

DISAPPLICARE LE NORME VIGENTI SULLA PRESCRIZIONE NELLE FRODI IN MATERIA DI IVA?

Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia ([sent. 8 settembre 2015 \(Grande Sezione\), Taricco, causa C-105/14](#))

di Francesco Viganò

SOMMARIO: 1. I nodi fondamentali. – 2. Il caso di specie e la questione pregiudiziale. – 3. Le conclusioni dell’Avvocato generale. – 4. La decisione della Corte. – 5. Sull’esatta delimitazione degli obblighi imposti dalla Corte al giudice penale italiano. – 6. Prescrizione e *nullum crimen sine lege* dal punto di vista del diritto europeo e dal punto di vista del diritto italiano. – 7. (Segue): l’art. 25 co. 2 Cost. come ‘controlimite’? Scenari di possibili conflitti tra ordinamento italiano e ordinamento UE. – 8. Note conclusive.

1. I nodi fondamentali.

Ci risiamo: la disciplina italiana della prescrizione del reato, che il nostro legislatore proprio non riesce a riformare, torna sul banco degli imputati in Europa. Dopo la brutta pagina della sentenza *Cestaro* dell’aprile scorso¹, con cui la Corte di Strasburgo ha condannato l’Italia per avere lasciato prescrivere i delitti commessi dai responsabili delle nostre forze dell’ordine in occasione dei fatti della scuola Diaz a margine del G8 di Genova del 2001, ora è la volta della Corte di Lussemburgo che denuncia l’insostenibilità della disciplina vigente della prescrizione (e in particolare la previsione di un termine massimo pur in presenza di atti interruttivi) nella misura in cui tale meccanismo determina in pratica la *sistematica impunità delle frodi in materia di IVA*, lasciando così senza tutela adeguata gli interessi finanziari non solo dell’erario italiano, ma anche – ed è quanto importa ai giudici europei – quelli dell’Unione. In entrambi i casi, la disciplina italiana della prescrizione è stata giudicata *incompatibile con obblighi europei di tutela penale*: il cui contenuto notoriamente non si esaurisce soltanto nella previsione astratta di norme incriminatrici, ma si estende altresì all’applicazione nel caso concreto delle pene da esse previste nel caso di violazione.

¹ Corte EDU, IV sez., sent. 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, ric. n. 6884/11 *Cestaro c. Italia*, in questa Rivista con scheda a firma del sottoscritto, [La difficile battaglia contro l’impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano](#), 9 aprile 2015.

Rispetto però al precedente rappresentato dal caso *Cestaro*, in cui veniva in considerazione la violazione di obblighi di tutela penale derivati dalla Convenzione europea (e dunque da una fonte internazionale che non può determinare, per il giudice italiano, alcun obbligo di disapplicazione della norma interna contrastante), le conseguenze della nuova pronuncia per l'ordinamento italiano si profilano questa volta assai più incisive, in ragione del principio del *primato del diritto UE* rispetto a quello nazionale (compreso lo stesso diritto penale). In estrema sintesi, la Corte di giustizia afferma ora *l'obbligo per il giudice penale italiano di disapplicare il combinato disposto degli artt. 160 e 161 c.p.* nella misura in cui egli ritenga che tale normativa – fissando un limite massimo al corso della prescrizione, pur in presenza di atti interruttivi, pari di regola al termine prescrizione ordinario più un quarto – impedisce allo Stato italiano di adempiere agli obblighi di tutela effettiva degli interessi finanziari dell'Unione imposti dall'art. 325 del Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE). In buona sostanza, il giudice avrà in tal caso *l'obbligo* – discendente direttamente dal diritto dell'Unione – di *condannare* l'imputato ritenuto colpevole dei reati ascrittigli, *nonostante l'intervenuto decorso del termine prescrizione* calcolato sulla base degli artt. 160 e 161 c.p.

