

La *primauté* del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale

Riflessioni sulla sentenza Taricco*

The Primacy Of Eu Law And The National Criminal Legal System

*Considerations on the Taricco sentence**

ERNESTO LUPO

Primo presidente emerito della Corte di Cassazione

PRIMATO DEL DIRITTO UE, IDENTITÀ COSTITUZIONALE,
TARICCO, PRESCRIZIONE

PRIMACY OF EU LAW, CONSTITUTIONAL IDENTITY,
TARICCO, STATUTE OF LIMITATION

ABSTRACT

Il principio del primato del diritto dell'Unione europea costituisce un pilastro essenziale della costruzione giuridica europea, che tuttavia incontra particolari difficoltà a imporsi allorché deve operare rispetto all'ordinamento penale degli Stati membri, dominati dal principio di legalità, e in generale da principi costituzionali che concorrono a formare la stessa identità nazionale degli stessi Stati membri, che l'Unione è tenuta a rispettare. Emblematici di tali difficoltà sono gli obblighi statuiti dalla Corte di giustizia nella sentenza *Melloni*, che hanno posto il Tribunal Constitucional spagnolo di fronte all'alternativa se accettare una limitazione del proprio diritto costituzionale al giusto processo in omaggio alla funzionalità del mandato di arresto europeo, ovvero se opporsi frontalmente ai giudici di Lussemburgo; nonché quelli statuiti dalla Corte di giustizia nella sentenza *Taricco*, attualmente sottoposta al vaglio della Corte costituzionale italiana, e la cui sostenibilità al metro dei principi fondanti l'identità costituzionale italiana è in particolare oggetto di esame nel presente contributo.

The principle of the primacy of EU law is fundamental to the European legal structure, but it isn't easily established when confronted with the national criminal legal systems, ruled by the principle of legality and generally by constitutional principles concurring to form the member states' national identity itself, something that the Union must respect. A prime example of these difficulties is the case of the obligations imposed by the Court of Justice in *Melloni*, which found the Spanish "Tribunal Constitucional" faced with the choice between accepting a limitation to its constitutional right to a fair trial in deference to the application of the European arrest warrant, or taking a position against the judges in Luxembourg. Or those imposed by the Court of Justice in *Taricco*, which is currently under review by the Italian "Corte Costituzionale", and whose sustainability against the founding principles of the Italian constitutional identity is specifically examined in this article.

* Testo ampliato ed aggiornato dell'intervento tenuto nel convegno svoltosi il 13 novembre 2015 nella Corte di cassazione sul tema "La *primauté* nell'Unione allargata", su iniziativa del Movimento per la giustizia e di Magistratura democratica. Alla stesura del testo ha collaborato la dott.ssa Annarita De Rubeis, dottore di ricerca in diritto e procedura penale.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. La conclusione del caso Melloni. – 3. La sentenza 8/9/2015, Taricco. – 3.1. Il contenuto della sentenza. Le due ipotesi di contrasto del codice penale italiano con il diritto dell'Unione. – 3.2. La diversa rilevanza delle due ipotesi. – 3.3. L'accertamento del contrasto. – 3.4. Le conseguenze del contrasto. – 3.5. I problemi di costituzionalità posti dalla sentenza Taricco. – 4. Una riflessione finale.

1.

Premessa.

Il primato del diritto dell'UE, che ne costituisce un pilastro essenziale, è destinato ad incontrare particolari difficoltà quando deve operare rispetto all'ordinamento penale degli Stati membri. Ciò non deve sorprendere perché le garanzie costituzionali della materia penale concorrono a formare "l'identità nazionale" degli Stati membri, "insita nella loro struttura... costituzionale", che l'Unione è tenuta a rispettare, secondo il disposto dell'art. 4, par. 2, TUE.

Le difficoltà sono emerse in modo evidente di fronte a due ben note sentenze della *Grande Chambre* della CGUE, che hanno aperto un dibattito molto vivace sul mancato rispetto, da parte della Corte europea, di dette garanzie e quindi sulla necessità di rendere operanti i controlimiti alla cessione di sovranità effettuata, in conformità del disposto dell'art. 11 Cost., dallo Stato italiano a favore dell'UE.

La prima sentenza¹ è meno recente e concerne un caso già concluso per lo Stato membro, che è la Spagna. La sua conclusione fornisce un interessante esempio di soluzione concreta delle difficoltà senza accentuare i contrasti che la *primauté* può porre. La seconda sentenza² è recente e ha fatto sorgere problemi oggi molto discussi e rispetto ai quali da più parti viene invocata l'operatività dei controlimiti, finora affermati dalla Corte costituzionale³, ma mai applicati rispetto al diritto dell'UE.

La sentenza Melloni ha formato oggetto di numerosi ed approfonditi studi, onde la si considererà soltanto nelle indicazioni utili al tema del primato del diritto dell'UE, alla luce soprattutto della conclusione che il caso ha avuto ad opera dei giudici spagnoli.

Sulla sentenza Taricco, invece, ci si soffermerà più ampiamente, essendo molto dibattuto il problema della sua applicazione e della invocabilità, per renderla inoperante, dei controlimiti derivanti dal rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale.

2.

La conclusione del caso Melloni.

La sentenza della Corte di Lussemburgo Melloni risolve tre questioni poste dal *Tribunal Constitucional* di Madrid in ordine sia alla interpretazione che alla validità di norme delle decisioni quadro sul mandato di arresto europeo (MAE trasmesso dall'Italia alla Spagna per l'esecuzione di una condanna inflitta in contumacia da giudici italiani). La CGUE ha affermato che la normativa europea sul MAE, riconosciuta "compatibile" con gli artt. 47 (processo equo) e 48 (rispetto dei diritti di difesa) della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, prevale sulle disposizioni nazionali, "quand'anche di rango costituzionale"⁴. Ha perciò ritenuto che la Spagna non potesse rifiutare l'esecuzione del MAE per il fatto che l'Italia non garantiva in ogni caso la riapertura del processo conclusosi con la condanna passata in giudicato, garanzia invece riconosciuta dall'art. 24 della Costituzione spagnola, come interpretato da precedenti pronunzie del *Tribunal Constitucional*.

