disapplicasse" una disciplina della prescrizione interpretata in chiave processuale, cioè secondo il regime *tempus regit actum*.

Anche in questo caso vi sarebbero le due violazioni rilevate dall'ordinanza della Corte costituzionale: il legislatore infatti potrebbe operare un intervento retroattivo (tempus regit actum) processualizzante la disciplina, agendo sulla disciplina della sospensione e dell'interruzione, ma comunque senza esporsi a quella truffa delle etichette che rende la disciplina processuale essa stessa "materia penale".

Sappiamo che la Corte Edu ha regolarmente escluso che la prescrizione riguardi la "materia penale", proprio in ragione del carattere processuale dell'istituto, secondo le prevalenti discipline europee⁴⁴.

⁴⁴ A partire da Corte Edu 22 giugno 2000, Coëme e a.c. Belgio, § 149 ss. Che invece un sindacato di questo tipo, riguardo a frodi delle etichette, sia possibile da parte della stessa Corte costituzionale italiana rispetto all'art. 25 cpv. Cost., è la tesi che già a suo tempo ho sostenuto, ormai vent'anni orsono, in *Prescrizione e irretroattività*, in *Foro it.*, V, 1998, cit., 323 s. Non dobbiamo attendere l'imbeccata europea per sviluppare i nostri principi costituzionali.

Questo atteggiamento risente peraltro dei casi concreti sottoposti alla Corte Edu, e deve essere riconsiderato alla luce di un dato.

12. Prescrizione punitivista e regime intertemporale.

Perché una modifica peggiorativa della prescrizione sia retroattiva, dovrebbe trattarsi di una disciplina pensata veramente in ragione di esigenze processuali di accertamento dei reati o di celebrazione dei processi, non di maggiore punizione o prevenzione di determinati reati già commessi o già sottoposti ad azione penale.

Ma come provare questo? La commistione delle ragioni di una riforma *in peius* possono essere indistinguibili.

La soluzione si può trovare in linea generale semplicemente impedendo che i processi già iniziati soggiacciano alla nuova disciplina.

La stessa CGUE riconosce espressamente che non solo non potrebbe farlo il giudice, ma neppure potrebbe il legislatore se l'operazione retroattiva avesse come scopo quello di allungare ex post termini prescrizionali già consumati in un determinato processo (§ 57 della prima sentenza europea 2015 nel caso Taricco).

Ma occorre andare oltre.

Partiamo dall'ipotesi di una normativa "mista": *una parte* che ipotizziamo debba restare di *diritto sostanziale*, cioè la disciplina generale della prescrizione del reato (l'art. 157 c.p., per intenderci) e *una parte* che disciplina l'interruzione, in particolare, che potrebbe cedere sulla retroattività una volta *processualizzata*. Per le cause interruttrive e sospensive che fossero applicate alle fasi processuali varrebbe il principio *tempus regit actum*.

Anche questa collocazione processualistica non ci impedisce di considerare che *si tratta di "materia penale" se viene gestita in funzione afflittivo-punitiva*.

Ogni intervento *legislativo* che operasse sul regime dell'interruzione perché orientato ad allungare i tempi prescrizionali in funzione di *una punibilità sopravvenuta* alla commissione di alcuni fatti e *all'esercizio già avvenuto dell'azione penale*, – come richiesto dalla sentenza Taricco – non potrebbe che soggiacere al divieto di retroattività della materia penale. *A fortiori lo stesso deve valere per un intervento giurisdizionale*.

Veniamo così a un *terzo aspetto*, quello della *fairness*, che attiene alle modifiche di un regime strettamente processuale.

La *fairness* dello Stato riguarda il divieto di cambiare le regole del gioco in corso di partita e a favore di una parte processuale⁴⁵.

Ora, in effetti, come è stato rilevato⁴⁶, proprio *la legalità processuale*, oggi, richiede la tutela dell'affidamento delle parti del processo rispetto ai mutamenti delle

⁴⁵ La *fairness* dello Stato è stata richiamata come fondamento del divieto di retroattività nel sistema penale italiano vigente, cioè a regime sostanzialistico della prescrizione anche nei lavori di Pulitanò, Manes e Sotis citati *retro* a nota 7. Valga a chiarimento di quanto analogamente sostenuto in merito nel nostro precedente scritto in *Foro it.*, 1988, quanto qui approfondito nel testo.

regole del gioco: e in tema di retroattività, “il miglior modo per farlo è quello di applicare il *novum* alle notizie di reato iscritte dopo l’entrata in vigore del *novum* stesso”⁴⁷.

Lo Stato promette un trattamento della prescrizione che sul piano sostanziale crea aspettative di vita, non solo di punizione o meno; mentre sul piano processuale apre scenari che condizionano la strategia difensiva di una parte. *Se lo Stato cambia le regole* del gioco riguardanti la possibilità dello svolgimento stesso del gioco (interruzione, sospensione, termine ordinario) e le introduce *per favorire l’accusa, non può farlo retroattivamente* per determinati processi in corso o singoli reati che l’accusa non è riuscita ad accertare, e addirittura ad impulso giurisdizionale (!!!!), fosse anche quello di un giudice europeo.