Cercherò di esaminare un po' più nel dettaglio nel prosieguo – nei limiti consentiti da un intervento a primissima battuta – le valutazioni che il giudice italiano sarà chiamato a svolgere per conformarsi a questa sentenza. Sin da subito è però opportuno evidenziare il nodo sul quale verosimilmente più si incentrerà l'attenzione dei futuri commentatori: quello, cioè, della compatibilità dell'obbligo che la Corte pone ora a carico del giudice con il *principio di legalità in materia penale*. È compatibile con tale principio una sentenza di condanna pronunciata in relazione a un reato che la normativa penale vigente, di fonte legislativa, considera ormai prescritto? E, nel caso di risposta negativa a tale quesito, potrebbe ora il giudice italiano (il giudice comune, o quello costituzionale) rifiutarsi di adempiere all'obbligo ora fissato dalla Corte di giustizia, attribuendo natura di *“controlimite”* (rispetto alle limitazioni di sovranità consentite nei confronti del diritto dell'UE fondate sull'art. 11 Cost.) allo stesso principio di legalità in materia penale?

2. Il caso di specie e la questione pregiudiziale.

Partiamo però, come sempre conviene, dallo specifico caso concreto all'origine della pronuncia.

Contro il sig. Taricco e vari altri imputati è pendente avanti il Giudice per l'udienza preliminare del Tribunale di Cuneo un procedimento penale per associazione per delinquere allo scopo di commettere vari delitti in materia di IVA, attraverso il noto meccanismo delle c.d. *“frodi carosello”*. Secondo l'impostazione dell'accusa, essi avrebbero in tal modo realizzato negli esercizi fiscali dal 2005 al 2009 un'evasione dell'IVA in relazione all'importazione di champagne per un importo pari a diversi milioni di euro.

Con ordinanza del gennaio 2014 il g.u.p., rilevato l'intervenuto decorso della prescrizione nei confronti di uno degli imputati, constata altresì che nei confronti di tutti gli altri imputati la prescrizione maturerà nei termini di sette anni e mezzo dalla data di cessazione dell'associazione (per ciò che concerne i meri partecipi) o, al massimo, in quello di otto anni e nove mesi (per ciò che concerne i capi). In ogni caso, tutti i reati – ove non ancora prescritti – lo saranno entro il febbraio 2018: e la previsione, probabilmente ragionevole, del g.u.p. è che entro quella data sarà impossibile pervenire ad un accertamento definitivo nei tre gradi di giudizio che occorre ancora percorrere. Il giudice sottopone allora una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, chiedendo se la disciplina in materia di termine massimo di prescrizione in presenza di atti interruttivi di cui agli artt. 160 e 161 c.p. produca effetti compatibili con una serie di norme del TFUE e con una disposizione della direttiva 2006/112/UE in materia di IVA².

3. Le conclusioni dell'Avvocato generale.

Nelle proprie conclusioni presentate lo scorso aprile³, l'Avvocato generale Kokott passa rapidamente in rassegna le disposizioni di diritto dell'Unione invocate dal giudice del rinvio, mostrandone la radicale irrilevanza rispetto alla sostanza della questione prospettata; ma, lungi dal liquidare a questo punto come infondata la domanda del giudice italiano, *la riformula* abilmente riducendola ai suoi termini essenziali, individuandone altresì i corretti fondamenti normativi.

La questione che – osserva Kokott – corre come un filo rosso nel rinvio pregiudiziale è “se il diritto dell'Unione imponga ai giudici degli Stati membri di disapplicare determinate disposizioni del loro diritto nazionale relative alla prescrizione dei reati, al fine di garantire una repressione efficace dei reati fiscali” (§ 1). Repressione imposta, secondo l'Avvocato generale, non solo dall'impianto generale della direttiva 2006/112/UE alla luce del principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 § 3 TUE, ma anche dall'art. 325 TFUE (a tenore del quale gli Stati membri sono pertanto tenuti a lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione «con misure dissuasive ed effettive»), nonché dall'art. 2 § 1 della Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea (la c.d. convenzione PIF), che impone espressamente agli Stati firmatari la previsione di sanzioni *penali*, che nei casi di frodi gravi devono altresì includere sanzioni privative della libertà.