La *primauté* della normativa europea sul MAE va affermata, secondo la CGUE, non ostante il disposto dell'art. 53 della stessa Carta, che fa salvo lo standard di tutela dei diritti fon-

¹ CGUE, 26/2/2013, caso Melloni, causa C-399/11.

² CGUE, 8/9/2015, caso Taricco, causa C-105/14.

³ Ciò è avvenuto originariamente nella sentenza n.183/1973 e poi, in termini netti, nella nota sentenza n.170/1984 (Granital), in cui la Corte costituzionale ha rivendicato il proprio potere di sindacare il rispetto da parte del diritto europeo dei "principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale" e dei "diritti inalienabili della persona umana". Questo principio viene ricondotto dalla giurisprudenza costituzionale a quello per il quale anche le modifiche costituzionali sono tenute al rispetto dei "principi supremi dell'ordinamento costituzionale" (v., per es., la sentenza n.203/1989).

⁴ § 59 della sentenza Melloni.

damentali più elevato eventualmente previsto dalla Costituzione dello Stato membro, perché occorre salvaguardare “il primato, l’unità e l’effettività del diritto dell’Unione”⁵, e ciò comporta “l’uniformità dello standard di tutela dei diritti fondamentali definito dalla decisione quadro” sul MAE⁶ e la necessità che lo Stato membro non ostacoli “l’applicazione di atti di diritto dell’Unione pienamente conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di tale Stato”⁷.

A seguito della sentenza della CGUE il *Tribunal Constitucional* spagnolo ha deciso il ricorso *de amparo* proposto dal Melloni (nel corso del quale erano state poste alla Corte europea le tre menzionate questioni) con la sentenza 13/2/2014⁸, con la quale ha rigettato il ricorso del Melloni, ma sulla base di un mutamento della propria giurisprudenza sull’art. 24 della Costituzione nazionale, il cui disposto è stato limitato all’interno della giurisdizione spagnola e quindi ritenuto non applicabile nel caso di consegna di una persona ad un ordinamento straniero.

In tal modo il giudice spagnolo sembra avere colto il significato della pronuncia della CGUE che non intende limitare la tutela posta dalla Costituzione nazionale, ma, nel solo ambito del mandato di arresto europeo ed in applicazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni degli Stati membri, richiede un livello di protezione minore ma conforme a quello previsto dalla Cedu, come interpretata dalla Corte di Strasburgo. L’integrazione richiesta dall’istituto del MAE non esige un perfetto allineamento delle norme di garanzia previste nei vari Stati, che sarebbe difficile e comunque lento conseguire⁹. La normativa europea non può che fissare standard intermedi di tutela¹⁰, che la CGUE ha valutato conforme sia alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione che alla Cedu.

Occorre riconoscere che il *Tribunal Constitucional* non richiama il primato del diritto dell’UE, tanto che la motivazione della pronuncia è criticata da opinioni concorrenti in cui si sostiene che, in materia di MAE, ci si sarebbe dovuti adeguare alla interpretazione della pronuncia europea e quindi ritenere sufficiente il livello di tutela posto dagli artt.47 e 48 della citata Carta, come interpretati dalla CGUE. E certo il contenuto della sentenza finale del *Tribunal* rende irrilevante la domanda di pronuncia pregiudiziale in precedenza proposta alla CGUE, essendosi ritenuta inapplicabile, nel caso Melloni, la garanzia prevista dal diritto interno, e quindi insussistente l’ostacolo inizialmente prospettato dal giudice spagnolo in ordine alla esecuzione del MAE trasmesso dall’Italia.

Si percepisce, però, l’intenzione del *Tribunal Constitucional* di non contrapporsi alla Corte europea e di non contestare l’esistenza della *primauté* anche nella materia penale, senza rendere operanti i “controlimiti” alla stessa, la cui esistenza è peraltro ribadita in linea astratta all’inizio della stessa sentenza¹¹.

L’atteggiamento è quello stesso delle Sez. un. della Cassazione italiana che, giudicando sulla possibilità di non dare esecuzione ad un MAE emesso da uno Stato che non prevede termini massimi della custodia cautelare, non hanno applicato la norma di garanzia prevista dall’art. 13, ultimo comma, Cost., il quale impone limiti massimi alla carcerazione preventiva, ma hanno dato alla disciplina interna del MAE, che pure è sul punto conforme alla Costituzione, una interpretazione che tenesse conto della sostanza delle garanzie previste dalla disciplina dello Stato emittente¹².

⁵ § 60 della stessa sentenza.

⁶ § 63 della sentenza citata.

⁷ § 58 della sentenza.

⁸ V., al riguardo, F. VIGANÒ, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e “controlimiti”*: la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo sul caso Melloni, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014; V. FAGGIANI, *La sentenza del TC sul caso Melloni: esempio del dialogo giudiziario europeo o di un monologo?* in www.forumcostituzionale.it, 20/3/2015.

⁹ In tal senso v. G. DE AMICIS, *All’incrocio tra diritti fondamentali, mandato di arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di giustizia e il “caso Melloni”*, in *Dir. pen. cont.*, 7 giugno 2013; adesione alla sentenza europea esprime, con il richiamo ai “confini” della stessa, anche R. CONTI, *Il caso Melloni: un’occasione da non perdere per alimentare il dialogo fra giudici*, in *Cultura e diritti* 2013, fasc.2, p.109. Secondo C. AMALFITANO, *Mandato di arresto europeo: reciproco riconoscimento vs. diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2013, la sentenza europea “è condivisibile in virtù delle peculiarità della fattispecie da cui prendeva le mosse il rinvio pregiudiziale”.

