

FRANCESCO URBINATI

Le conclusioni dell'avvocato generale nel caso "Taricco": presagio di un contrasto insanabile?

L'autore riassume ed analizza le conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot relative al procedimento a carico di M.A.S e M.B. (c.d. Taricco bis), in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea su rinvio pregiudiziale effettuato dalla Corte costituzionale italiana con la nota ordinanza n. 24/2017. A fronte dell'intento interlocutorio della Corte costituzionale, volto ad evitare un possibile conflitto tra le Corti e il conseguente azionamento dei contro-limiti interni, la posizione dell'Avvocato Generale non fa altro che accentuare il distacco tra gli ordinamenti nella materia penale. Fulcro dell'analisi è la differente qualificazione giuridica dell'istituto della prescrizione da parte dei due sistemi. Se la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si collocherà nel solco tracciato dall'Avvocato Bot, com'è probabile, sarà inevitabile l'approdo ad un punto di contrasto insanabile, con declaratoria di parziale incostituzionalità della legge di ratifica dei Trattati.

The author summarizes and analyzes the opinion of Advocate General Yves Bot on the proceedings against M.A.S and M.B. (so-called Taricco bis), awaiting for judgment of the European Court of Justice on the preliminary ruling made by the Italian Constitutional Court with the famous order no. 24/2017. Against the interlocutory intent of the Constitutional Court, in order to avoid a possible conflict between the Courts and the consequent drive of the internal counter-limits, the position of the Advocate General merely emphasizes the separation between the criminal law systems. The fulcrum of the analysis is the different legal qualification of the institute of prescription by the two systems. If the European Court of Justice will settle in the path drawn by the Advocate Bot, as is likely, it will inevitably lead to an irreparable point of contrast, with a declaration of partial unconstitutionality of the law of ratification of Treaties.

SOMMARIO: 1. Premessa riassuntiva. - 2. Le conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot. - 3. Cenni conclusivi e cattivi presagi.

1. Premessa riassuntiva

Il 18 luglio 2017 venivano depositate le conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot nella causa C-42/17, procedimento penale a carico di M.A.S. e M.B. (c.d. *Taricco bis*), a seguito del rinvio pregiudiziale effettuato dalla Corte costituzionale italiana con la nota ordinanza 24/2017.

Tale ordinanza, si ricorderà, originava da un rinvio alla Corte costituzionale effettuato dalla Corte d'Appello di Milano e dalla Corte di cassazione, le quali rinvenivano un evidente conflitto tra gli obblighi espressi dalla Corte di Giustizia nella sentenza Taricco e i principi fondamentali della riserva di legge e del divieto di retroattività previsti dall'ordinamento italiano in materia penale. La Corte costituzionale ha optato per una modalità interlocutoria di risoluzione del conflitto, evitando di azionare immediatamente lo strumento dei contro-limiti, ma al contempo non nascondendo la propria netta posizione sulle tematiche trattate. Il rinvio effettuato dalla Consulta è stato quindi va-

riamente interpretato dalla dottrina: da una parte, è stato affermato che l'intento dialogico della Corte è di fatto un vero e proprio *ultimatum*¹, tramite cui i Giudici delle leggi hanno dettato «le condizioni per la resa dei giudici di Lussemburgo, se vorranno evitare che la Corte costituzionale italiana - la prima di un paese fondatore dell'UE - dichiari l'illegittimità in parte qua dei trattati istitutivi dell'Unione»²; dall'altra, contrariamente all'idea di "sovranismo"³ della Corte costituzionale, il continuo richiamo nell'ordinanza alla "identità costituzionale" dei principi fondamentali in discussione andrebbe interpretato non tanto come un muro innalzato di fronte all'ordinamento europeo, ma come tentativo di miglioramento del sistema di integrazione nel rispetto di uno *standard* minimo di valori identitari: in tal senso, è stato fatto notare che «la prospettiva non pare neanche tanto quella di una comunitarizzazione dei contro limiti [...] quanto piuttosto quella della ricerca di un pluralismo costituzionale ordinato, in cui i contro limiti assumono una valenza reattiva di fronte a isolate violazioni di principi supremi che assumono però una specifica consistenza tanto alla luce del quadro costituzionale che di quello sovranazionale» e che «l'idea, insomma, è di far generare all'interno del diritto dell'UE quei dispositivi idonei a rendere l'utilizzo dei contro limiti a livello nazionale qualcosa che non incrina il paradigma dell'uniforme applicazione del diritto eurounitario, ma al contrario contribuisce a rafforzare la possibile continuità di valore tra i diversi sistemi»⁴.