La risposta dell'Avvocato generale è senz'altro affermativa. I giudici nazionali sono tenuti a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione, anzitutto mediante l'interpretazione del proprio diritto in maniera conforme al diritto UE; ovvero, laddove tale interpretazione conforme non sia possibile, “*disapplicando* all'occorrenza, di propria

² L'ordinanza di rimessione, con un articolato commento di [ROSSI DAL POZZO \(La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di giustizia?\)](#), è pubblicata in questa *Rivista*, 7 febbraio 2014.

³ [Conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott presentate il 30 aprile 2015 nella causa C-105/14, Taricco e a.](#)

iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale” (§§ 106-111).

Il principio enunciato da Kokott è ampiamente consolidato nella giurisprudenza della Corte, come dimostrano le sentenze citate dall’Avvocato generale, a partire dalla storica *Simmenthal* passando per la più recente *Küçükdeveci*, che appartengono ormai al bagaglio culturale minimo di qualsiasi studente di diritto UE; e certamente non nuova è l’applicazione di tali principi, nella giurisprudenza della Corte, alla materia penale (basti pensare, per ciò che concerne il nostro paese, ai recenti casi in materia di disciplina penale dell’immigrazione, da *El Dridi* a *Sagor*). Nuovo – se si prescinde dall’ambiguo precedente *Niselli*⁴ – è però l’effetto *in malam partem* che da tali principi l’Avvocato generale ricava con riferimento al caso di specie (e, ovviamente, a tutti i casi analoghi): la disposizione della legge interna incompatibile con il diritto UE, dotato di primazia, garantisce qui un effetto *favorevole* per l’imputato – la dichiarazione di prescrizione del reato –; sì che la sua *disapplicazione*, in ragione della sua incompatibilità con il diritto UE, comporta specularmente un effetto *sfavorevole* per l’imputato, determinandone la dichiarazione di penale responsabilità e il conseguente assoggettamento alla pena.

Un simile risultato *in malam partem* era stato consapevolmente messo in conto dall’Avvocato generale nelle conclusioni che lei stessa a suo tempo aveva presentato nel ben noto caso *Berlusconi*: in quell’occasione, Kokott aveva dedotto da una serie di disposizioni di diritto derivato dell’Unione l’obbligo del giudice nazionale di disapplicare una norma penale più favorevole, entrata in vigore dopo la commissione del fatto, in favore dell’applicazione della norma più severa vigente al momento del fatto; e ciò, ancora una volta, in applicazione del principio secondo cui il giudice interno è in ogni caso tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell’Unione nel proprio ordinamento, rimuovendo di propria iniziativa gli ostacoli normativi che si oppongono a tale risultato. Come si rammenterà, la Grande Sezione della Corte si era allora rifiutata di seguire l’Avvocato generale su questa strada, trincerandosi dietro l’affermazione – testualmente ripresa dalla sentenza *Kolpinghuis Nijmegen*⁵ – secondo cui “una direttiva non può avere l’effetto, di per sé ed indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o di aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle due disposizioni”.

L’Avvocato generale ha cura, dunque, di distinguere il presente caso dal precedente *Berlusconi*, che – osserva Kokott – verteva sulla possibile disapplicazione di

⁴ In cui la Corte la contrarietà di una norma italiana che sanciva un’area di *non punibilità* in relazione al trattamento di determinati rifiuti, entrata in vigore *dopo* la commissione del fatto da parte dell’imputato, agli obblighi comunitari in materia di tutela dell’ambiente (CCCE, sent. 11 novembre 2004, *Niselli*, causa C-457/02). Così facendo, la Corte aveva – almeno *implicitamente* – indicato al giudice penale del rinvio la strada della *disapplicazione* di quella norma di favore, con conseguente riespansione della disciplina penale generale in materia di rifiuti ed *ampliamento* correlativo dell’area di punibilità a carico dell’imputato.