¹⁰ Così, con riferimento proprio al caso Melloni, G. AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna, 2015, p.105.

¹¹ Ben diversa è stata la reazione di fronte all’orientamento della CGUE sul caso Melloni, espressa dalla Corte costituzionale tedesca che, nella sentenza del 15 dicembre 2015, giudicando su un MAE emesso da un giudice italiano per l’esecuzione di una condanna contumaciale passata in giudicato a 30 anni di reclusione, ha accolto il ricorso del condannato, dando prevalenza alle garanzie previste dalla propria Costituzione rispetto alla normativa europea. V., al riguardo, l’informazione di N. CANESTRINI, in *Cass. pen.* 2016, fasc.4.

¹² Sez. un. 30/1/2007 (dep.5/2/2007), Ramoci, in *Cass. pen.* 2008, p.1445.

3.

La sentenza 8/9/2015 sul caso Taricco.

I problemi posti da questa seconda, più recente sentenza della *Grande Chambre* sono tutti aperti e di non facile soluzione¹³.

3.1.

Il contenuto della sentenza. Le due ipotesi di contrasto del codice penale italiano con il diritto dell'Unione.

Questa sentenza afferma il primato del diritto dell'UE con riferimento, non a norme derivate (come quelle sul MAE), ma all'art. 325, par. 1 e 2, del TFUE¹⁴, dichiarando la prevalenza di queste disposizioni del Trattato di Lisbona sulla disciplina del codice penale italiano relativa alla prescrizione dei reati, qualora questa disciplina sia ritenuta dal giudice nazionale in contrasto con il citato art. 325.

Il contrasto viene ipotizzato dalla sentenza Taricco in due diverse situazioni, corrispondenti agli obblighi imposti agli Stati membri dai due paragrafi dell'art. 325. Le situazioni hanno caratteristiche molto differenti.

La prima è conseguente all'accertamento che la normativa nazionale sulla prescrizione "impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'UE", violando così il par. 1 dell'art. 325. L'accertamento concerne l'applicazione effettiva della normativa, e cioè il diritto *in action*.

La seconda situazione concerne, invece, le astratte previsioni legali (il diritto *in the books*) e si verifica qualora i termini di prescrizione nei casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro siano "più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'UE". Si viola in tal caso il par. 2 dell'art. 325, che impone agli Stati membri di adottare, "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".

In ambedue i casi il contrasto tra il diritto europeo e la normativa italiana sulla prescrizione è soltanto ipotizzato dalla CGUE, essendo il suo accertamento rimesso alla verifica del giudice nazionale¹⁵. Ma questa verifica è di diversa natura. Nel primo caso essa comporta l'indagine di fatto sul numero di prescrizioni di frodi "gravi" verificatesi a livello nazionale, perché il contrasto con il diritto UE sussiste soltanto se questo numero è di entità "considerevole". Nel secondo caso la verifica si effettua sulle sole disposizioni normative, consistendo in un confronto tra i termini di prescrizione previsti, da un lato, per le frodi Iva, che ledono sempre gli interessi finanziari dell'Unione¹⁶, e, dall'altro, per i reati che danneggiano esclusivamente gli interessi finanziari dello Stato membro.

¹³ Sulla sentenza v. C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in *SIDIBlog*, 15/9/2015; M. BASSINI, *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco in Consulta on line*, 12/2/2016; S. MANACORDA, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, in *Arch. pen.* 2015, fasc.3; S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.* 2016, p.362; F. ROSSI, *La sentenza Taricco della Corte di giustizia e il problema degli obblighi di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*, in *Diritto penale e processo*, 2015, p.1564; A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2015; F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulle prescrizione nelle frodi in materia di Iva?*, in *Diritto pen. contem.*, 14 settembre 2015. V. anche gli scritti cit. *infra*, nota 20.

¹⁴ Nella motivazione della sentenza (§ 47) si fa riferimento anche alle disposizioni della Convenzione PIF del 26/7/1995 (per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione) ed alla direttiva 2006/112/CE relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, ma nel dispositivo si menziona esclusivamente l'art. 325 TFUE.

¹⁵ V. espressamente il § 55 della sentenza. Nel dispositivo si precisa che la normativa italiana "è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'art. 325 TFUE" (idoneità astratta, perché la sua verifica in concreto è rimessa al giudice nazionale).

¹⁶ § 38 della sentenza.

3.2.

La diversa rilevanza delle due ipotesi.

L'accertamento sulla sussistenza della seconda ipotesi di contrasto può essere effettuato dal giudice del singolo reato, che, comparando la disciplina della prescrizione della frode che lede gli interessi finanziari della Unione con quella della frode che lede solo gli interessi finanziari nazionali, può stabilire facilmente e oggettivamente se sia o meno rispettato il principio della tutela equivalente (o di assimilazione) imposta dall'art. 325, par. 2, TFUE.

La prima ipotesi di contrasto è, invece, delineata dalla CGUE in modo generico (solo nei casi di frode "grave") e soprattutto in relazione ad una situazione non accertabile dal giudice del singolo processo, che non può stabilire se il regime della prescrizione di determinate frodi gravi ne impedisca la punizione "in un numero considerevole di casi". Quest'ultimo presupposto può desumersi soltanto da rilevazioni statistiche estranee, di per sé, agli accertamenti compiuti nel singolo processo e relative, in linea di principio, all'intero territorio nazionale, rese ancora più difficili dal fatto che oggetto di esse è l'applicazione della prescrizione nei processi per frodi "gravi" (non meglio precisate nella sentenza della CGUE).