Tre le questioni pregiudiziali poste dalla Consulta:

- se, alla luce dell'interpretazione dell'art. 325, § 1 e 2, TFUE effettuata dalla Corte di Giustizia, la disapplicazione della normativa interna in tema di prescrizione sia imposta anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata;
- se la disapplicazione di cui sopra sia imposta anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità;
- se la disapplicazione della normativa sulla prescrizione sia possibile anche quando la stessa sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzio-

¹ In tal senso CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in www.penalecontemporaneo.it.

² VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in www.penalecontemporaneo.it.

³ VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., 3.

⁴ REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in www.diritticomparati.it.

nale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro.

2. Le conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot

Preliminarmente è da osservare che l'avvocato generale ammette la scarsa esaustività della sentenza Taricco nel rispondere alle doglianze sollevate dalla Corte costituzionale, evidenziando tuttavia che la stessa non era stata messa nella condizione di fornire un'adeguata risposta poiché sia nel rinvio pregiudiziale del Tribunale di Cuneo che nelle osservazioni scritte e orali presentate dal governo italiano non erano state indicate le caratteristiche della natura della prescrizione e delle norme ad essa relative, che sono il fulcro del dibattito tra le Corti.

Nonostante ciò, l'avvocato Bot afferma che «non si tratta infatti di rimettere in discussione il principio stesso stabilito dalla Corte di giustizia nella sentenza Taricco e a., [...], quanto piuttosto di precisare i criteri in base ai quali tale obbligo deve essere attuato» (par. 71).

Ed un primo criterio definitorio individuato dall'avvocato generale è espresso in modo lapidario al par. 101, ove sostiene che «la Corte di giustizia debba considerare la nozione di interruzione della prescrizione una nozione autonoma del diritto dell'Unione, e debba definirla nel senso che ogni atto diretto al perseguimento del reato nonché ogni atto che ne costituisce la necessaria prosecuzione interrompe il termine di prescrizione; tale atto fa quindi decorrere un nuovo termine, identico al termine iniziale, mentre il termine di prescrizione già decorso viene cancellato».

In tal senso, sarebbe corretto l'individuazione quale *dies a quo* della decorrenza della prescrizione dal giorno della commissione del reato, ma al contempo risulta «assolutamente indispensabile» che il procedimento penale possa arrivare fino in fondo. L'unico limite individuato da Bot è il termine ragionevole che emerge dalla definizione offerta dalla Corte EDU, secondo cui, sulla base dell'art. 6 par. 1 CEDU, la durata del procedimento deve essere proporzionata «sia alla complessità oggettiva della causa, alla rilevanza della controversia nonché al comportamento delle parti e delle autorità competenti» (par. 90).

D'altra parte, secondo l'avvocato generale, il meccanismo previsto dal combinato disposto degli artt. 160, ult. co., e 161, II co., del codice penale italiano, il quale fissa un termine massimo di prescrizione, non rappresenterebbe una vera e propria prescrizione, ma un termine di decadenza, del tutto incompatibile con la definizione stessa di prescrizione (par. 79).

Come ulteriore argomento a sostegno delle proprie tesi l'avvocato generale utilizza il pericolo del *forum shopping*, cioè la possibilità che, sulla base dei differenti termini prescrizionali previsti dai Paesi membri, gli autori dei reati approfittino delle legislazioni penali più favorevoli, impedendo la creazione di un sistema uniforme per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione.

Le conclusioni dell'avvocato Bot si soffermano successivamente sull'indicazione dei criteri in base ai quali i giudici interni dovrebbero disapplicare la disciplina della prescrizione. La soluzione è rinvenibile ai paragrafi 116-117, secondo cui l'obbligo di disapplicazione deve essere fondato esclusivamente sulla natura del reato e la definizione di tale natura è riservata al legislatore dell'Unione Europea. E la suddetta definizione è stata data dal legislatore europeo nell'ambito dei negoziati della direttiva PIF, in base a cui l'UE definisce reati gravi lesivi degli interessi finanziari dell'Unione «tutti i reati aventi un collegamento con il territorio di due o più Stati membri e che comportano un danno di importo totale superiore alla soglia di EUR 10 milioni, soglia soggetta a una clausola di revisione».