⁵ CGCE, [sent. 8 ottobre 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*](#), causa 80/86, § 13.

una norma di diritto penale *sostanziale* (e cioè la norma incriminatrice delle false comunicazioni sociali, come risultante dalla riforma del 2002). Le norme in materia di prescrizione che si tratterebbe qui di disapplicare avrebbero invece – nonostante la loro collocazione nel codice penale italiano – natura *processuale*, disciplinando semplicemente le condizioni per la *perseguibilità* di reati compiutamente definiti dalla legge sostanziale nazionale, che continuerebbe a disciplinare in maniera esclusiva la responsabilità degli imputati.

4. La decisione della Corte.

La Corte, questa volta, sposa pressoché integralmente l'impostazione dell'Avvocato generale.

L'attenzione dei giudici di Lussemburgo – anche questa volta nella composizione più autorevole, quella della Grande Sezione – concordano anzitutto nel ritenere irrilevanti le norme di diritto UE invocate dal giudice del rinvio, e focalizzano invece l'attenzione sulle norme esaminate dall'Avvocato generale. Richiamando il proprio precedente *Fransson*, la Corte osserva anzitutto che dalla direttiva 2006/112/CE nel suo complesso, alla luce del principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 § 3 TUE, emerge a carico degli Stati membri non solo l'obbligo di adottare tutte le misure legislative e amministrative idonee a garantire che l'IVA dovuta nei loro rispettivi territori sia interamente riscossa, ma altresì quello di anche lottare contro le frodi in materia di IVA. Tale obbligo si ricava d'altronde, a livello di diritto primario dell'Unione, dall'art. 325 § 1 e 2 TFUE, che impegna 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" (§ 37). Tra gli interessi finanziari dell'Unione, come già affermato in *Fransson*, rientra certamente anche l'interesse alla riscossione delle aliquote agli imponibili IVA armonizzati determinati secondo regole dell'Unione; sicché *qualsiasi lacuna nella riscossione dell'IVA a livello nazionale si traduce in un pregiudizio per le finanze dell'Unione* (§ 38). Infine, la Corte segue l'Avvocato generale anche nell'individuazione nell'art. 2 § 1 della Convenzione PIF il fondamento normativo di un obbligo non solo (genericamente) di tutela effettiva, proporzionata e dissuasiva delle finanze dell'Unione (comprensive dell'interesse alla riscossione delle aliquote IVA), ma anche di uno specifico obbligo di adottare sanzioni *penali* effettive, proporzionate e dissuasive, che prevedano – nei casi gravi di frode – anche pene privative della libertà personale (§§ 40-41).

Ciò posto, la Corte rileva che nel caso di specie il procedimento penale concerneva una frode in materia di IVA dell'importo di vari milioni di euro, lesiva come tale anche degli interessi finanziari dell'Unione; una frode tuttavia che, secondo quanto illustrato dal giudice del rinvio, rischia fortemente di restare *impunita* per effetto della vigente disciplina della prescrizione, e in particolare per effetto del meccanismo – tutto italiano – secondo cui, anche in caso di atti interruttivi il termine

prescrizionale non può essere aumentato più di un quarto della sua durata iniziale. Una simile situazione determinerebbe l'assenza di conseguenza sanzionatorie nel caso concreto, in frontale violazione degli obblighi UE appena menzionati.

Inoltre, come rilevato dalla Commissione nelle sue osservazioni in udienza, l'ordinamento italiano non assicurerebbe eguale trattamento alle frodi contro imposte meramente nazionali e a quelle (anche) di pertinenza dell'Unione come l'IVA, nella misura in cui il termine massimo complessivo della prescrizione di cui agli artt. 160 e 161 c.p. non opera nel caso di *associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi* di cui all'art. 291-*quater* d.P.R. 23 gennaio 1943, n. 43⁶, mentre opera per le associazioni finalizzate alle frodi in materia di IVA che ledono, per l'appunto, il bilancio dell'Unione. Un'asimmetria, questa, espressamente vietata dal § 2 dell'art. 325 TFUE, a tenore del quale gli Stati membri sono tenuti ad 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 forza del principio della tutela equivalente, enunciato dalla Corte già a partire dalla storica sentenza sul *mais greco* del 1989).