La fattispecie delineata dalla sentenza Taricco in cui il giudice nazionale può stabilire il contrasto della normativa interna con l'art. 325, par.1, TFUE è, pertanto, così indeterminata che non può, per le sue caratteristiche intrinseche, essere accertata dal giudice nazionale, per un limite inerente alla natura dell'attività giurisdizionale. Qui viene in gioco, prima ancora della disciplina della prescrizione e della sua interruzione (come avviene, invece, nella ipotesi di contrasto con l'art. 325, par.2, TUFUE), l'assenza, nel diritto europeo dichiarato dalla sentenza della Corte di Lussemburgo, di una disposizione normativa che possa costituire, per il giudice nazionale, un parametro idoneo al confronto con il diritto interno, al fine di accertare se la norma nazionale sia o meno contrastante con quella europea.

Qualunque natura si voglia attribuire all'istituto della prescrizione del reato (rientri esso nel diritto penale sostanziale ovvero in quello processuale), l'applicazione della sua disciplina non può essere affidata a scelte giudiziarie sostanzialmente libere, perché non aventi parametri predeterminati dalla legge. In altri termini, il nostro sistema costituzionale di soggezione del giudice alla legge e di stretta legalità del reato e della pena non può consentire che ad ogni giudice sia affidato l'accertamento non solo se il reato di frode dell'Iva da lui giudicato sia o meno "grave", ma soprattutto se l'applicazione delle norme sulla prescrizione ne impedisca la punizione "in un numero considerevole di casi". Anche dal punto di vista dell'imputato, una fattispecie così indeterminata di contrasto del codice penale con il diritto dell'UE viola il principio di conoscibilità e prevedibilità delle regole giuridiche sulle sanzioni penali, perché egli deve poter conoscere se la legge assoggetta il reato da lui commesso ad uno o ad altro regime di prescrizione.

L'impedimento ad attribuire rilevanza alla prima ipotesi delineata dalla sentenza Taricco di contrasto tra il codice penale ed il diritto dell'UE (art. 325, par.1) deriva, prima ancora che dai controlimiti inerenti alle garanzie costituzionali previste in materia penale, dalla estrema genericità della norma europea in relazione alla quale il giudice nazionale dovrebbe procedere alla disapplicazione della norma interna imposta dalla *primauté*. Si tratta di un ostacolo alla applicazione del diritto europeo (ed alla conseguente disapplicazione del diritto nazionale) che richiama, in modo largamente approssimativo, l'inefficacia di una disposizione europea di diritto derivato che non sia *self executing*, per la genericità del suo contenuto.

Occorre, allora, concludere che il contrasto dell'ordinamento italiano con l'art. 325, par.1, TFUE non può essere accertato in un giudizio, ma richiede l'intervento del legislatore nazionale, il quale dovrà precisare quale sia la soglia di gravità della frode dell'Iva che rende operante l'obbligo per lo Stato membro di infliggere sanzioni effettive e dissuasive, tenuto conto delle statistiche nazionali sul numero di prescrizioni che sono state applicate ai detti reati di frode.

3.3.

L'accertamento del contrasto.

Le osservazioni finora esposte inducono a ritenere attuale per l'attività giudiziaria soltanto la seconda ipotesi di contrasto delineata dalla sentenza Taricco (quella rispetto al par. 2 dell'art. 325 TFUE), alla quale pertanto vanno riferite le riflessioni di seguito espresse.

L'ipotesi di contrasto con l'art.325, par. 2, TFUE trova una specificazione già nella moti-

vazione della sentenza della Corte europea¹⁷, sulla base di una osservazione fatta in udienza dalla Commissione europea. L'art. 160, ultimo comma, e l'art. 161, comma secondo, c.p., nel regolare gli effetti della interruzione della prescrizione, pongono la regola generale secondo cui l'aumento del termine prescrizione per effetto degli atti interruttivi ha sempre un limite massimo, che è, di regola, "un quarto del tempo necessario a prescrivere" (potendo essere maggiore in caso di recidiva dell'imputato). A questa regola generale sono sottratti i reati di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., per i quali l'aumento della prescrizione per effetto dell'atto interruttivo non ha un limite diverso dalla scadenza dell'ordinario termine di prescrizione, che quindi riprende a decorrere per intero dopo ogni atto di interruzione. Non opera, pertanto, il limite massimo previsto in linea generale dal c.p..

Tra i reati indicati nell'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p. è compreso il delitto previsto dall'art. 291-*quater* del d.P.R. 23/1/1973 n.43, che punisce l'associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, onde la prescrizione di quest'ultimo reato non è soggetta all'aumento massimo previsto in linea generale dall'art. 161 c.p. per l'ipotesi di atto interruttivo della prescrizione. Il detto aumento è invece applicabile a tutti i reati in tema di Iva (previsti dal d. lgs. 10/3/2000 n.74) ed anche all'associazione per delinquere allo scopo di commettere i delitti in tema di Iva (reato ascritto al Taricco¹⁸), onde almeno per quest'ultimo reato il termine di prescrizione (in presenza di un atto interruttivo) è più breve di quello previsto per il delitto *ex art. 291-*quater** citato, che tutela soltanto gli interessi finanziari nazionali. L'identità di misure prescritta dall'art. 325, paragrafo 2, TFUE è, così, chiaramente violata da parte dello Stato italiano¹⁹.