Ecco che viene trovata un appiglio legale per rispondere ai dubbi di determinatezza sollevati dalla Consulta e, d'altra parte, si rinuncia all'applicazione del criterio del “numero considerevole di casi”, talmente vago da imporre una valutazione soggettiva sulla sistematicità delle violazioni, così come riconosciuto anche dall'avvocato generale.

L'argomentazione centrale dell'avvocato Bot ricade, com'era immaginabile, sulla qualificazione della natura dell'istituto della prescrizione: se la Corte costituzionale italiana, da una parte, afferma che, in conformità all'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, lo Stato italiano è autorizzato ad applicare uno *standard* più elevato di tutela dei diritti fondamentali rispetto a quello previsto all'art. 49 della Carta medesima, ritenendo di conseguenza di non dover ottemperare all'obbligo previsto dalla Corte di Giustizia, dall'altra, l'avvocato generale smentisce che l'interpretazione della prescrizione come istituto di diritto sostanziale rientri nella garanzia del principio di legalità dei reati e delle pene previsto dall'ordinamento europeo.

Due gli elementi a supporto delle proprie tesi. Il primo è chiaramente rinvenibile al par. 126 delle conclusioni, ove l'avvocato fa notare che «ai punti da 54 a 56 della sentenza Taricco e a., la Corte di giustizia ha dichiarato che il principio sancito all'articolo 49 della Carta comprende unicamente la definizione dei reati nonché il livello delle pene ad essi applicabili. Dato che tale principio non si estende alla determinazione dei termini di prescrizione, essa ha pertanto dichiarato che tale principio non osta a che il giudice nazionale

applichi a un procedimento in corso un termine di prescrizione più lungo di quello previsto nel momento in cui il reato è stato commesso».

In altre parole, il percorso logico è il seguente: premesso che il giudice nazionale è tenuto a garantire l'effettiva del diritto dell'Unione, in particolar modo di quello primario; visto che, secondo il diritto UE, la prescrizione non rientra nell'ambito della garanzia del principio di legalità; allora, giudice italiano, disapplica la normativa interna sulla prescrizione e dai effettività agli interessi finanziari dell'UE.

Evidente che, per quanto si voglia girare intorno ai concetti e cercare di affinarli, il modo di intendere l'istituto della prescrizione da parte dei due ordinamenti non permette di risolvere il conflitto. L'avvocato generale, infatti, non prende in considerazione quanto indicato dalla Consulta, ma, affermando la preminenza del diritto europeo, vuole imporre la propria interpretazione al giudice italiano.

Ad ulteriore sostegno del primato europeo, l'avvocato Bot cita la giurisprudenza della Corte EDU (Coëme e a. c. Belgio; Previti c. Italia; Borcea c. Romania), ancora una volta esprimendo con parole talmente chiare la propria posizione, che non sarebbe necessario approfondire oltre.

Infatti, una volta premesso che, secondo la Corte EDU, «le norme sulla retroattività contenute nell'art. 7 della [CEDU] si applicano soltanto alle disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono»⁵, l'avvocato generale ricorda che la disciplina della prescrizione nell'ambito convenzionale rientra nelle «leggi processuali» (par. 132) e che non si può interpretare l'art. 7 CEDU come ostacolo «per effetto dell'applicazione immediata di una legge processuale, a un prolungamento dei termini di prescrizione quando i fatti contestati non si siano ancora prescritti».

Particolare attenzione viene rivolta da Bot al caso Previti c. Italia⁶, ove la Corte EDU era chiamata a valutare la compatibilità delle condizioni di applicabilità del nuovo regime prescizionale introdotto dalla c.d. legge *ex Cirielli* (l. 251/2005) con l'art. 7 della Convenzione.