Il problema più delicato – quello per la cui soluzione si è resa verosimilmente opportuno l'intervento della Grande Sezione – concerne però le *conseguenze* che il *giudice del rinvio*, e in generale ogni giudice nella sua stessa posizione, è chiamato a trarre dalla verifica di tali profili di violazione del diritto UE. La Corte concentra qui la sua attenzione esclusivamente sull'art. 325 TFUE, che è in effetti l'unica norma – tra quelle sino a quel momento esaminate – in grado di esplicitare *effetto diretto* nel giudizio nazionale, trattandosi di *norma di diritto primario* che pone "a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione" (§ 51). L'effetto diretto dei primi due paragrafi dell'art. 325 TFUE, dotati di *primazia* rispetto al diritto nazionale, comporta qui la conseguenza "di rendere *ipso iure inapplicabile*, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, *qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente*" (§ 52), nel caso di specie rappresentata dagli artt. 160 e 161 del codice penale italiano.

Di qui la conclusione, trasfusa poi letteralmente nel dispositivo: "*una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dalle disposizioni nazionali di cui trattasi [...] 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*

⁶ In effetti, i limiti di cui all'art. 160 e 161 c.p. non operano rispetto ai procedimenti per i reati di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p., tra cui rientra appunto il delitto menzionato nel testo.

effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE" (§ 58).

5. Sull'esatta delimitazione degli obblighi imposti dalla Corte al giudice penale italiano.

Prima di spendere qualche parola sul nodo problematico della compatibilità della soluzione adottata dalla Corte con il principio di legalità – nodo sul quale anche la Corte si sofferma brevemente, come subito vedremo –, conviene fermarsi qualche istante per chiedersi quale sia l'estensione del compito ora assegnato al giudice italiano dalla Corte.

a) Anzitutto, e a scanso di equivoci, è bene chiarire che la Corte non pretende *tout court* la disapplicazione dei termini di prescrizione previsti dall'art. 157 c.p., che in quanto tali vengono giudicati del tutto compatibili con gli obblighi UE; né, ovviamente, la disapplicazione dell'art. 160 c.p. nella parte in cui disciplina in linea generale gli atti interruttivi e i loro effetti, disponendo in particolare che – dopo ogni atto interruttivo – la prescrizione comincia nuovamente a decorrere dal giorno dell'interruzione. A dover essere disapplicata è soltanto l'ultima proposizione dell'ultimo comma, successiva al punto e virgola, ove si dispone che “in nessun caso i termini stabiliti nell'articolo 157 possono essere prolungati oltre il termine di cui all'articolo 161, secondo comma, fatta eccezione per i reati di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale”. In pratica, dunque, il termine ordinario di prescrizione ricomincerà da capo a decorrere dopo ogni atto introduttivo, anche al di fuori dei procedimenti attribuiti alla competenza della procura distrettuale dove già vige questa regola, senza essere vincolato dai limiti massimi stabiliti dal successivo art. 161 in maniera differenziata per delinquenti primari o recidivi.

b) In secondo luogo, occorre domandarsi se l'obbligo enunciato nel dispositivo concerne soltanto i procedimenti relativi alle “*frodi*” in materia di IVA, come quella di cui si discuteva nel giudizio di rinvio, ovvero se tale obbligo si estenda a *qualsiasi reato tributario* che abbia comportato, nel caso concreto, *l'evasione di tributi IVA* (come l'omessa dichiarazione *ex art. 5*, o l'omesso versamento del tributo *ex art. 10-ter d.lgs. 74/2000*). Nonostante l'esplicito riferimento contenuto nel dispositivo, che indurrebbe a circoscrivere l'obbligo a condotte *fraudolente* come l'utilizzo o l'emissione di fatture false, la conclusione contraria potrebbe essere sostenuta sulla base del dato testuale dell'art. 325 § 1 TFUE, su cui fa perno l'argomentazione della Corte, tale norma impegnando espressamente gli Stati a combattere non solo la “*frode*”, ma anche le “*altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione*”.