Rimane aperto il problema se tale contrasto sia limitato soltanto all'associazione per commettere reati in tema di Iva, che corrisponde al reato associativo finalizzato al contrabbando, ovvero si estenda anche alle frodi dell'Iva non commesse da una associazione. L'identità di misure reattive imposta dall'art. 325, par. 2, sembra presupporre una corrispondenza di condotte delittuose, onde appare preferibile la prima risposta. Resta ovviamente ferma, per le frodi dell'Iva che siano gravi, la possibilità di ravvisare il contrasto con il par. 1 dell'art. 325 qualora esse vengano dichiarate prescritte "in un numero considerevole di casi". Ma la possibilità di ravvisare in concreto il contrasto (sulla base dell'accertamento che la prescrizione trova applicazione in un numero considerevole di casi) e di precisarne l'ambito (definendo quali sono le frodi dell'Iva da considerare gravi) è, secondo l'avviso in precedenza espresso (§ 3.2), rimessa all'intervento del legislatore, attraverso la previsione di una fonte primaria.

Sussiste comunque, in modo certo, un caso di contrasto con il diritto dell'Unione della normativa italiana sulla prescrizione, ed esso è proprio il caso Taricco a cui si riferisce la sentenza della CGUE, perché l'associazione per delinquere ascritta a questo imputato (ed agli altri coimputati) è soggetta ad una disciplina della interruzione della prescrizione molto più favorevole di quella prevista per l'analogo reato associativo finalizzato al contrabbando di tabacchi lavorati esteri.

3.4. *Le conseguenze del contrasto.*

Questo contrasto, per il principio della *primauté*, comporta, secondo l'orientamento ribadito dalla sentenza europea, la non applicazione della disciplina nazionale più favorevole di quella dell'Unione, e quindi il dovere per il giudice nazionale di non applicare le norme sugli effetti della interruzione della prescrizione dettate dagli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, c.p..

Questa conseguenza derivante dalla sentenza europea ha suscitato enormi perplessità sotto l'aspetto della sua compatibilità con le garanzie penali previste dalla nostra Costituzione²⁰. Va, preliminarmente, osservato che le perplessità e le critiche considerano, per lo più, l'intero

¹⁷ § 48 della sentenza,

¹⁸ § 18 della sentenza.

¹⁹ E' perciò fondata l'osservazione formulata in udienza dalla Commissione europea menzionata nel § 48 della sentenza ed ha contenuto positivo la verifica richiesta al giudice (ed interprete) nazionale dalla CGUE.

²⁰ E' significativo il titolo dello scritto (a commento della sentenza) di [L. EUSEBI, Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore, in Dir. pen. cont., 10 dicembre 2015](#); V. anche G. FIORENTINO, *La Corte di cassazione e la resistibile ascesa della giurisprudenza Taricco*, in *questione giustizia*, 1 febbraio 2016, ove è criticata soprattutto l'applicazione che la Cassazione (nella pronuncia di seguito citata) ha fatto della sentenza europea.

contenuto della sentenza Taricco, senza distinguere tra le due situazioni di contrasto in essa ipotizzate.

La Corte di appello di Milano, chiamata a giudicare casi uguali a quello Taricco (imputati condannati in primo grado per associazione per delinquere per commettere reati di frode all'Iva), ha rilevato che, successivamente alla condanna di primo grado, i reati si erano prescritti o stavano per prescriversi, non ostante l'intervento di atti interruttivi. Il termine prescrizione non sarebbe, invece, maturato per nessun reato applicando la disciplina degli atti interruttivi imposta dalla sentenza Taricco. Il giudice di appello ha ritenuto, però, che la disapplicazione degli artt. 160, ultimo comma, e 161 c.p. si ponesse in contrasto con il principio di legalità (*nullum crimen sine lege*) previsto dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione ed ha perciò rimesso alla Corte costituzionale "la valutazione della opponibilità di un controlimito alle limitazioni di sovranità derivanti dalla adesione dell'Italia all'ordinamento dell'Unione europea ai sensi dell'art. 11 Cost, in funzione del rispetto del principio fondamentale dell'assetto costituzionale interno, poizore rispetto agli stessi obblighi di matrice europea"²¹.

Nessun contrasto con la Costituzione è stato invece ritenuto sussistente dalla Corte di cassazione nella sentenza della Sez. III, 15/9/2015 (dep. 20/1/2016) n. 2210²², la quale ha fatto richiamo alla motivazione della sentenza Taricco ove si afferma che la non applicazione delle dette norme sulla prescrizione non viola il principio di legalità previsto dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e dall'art. 7 della Cedu, come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

3.5.

I problemi di costituzionalità posti dalla sentenza Taricco.

La questione è senz'altro complessa: se e, eventualmente, in quali limiti può ritenersi legittimo un effetto della primauté del diritto dell'Unione che operi a danno dell'imputato (*in malam partem*). Chiaro è il principio già affermato dalla Corte costituzionale nell'individuazione dei c.d. controlimiti alla nostra adesione al diritto dell'UE: esso, come si è detto²³, non può violare i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale ed i diritti inalienabili della persona umana. L'art. 25, secondo comma, Cost. contiene il principio fondamentale di certezza e determinatezza della previa previsione legislativa della condotta costituente reato ed altresì il diritto inalienabile della persona di non essere punito se non nei casi previsti dalla legge.

Occorre, pertanto, esaminare se il contenuto della sentenza Taricco, nella sola parte in cui essa non richiede l'intervento del legislatore, sia in contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost.. Essa, come si è detto, concerne esclusivamente la disciplina degli atti interruttivi della prescrizione (e quindi non l'intera disciplina dell'istituto) perché prospetta il contrasto e la conseguente disapplicazione solo delle disposizioni codicistiche che pongono un limite assoluto alla durata della prescrizione, dopo la sua interruzione per uno o più atti interruttivi, anziché consentire l'inizio di un nuovo periodo intero di prescrizione dopo ogni atto interruttivo.

Ai fini della valutazione di costituzionalità è essenziale distinguere, in detta sentenza, due aspetti diversi: la disciplina della interruzione della prescrizione che essa ritiene imposta dall'art.