Nel caso in esame il ricorrente, ormai giunto in Cassazione, non aveva potuto beneficiare del regime di prescrizione maggiormente favorevole (il termine per il reato di corruzione in atti giudiziari, per il quale era imputato, era passato da quindici ad otto anni) perché l'art. 10 co. III della *ex Cirielli* aveva previsto un regime transitorio secondo cui «se, per effetto delle nuove disposizioni, i termini di prescrizione risultano più brevi, le stesse si applicano ai

⁵ Corte EDU, 22 settembre 2015, Borcea c. Romania, § 60, in hudoc.echr.coe.int.

⁶ Corte EDU, 12 febbraio 2013, Previti c. Italia, in hudoc.echr.coe.int.

procedimenti e ai processi pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge, ad esclusione dei processi già pendenti in primo grado ove vi sia stata la dichiarazione di apertura del dibattimento, nonché dei processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di cassazione”.

Bot, dunque, fa notare che, essendo stata chiamata la Corte EDU a valutare la natura delle nuove norme, la stessa ha dichiarato che «l’articolo 7 della CEDU non osta all’applicazione immediata ai procedimenti in corso (tempus regit actum) di una legge che allunga termini di prescrizione, quando i fatti contestati non si siano ancora prescritti e purché non vi sia arbitrio» (par. 139 conclusioni), avendo le norme in esame natura processuale.

Tali affermazioni in realtà non sono decisive: oggetto della pronuncia della Corte EDU era l’art. 10 co. III della l. 251/2005, che è sì qualificabile quale norma “processuale”, e non invece il regime della prescrizione. In tal senso è significativa anche la sentenza della Corte costituzionale n. 393/2006, la quale dichiarò parzialmente illegittimo l’art. 10 co. III nella parte in cui fissava al momento della dichiarazione di apertura del dibattimento il termine per poter beneficiare della disciplina di favore prevista dalla *ex Cirielli*.

L’art. 10, co. 3, della 251/2005, inoltre, prevedeva un regime transitorio per certi versi opposto a quello che si vorrebbe imporre con la Taricco: infatti, là si trattava di una irretroattività parziale di una norma penale che preveda un regime di favore, mentre l’attuazione della Taricco comporterebbe l’applicazione retroattiva di una disciplina sfavorevole⁷.

Si può in sostanza affermare che l’avvocato generale giunga a delle conclusioni affrettate e per determinati versi non corrette.

Lo stesso dicasi per le osservazioni svolte dallo stesso sul principio di “prevedibilità” dell’applicazione della sanzione. Bot asserisce al par. 143: «mi sembra che gli interessati non potessero ignorare che i fatti ad essi attualmente addebitati potevano far sorgere la loro responsabilità penale e sfociare, in caso di condanna definitiva, nell’applicazione della pena stabilita dalla legge. Tali atti si configuravano come reati nel momento in cui sono stati commessi, e le pene non saranno più severe di quelle applicabili all’epoca dei fatti. Non credo che, a causa dell’attuazione di tale obbligo da parte del giudice nazionale, gli interessati subiranno un pregiudizio maggiore di quello cui erano esposti all’epoca della commissione del reato».

Ancora una volta ricadiamo nella differente considerazione dell’essenza della prescrizione, che per l’ordinamento italiano ha un valore fondamentale,

⁷ In tal senso LUCEV, *Le conclusioni dell’avvocato generale Bot nella causa sul rinvio pregiudiziale Taricco: verso uno scontro frontale*, in www.giurisprudenzapenale.com.

avendo la funzione di garantire all'imputato di non restare imbrigliato nella morsa processuale senza limiti e di evidenziare la progressiva perdita di rilevanza del fatto commesso.

Il "tempo dell'oblio" serve a contemperare le esigenze di punibilità con quelle legate all'affievolimento della necessità di punire oltre un certo periodo di tempo: modificare *in peius* il regime della prescrizione significherebbe spostare l'ago della bilancia sul piatto della repressione, dimenticandosi tuttavia che «l'idea del tempo dell'oblio non è una rottura, bensì un ragionevole temperamento della connessione fra reato e punibilità, sottesa alle idee fondative del diritto penale»⁸.

3. Cenni conclusivi e cattivi presagi

Le conclusioni appena analizzate non fanno ben sperare sullo sviluppo dell'*affaire* Taricco, anzi, come già emerso in maniera evidente, se la Corte di Giustizia farà proprie, come è probabile, le idee dell'avvocato Bot, si arriverà al conflitto.