L’accusa rappresenta interessi pubblici quando esercita l’azione penale. Però *lo Stato è terzo rispetto all’accusa a fronte di processi iniziati e di aspettative processuali dell’indagato*.

Per questo è uno Stato di diritto (art. 2 TUE).

Certo. Se la prescrizione fosse solo processuale (o lo fosse una parte del suo regime), si potrebbero aggravare i suoi termini per i fatti già commessi e applicarli a nuovi processi.

Tuttavia *i processi in corso non devono conoscere un intervento agevolatore per l’accusa a partita iniziata*: perché non si tratta di regime della competenza, di motivazione, forma o termini dei provvedimenti o dei poteri del giudice. Si tratta di togliere alla difesa e all’imputato una disciplina fondamentale della potestà punitiva sulla quale può avere basata tutta la sua strategia processuale. Tanto più se lo si facesse ad opera di *un giudice “disapplicante” e che interviene per tutelare interessi esterni* a quelli delle fattispecie di cui all’imputazione, o al fine di punire davvero in concreto, questa operazione sarebbe fuori delle regole dello Stato di diritto.

Tuttavia, ancora più grave sarebbe se la scelta dipendesse dall’intenzione di punire di più e più efficacemente un determinato reato o proprio i fatti ancora *sub iudice*. Una scelta punitivista. E ciò a prescindere dal fatto che il regime prescrizione precedente non fosse già consumato al tempo dell’introduzione o possibile applicazione del nuovo regime.

Le cose sono diverse – come anticipato – qualora si tratti di disciplina generale dell’interruzione o della sospensione, legata a esigenze, tecniche e tempi di accertamento, e non orientata alla lotta contro specifici fenomeni e titoli di reato: in questo secondo caso, invece, la materia penale-punitiva affiora palesemente in primo piano e chiede l’applicazione delle garanzie del diritto penale sostanziale⁴⁸.

⁴⁶ S. MARCOLINI – E. MILITELLO – F. RUGGIERI, *Il caso Taricco e l’affermazione del principio di legalità processuale*, in A. Bernardi – C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 223 ss., spec. 234 ss.

⁴⁷ *Ibidem*, 235.

⁴⁸ Potrà apparire in concreto difficile distinguere queste due motivazioni (accertamento o repressione), e per tale motivo si propone nel testo un regime di retroattività differenziato per le regole processuali pure e per quelle a incidenza punitiva mista, come la prescrizione. È chiaro che l’opzione penale-sostanziale (con regime intertemporale del reato) potrebbe sorgere in concreto solo in caso di *abuso punitivista* della

In ogni caso, anche una riforma in senso processuale della prescrizione dei soli reati in materia finanziaria UE dovrebbe rispettare l'esigenza di *fairness* di non mutare le regole del gioco a partita in corso: il nuovo regime dovrebbe cioè valere non dalla commissione del fatto, ma dall'esercizio dell'azione penale, anche per fatti commessi in precedenza.

Un *tempus regit actum* temperato dalla tutela dell'affidamento.

Le azioni penali già esercitate dovrebbero perciò soggiacere al regime precedente.

Il *tempus regit actum puro* può invece trovare "normalmente" applicazione alle regole meramente processualserventi: ma non per quelle "eccezionalmente" e occultamente punitiviste, né per quelle che, pur esprimendo una disciplina più processuale (come interruzione e sospensione della prescrizione), sono attratte nella gestione della potestà punitiva e della sua limitazione in favore dei diritti di chi la subisce sulla propria persona.

Come già chiarito, non possiamo individuare vincoli costituzionali alla natura processuale o sostanziale della prescrizione, ma vincoli costituzionali al suo uso "punitivo" o punitivista, sia il regime giuridico processuale o sostanziale. Poiché non sempre è facile individuare in concreto se un aggravamento legislativo del regime sia dipeso da ragioni di mero accertamento o a volontà repressiva per i fatti del passato ancora giudicandi, l'unica soluzione pratica di tipo generale, anche per evitare discussioni strumentali o faticose, è quella di prevedere l'applicazione del regime processuale della prescrizione solo ai nuovi processi. Se invece il regime è sostanziale va da sé che trovi applicazione la disciplina intertemporale del reato oggi vigente. Essa peraltro si fonda non solo sulla correttezza legale che impone di non mutare le regole del gioco a favore di una sola parte e a partita in corso, ma anche sulle ragioni protettive dell'imputato dalla potestà punitiva, che è di per sé l'esercizio di un potere penale sulle persone, la cui durata è di per sé afflittiva.

prescrizione, come situazione-limite: ma la vicenda Taricco è apparsa alla maggior parte degli osservatori nazionali proprio uno di questi casi estremi.