325 TFUE e l'ambito temporale di applicazione della detta disciplina. Consideriamo, per ora, soltanto il primo aspetto e prescindiamo dal secondo aspetto, cioè dalla applicabilità della sentenza ai reati commessi anteriormente alla sua emanazione (8/9/2015).

A) Dalla sentenza deriva sicuramente che alla associazione per delinquere diretta a commettere reati di frode dell'Iva²⁴, consumati dopo l'8/9/2015, si applica il regime di interruzione della prescrizione previsto dal codice per l'associazione diretta a commettere i reati di contrabbando doganale. Questa modifica della disciplina degli effetti dell'atto interruttivo della pre-

²¹ Ord. della Corte di appello di Milano, 18/9/2015, in *Dir. pen. contem.*, § 6. L'ordinanza è commentata da F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i "controlimiti"*, in *Dir. pen. cont.*, 21 settembre 2015.

²² La sentenza è annotata criticamente da F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi Iva*, in *Dir. pen. contem.*, 22 gennaio 2016.

²³ V. la nota n.3.

²⁴ Non si esamina qui quali reati tributari vadano, con precisione, inclusi in questa previsione.

scrizione, imposta dal diritto dell'Unione (e, in particolare, dal Trattato di Lisbona) in ordine ai reati che ledono gli interessi finanziari della stessa Unione, può ritenersi una violazione del principio di stretta legalità previsto dall'art. 25, secondo comma, Cost.?

L'interrogativo presuppone una concezione ampia del principio costituzionale di legalità penale, in modo da comprendervi tutto il regime della punibilità, e quindi anche la disciplina della prescrizione. Tale è la concezione seguita in Italia dalla Corte costituzionale²⁵ e dalla Corte di cassazione²⁶.

La risposta al quesito pone, almeno, tre ordini di problemi.

Vi è, innanzitutto, da dubitare che l'inclusione della prescrizione nel principio di stretta legalità, non seguita dalla maggior parte degli Stati membri²⁷ e non condivisa dalle Corti europee²⁸, costituisca, in linea generale, un principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale, che non considera espressamente la prescrizione.

Secondariamente, vi è da considerare che gli effetti della sentenza Taricco si esauriscono nel determinare il passaggio di reati che ledono anche gli interessi finanziari dell'Unione da un regime codicistico della prescrizione ad altro regime previsto dallo stesso codice penale (anche se come eccezione rispetto al primo regime che costituisce la regola generale), in coerente applicazione del principio di tutela equivalente con i reati che offendono i soli interessi nazionali. L'unica particolarità è che detta modifica è prodotta²⁹ non da una legge italiana, ma dal diritto primario dell'UE, come interpretato dalla Corte di Lussemburgo. In considerazione dei beni lesi dal reato non può negarsi né il potere di intervento di detta Corte, né il primato della norma di diritto europeo da essa ritenuta applicabile (art. 325, par.2, TFUE). L'inclusione di reati commessi in danno dell'Unione in una ovvero in altra delle categorie previste dalla normativa italiana sulla interruzione della prescrizione non sembra che comporti una violazione dei principi supremi del nostro ordinamento, né che l'imputato abbia un diritto fondamentale all'inclusione nell'una o nell'altra categoria.

In terzo luogo, occorre tenere presente che l'interruzione della prescrizione è determinata esclusivamente da atti processuali, onde la sentenza Taricco viene ad incidere soltanto sugli effetti di tali atti. Anche per tale motivo potrebbe ritenersi che l'efficacia della sentenza europea sia limitata all'ambito delle regole processuali interne, a prescindere dalla natura dell'istituto della prescrizione.

Vi sono, in conclusione, più ordini di ragioni per dare risposta negativa all'interrogativo dianzi posto, con riferimento ai reati commessi dopo l'emanazione della sentenza della CGUE, la quale ha accertato quale sia il disposto dell'ordinamento europeo, con effetto però costitutivo, desumibile in modo chiaro dal fatto che la medesima sentenza non ha stabilito direttamente il contrasto tra le norme interne e l'art. 3, 25, par. 2, TFUE, ma lo ha soltanto ipotizzato, rimettendone il concreto accertamento al giudice nazionale.

Può essere utile ricordare che, in un diverso settore dell'ordinamento, la CGUE ha affermato la *primauté* del diritto dell'Unione anche rispetto all'autorità del giudicato nazionale, ritenendo che il giudicato non possa impedire l'accertamento del giudice nazionale sulla violazione delle disposizioni del TFUE in materia di aiuti di Stato³⁰, contraddicendo quindi il principio tradizionale secondo cui il giudicato copre non solo il dedotto, ma anche il deducibile³¹. Nella motivazione della sentenza che qui si considera la Corte europea ha ricordato che "il principio di interpretazione conforme esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio, nei limiti delle loro competenze, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultimo"³². Se la *primauté* può esigere una interpretazione del giudicato nazionale idonea a rendere il diritto interno conforme al diritto dell'UE, la stessa interpretazione conforme sembra che possa trovare applicazione in relazione ad un istituto come la

²⁵ V., tra le altre, le sentenze n.275/1990, 393/2006, 324/2008.

²⁶ V. Sez. Un. 22/2/2007 (dep. 5/6/2007), n. 21833, imp. PM in proc. lordache, in Cass. 2007, p. 4052.

²⁷ Così M. BASSINI, *op.cit.*, p. 100, che menziona specificamente il Belgio, la Francia e la Germania. In questi Stati le norme sulla prescrizione hanno natura processuale.

²⁸ Come si desume, per la CGUE, dalla sentenza Taricco (§ 55-56) e, per la Corte Edu, dalle sentenze citate nel § 57 della stessa sentenza.

²⁹ La modifica viene qui considerata esclusivamente rispetto ai fatti futuri, secondo la premessa in precedenza formulata.

³⁰ In particolare: l'art. 107, par.1 e l'art. 108, par.3, terza frase.