Alcune considerazioni, seppur banali, possono essere svolte. Innanzitutto si può più o meno essere d'accordo con le critiche ampiamente rivolte dall'avvocato generale sull'efficacia della disciplina della prescrizione italiana, ma, com'è doveroso ricordare, tali critiche devono essere recepite dal legislatore e non dai giudici.

Se si vuole rispettare il principio della separazione dei poteri non è possibile che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea chieda al giudice interno, e non al legislatore, «di valutare se una certa norma penale (o foss'anche processuale) interna, secondo la sua applicazione complessiva nel paese interessato, risponda a caratteristiche di effettività e dissuasività: in altre parole, se sia da ritenersi adeguata rispetto ai fini di prevenzione di un dato comportamento illecito perseguito dalla UE»⁹.

Detto questo, all'intento dialogico della Corte costituzionale non pare essere seguita una volontà interlocutoria dell'avvocato Bot, almeno nell'attesa della pronuncia della Corte di Giustizia. Molta enfasi è stata posta da Bot sulla primazia del diritto dell'UE e sull'obbligo per il giudice italiano di applicare le pronunce della Corte di Giustizia, senza però tenere in dovuta considerazione le perplessità della Consulta.

⁸ PULITANÒ, *Una confessione di Agostino e il problema della prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 74.

⁹ In tal senso la dottrina fortemente critica: EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 42. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, *ivi*, 2016, 221.

In effetti, mai la Corte costituzionale ha negato la superiorità del diritto UE, ma ha anche tentato di far capire che garantire uno *standard* maggiore di tutela dei diritti fondamentali e magari rispettare il minimo identitario dei Paesi membri non significa per forza violare le norme comunitarie.

Si ritorna, in sostanza, al concetto del “pluralismo costituzionale ordinato” di cui si accennava in introduzione, senza per questo dover ledere in modo definitivo il sistema di integrazione finora sviluppato.

È interessante osservare, oltretutto, come l'avvocato Bot richiami un precedente ove egli era sempre avvocato generale, il caso *Melloni* (C-399/11, EU:C:2013:107), secondo cui, se è vero che l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali consente l'applicazione di *standard* nazionali di tutela dei diritti fondamentali se un atto comunitario richiede misure nazionali di attuazione, d'altra parte la Corte di Giustizia «ha precisato che tale applicazione non deve compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte di giustizia, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione» (par. 158).

Attenta dottrina ha evidenziato la scelta infelice di attribuire allo stesso avvocato generale di Melloni il caso Taricco: se in alcuni casi tale approccio ha funzionato, «this does not seem to have been a good idea in Taricco, where the most feared argument by the ICC related specifically to the Melloni judgment. While the ICC is seeking cooperation and ‘a step back’ from the ECJ, in fact, the opinion of the Advocate General reflects probably the most conservative and radical view on the supremacy of the EU legal order»¹⁰.

Dunque, ci si chiede: «how to escape from the deadly embrace of Bot?»¹¹

Nonostante tali considerazioni, dalle parole dell'avvocato generale emerge un'insanabile situazione di stallo tra gli ordinamenti, che comporterà con elevata probabilità l'applicazione dei contro-limiti da parte della Corte costituzionale italiana e la conseguente declaratoria di parziale incostituzionalità della norma di ratifica dei Trattati.

Sembra infatti impensabile che la Corte costituzionale ritorni sui propri passi, vista la chiarezza dell'ordinanza di remissione e la propria consolidata giurisprudenza sulla prescrizione, né tantomeno che la Corte di Giustizia, sostenuta dalle parole di rottura dell'avvocato generale, possa in qualche modo accettare quel *minimum* di “identità costituzionale” indicato dalla Consulta.

¹⁰ BASSINI, POLLICINO, *The Opinion of Advocate General Bot in Taricco II: Seven “Deadly” Sins and a Modest Proposal*, in *Versfassungsblog.de*, Mi 2 august 2017, 1.

¹¹ BASSINI, POLLICINO, *The Opinion of Advocate General Bot in Taricco II: Seven “Deadly” Sins and a Modest Proposal*, cit., 1.