³¹ CGUE, sez.II, 11/11/2015, causa C-505/14, in *Il Foro it.*, 2016, IV, c.37, con nota di E. D'ALESSANDRO, *La Corte di giustizia si esprime di nuovo sul rapporto tra giudicato nazionale e aiuti di Stato*.

³² § 34 della sentenza in ultimo citata.

prescrizione del reato o almeno all'interruzione della stessa³³, al fine di consentire il rispetto, da parte dell'Italia, delle norme del Trattato di Lisbona.

B) Problemi particolari presenta il secondo aspetto della sentenza Taricco, e cioè la sua applicabilità ai reati commessi prima della sua emanazione. La irretroattività di qualunque modifica peggiorativa della disciplina giuridica applicabile ad un imputato costituisce una garanzia fondamentale, se si resta nell'ambito della materia penale e del principio di stretta legalità. Ma, anche se si attribuisce natura processuale alla disciplina della prescrizione e della sua interruzione, viene in gioco la garanzia costituzionale del "giusto processo regolato dalla legge" (art.111, primo comma, Cost.). La stessa sentenza Taricco avverte che "se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali" sulla durata della interruzione della prescrizione, "egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati"³⁴.

L'esigenza della non retroattività della disapplicazione imposta dalla sentenza Taricco (nell'ambito ristretto che si è in precedenza ritenuto ammissibile, e cioè in relazione soltanto all'art.325, par.2, TFUE) comporta la distinzione tra varie situazioni processuali.

Va premesso che, trattandosi del regime di atti processuali di interruzione della prescrizione, la regola di diritto intertemporale ad essi applicabile è quella del *tempus regit actum*, in base alla quale, in linea di principio, gli effetti dell'atto sono regolati dalla disciplina del tempo in cui esso è stato emanato. In ordine alle diverse eventualità che possono essersi verificate relativamente a reati commessi prima della sentenza Taricco, vanno distinte quattro situazioni.

a) La prescrizione del reato è stata già dichiarata dal giudice prima della sentenza Taricco. In questo caso il processo sul reato estinto si è definito ed è perciò irrilevante la sopravvenuta sentenza della CGUE. In tal senso si è pronunciata anche la citata sentenza della Cassazione n.2210/2016³⁵, che pure, come vedremo, ha fatto, in relazione ad altro reato e ad altra situazione, una applicazione retroattiva della sentenza europea.

b) La prescrizione del reato è maturata prima della sentenza Taricco, ma essa non è stata ancora dichiarata dal giudice. La Cassazione, nella sentenza n.2210/2016 decisa il 17/9/2015, ha applicato la sentenza della CGUE ritenendo perciò di non potere dichiarare la prescrizione maturata sin dal 16/1/2015³⁶.

Non si condivide la decisione della Cassazione sul punto³⁷. Alla data del 16/1/2015 il reato si è estinto e l'imputato ha acquisito il diritto alla pronuncia di accertamento della avvenuta prescrizione. L'applicazione della sentenza Taricco è stata giustificata dalla Cassazione con la natura dichiarativa della pronuncia europea in ordine al contrasto preesistente da tempo tra ordinamento italiano e l'art.325 TFUE. Ma, a prescindere dalla osservazione che, come si è detto, l'accertamento in concreto di tale contrasto è stato rimesso al giudice nazionale, va notato che detto contrasto non era in alcun modo prospettabile, e quindi conoscibile dall'imputato, prima della sentenza Taricco, onde l'applicazione della stessa a reati già estinti al tempo della sua emanazione viola il diritto fondamentale alla conoscibilità delle regole giuridiche applicabili all'interessato³⁸ e attribuisce effetto retroattivo alla sentenza europea, che questa stessa sentenza sembra espressamente escludere.

c) L'atto interruttivo è intervenuto dopo la Taricco, sia pure per un reato anteriormente commesso. Qui la regola del *tempus regit actum* trova una chiara applicazione in relazione alla natura processuale dell'atto interruttivo, onde esso produce gli effetti previsti dal diritto europeo anziché quelli indicati dal codice penale, una volta accertato che sussista la violazione del principio di parità di trattamento imposto dall'art.325, par. 2, TFUE. Anche il principio di legalità processuale posto dall'art.111, primo comma, Cost.³⁹ non sembra porsi in contrasto con

³³ V., in generale, *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico* a cura di A. BERNARDI, Napoli, 2015 (il volume collettaneo concerne diversi settori dell'ordinamento nazionale).

³⁴ § 53 della sentenza.

³⁵ § 23 della sentenza della Cassazione.

³⁶ § 7 della sentenza.

³⁷ Va, innanzitutto, notato che la citata sentenza della Cassazione ha applicato la sentenza Taricco a reati in tema di Iva diversi dall'associazione per delinquere e si è riferita al contrasto con il primo paragrafo dell'art. 325 TFUE. Ma, mentre ha affermato la gravità dei reati, ha precisato completamente dal requisito di fatto della prescrizione degli stessi reati in un numero considerevole di casi.

³⁸ La sentenza Taricco, nel riferirsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 7 della Cedu, afferma che "tale disposizione non può essere interpretata nel senso che osta ad un allungamento dei termini di prescrizione quando i fatti addebitati non si siano ancora prescritti" (§ 57; la sottolineatura è dello scrivente). Quest'ultima limitazione corrisponde al contenuto del § 149 della sentenza della Corte Edu del 2000, Coëme contro Belgio, richiamata nel citato paragrafo della sentenza Taricco.

³⁹ Questo principio è richiamato da S. MARCOLINI, *op. cit.*, p.370, come limite all'efficacia della sentenza Taricco nel nostro ordinamento.

l'assoggettamento dell'atto processuale alla disciplina vigente quando esso è stato emanato.

d) Ultima situazione prospettabile è quella dell'atto interruttivo posto in essere prima della Taricco, ma i cui effetti perdurano dopo detta sentenza, con la conseguenza che il reato non è ancora prescritto. E' il caso a cui si riferisce, almeno in parte, la Corte di appello di Milano nella citata ordinanza che ha sollevato la questione di costituzionalità.

La regola del *tempus regit actum*, dando rilievo alla data di emanazione dell'atto processuale interruttivo, porterebbe a ritenere irrilevante la sopravvenuta sentenza della CGUE. Va, però, osservato che il giudice nazionale, se accerta il maturarsi della prescrizione per effetto del raggiungimento (successivo alla detta sentenza) del limite massimo di aumento previsto dagli artt.160, ultimo comma, e 161 c.p., applica queste ultime disposizioni che, qualora contrastino con il diritto europeo, vanno invece disapplicate.

Ma siffatta disapplicazione, proprio perché riferita ad un reato anteriore alla sentenza Taricco e ricollegata altresì ad un atto processuale emanato anch'esso prima della stessa sentenza, finisce con l'attribuire efficacia retroattiva alla sentenza europea a cui si riconduce l'ipotesi del contrasto determinante la disapplicazione. In tal modo sembra violata la garanzia fondamentale della non retroattività di una disapplicazione *in malam partem*. Da qui la corretta prospettazione del dubbio di costituzionalità sollevato dalla Corte di appello di Milano.

E' importante, però, precisare che questo dubbio assume consistenza rispetto all'eventuale applicazione retroattiva della sentenza Taricco, non nei confronti della applicazione della stessa sentenza agli atti interruttivi emanati successivamente alla stessa e, ancor più, ai reati commessi in epoca posteriore. Si ricorda che quest'ultima applicazione della sentenza Taricco, considerata non contrastante con i principi supremi del nostro ordinamento, è stata qui limitata alla ipotesi di contrasto con l'art.325, par.2, TFUE (v. *retro*, § 3.2), e quindi ha un ambito molto più ristretto di quello individuato dalla citata sentenza n.2210/2016 della Cassazione.

4.

Una riflessione finale.

Le due sentenze qui considerate della *Grande Chambre* della CGUE sono accomunate dal fatto che esse comportano una applicazione del diritto dell'UE sfavorevole all'imputato o al condannato, mentre nel passato l'applicazione di tale diritto ha comportato effetti favorevoli per il privato, rendendo possibile una non applicazione della norma interna *in bonam partem*. Le sentenze sono, perciò, importanti, ma non bisogna dimenticare l'ambito limitato che le caratterizza.

Esse, invero, concernono istituti e questioni nelle quali non si è posta l'esigenza di rispettare l'identità nazionale, salvaguardata dall'art.4 TUE.

Il mandato di arresto europeo, fondandosi sul principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, presuppone la fiducia tra i vari Stati membri e quindi affida la previsione delle garanzie processuali alla normativa dello Stato che emette il mandato, garanzie che possono essere diverse da quelle esistenti nello Stato che lo esegue, mentre la normativa europea ha la funzione di imporre uno standard intermedio di tutela che, se conforme alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione ed alla Cedu, non può, per ciò stesso, porsi in contrasto con l'identità nazionale degli Stati membri.

Non sembra attinente a tale identità (nella "struttura fondamentale, politica e costituzionale" dello Stato italiano) neanche la disciplina della prescrizione del reato, istituto non previsto direttamente dalla Costituzione, e considerato in un ampio territorio dell'UE di natura processuale. Tanto più vale tale affermazione se si tiene presente che, come si è visto, la sentenza Taricco è limitata alla interruzione della prescrizione e non concerne l'intera normativa dell'istituto. Qualunque sia, però, la natura di tale istituto, la sua disciplina non può che essere dettata dalla legge, costituendo ciò un principio fondamentale del nostro ordinamento ed una garanzia essenziale per l'imputato. L'applicazione della prescrizione non può, perciò, rimettersi sostanzialmente alle scelte del giudice per quanto riguarda il presupposto di applicazione dell'uno o dell'altro regime di interruzione della stessa, a seconda cioè che la disciplina legale di tale interruzione determini o meno, in fatto, la non punibilità dei reati "in un numero considerevole di casi di frode grave". Da qui si è tratta la rilevanza limitata per il giudice nazionale della sentenza Taricco, ridotta ad una soltanto delle due ipotesi di contrasto con il diritto UE da essa configurate. Anche l'ipotesi di contrasto rilevante per l'attività giudiziaria non può, però, avere effetto retroattivo e fare venire meno il diritto dell'imputato alla dichiarazione di

una prescrizione che sia maturata prima della emanazione della sentenza europea (ma il contrario è stato deciso dalla citata sentenza della Cassazione).

Appare quindi eccessivo trarre dalle due sentenze considerazioni generali sui rapporti tra il diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Esse, di certo, sono idonee a far percepire le difficoltà particolari che la *primauté* del diritto europeo è destinata ad incontrare nel settore penale, con i conseguenti contrasti tra Corti che ne possono derivare. Ma la prudenza e la necessaria gradualità della costruzione dell'Unione europea anche in tale settore (secondo le previsioni del TFUE) impongono di non cercare soluzioni perfettamente definite ed assolute. Anche nella materia penale, come negli altri settori di europeizzazione del diritto, va perseguito un equilibrio tra le aspirazioni di uniformità della UE e la nostra identità nazionale. Come si è di recente affermato⁴⁰, "non bisogna scegliere fra il diritto europeo e i nostri diritti. Dobbiamo tutti capire che, oltre un certo limite, l'uniformità non possa andare ma, oltre un certo limite, le stesse diversità distruggono la nostra unità. E trovare, insieme, l'equilibrio tra le due istanze".

⁴⁰G. AMATO, *op. cit.*, p.109