c) Una ulteriore condizione di operatività dell'obbligo è, poi, che la frode (o comunque il reato in materia di IVA) di cui si controverte sia “*grave*”, così come quella oggetto del giudizio di rinvio, ove si controverteva dell'evasione di milioni di euro. La Corte peraltro non fornisce alcuna indicazione quantitativa circa la soglia minima di gravità in presenza della quale il giudice scatta l'obbligo di disapplicare gli artt. 160 e

161 c.p., lasciando così il giudice penale italiano senza alcuna guida nell'esercizio della propria discrezionalità.

d) Infine – e il punto appare ancor più problematico – la Corte subordina l'obbligo in questione all'accertamento, da parte del giudice nazionale, che il combinato disposto di cui agli artt. 160 e 161 c.p. determini l'impossibilità di infliggere sanzioni effettive e dissuasive contro le frodi gravi “*in un numero considerevole di casi*”. V'è naturalmente da chiedersi come possa il giudice compiere un tale accertamento, e trasferirlo nella motivazione: attraverso l'uso generico di *massime di esperienza*, fondate in un'ultima analisi sulla propria esperienza personale (che in effetti insegna che in moltissimi casi i procedimenti per reati tributari si estinguono per prescrizione prima di giungere all'accertamento definitivo)? ovvero attraverso una specifica *attività istruttoria*, compiuta dal pubblico ministero o disposta d'ufficio, avente ad oggetto la raccolta di dati statistici – con la necessaria collaborazione del Ministero della giustizia – sul numero di processi che effettivamente si prescrivono in materia di evasione dell'IVA?

e) Simili complessi quesiti non si potranno, peraltro, laddove il processo abbia ad oggetto un'associazione per delinquere ex art. 416 c.p. finalizzata alle frodi in materia di IVA. Qui, indipendentemente dall'entità importi effettivamente evasi e da ogni considerazione statistica sull'incidenza della prescrizione in casi analoghi, la *diseguaglianza di trattamento rispetto all'associazione finalizzata all'evasione delle accise in materia di tabacchi* di cui all'art. 291-*quater* d.P.R. 23 gennaio 1943, n. 43, per la quale già oggi non opera il tetto massimo complessivo al termine prescrizione fissato dagli artt. 160 e 161 c.p., è di per se stessa incompatibile con l'art 325 § 2 TFUE, e costituisce ragione sufficiente per la disapplicazione delle norme del codice penale in questione, in omaggio al principio di equivalenza della tutela riservata agli interessi UE rispetto a quella garantita agli interessi nazionali corrispondenti.

In ogni caso – e il punto merita qui particolare enfasi – sarà esclusivo compito della *giurisprudenza ordinaria* sciogliere questi nodi esegetici, e stabilire così *in quali casi* operare la disapplicazione richiesta dalla Corte, secondo i criteri enunciati della sentenza; senza che debba né possa essere richiesto, sul punto, l'intervento della Corte costituzionale. Qui l'indicazione della Corte di giustizia è categorica (cfr. il punto 49 della motivazione, in cui si richiama *inter alius* la recente *Küçükdeveci*), ed è del resto conforme a quanto costantemente affermato dalla *nostra* giurisprudenza costituzionale a partire dalla storica sentenza *Granital* (n. 170/1984) in poi: il compito di risolvere le antinomie tra norme di legge nazionali – come gli artt. 160 e 161 c.p. – e norme di diritto UE dotate di effetto diretto – come l'art. 325 TFUE – spetta unicamente al giudice comune, mentre un'eventuale questione di illegittimità costituzionale sul punto sarebbe senz'altro *inammissibile*.

6. Prescrizione e *nullum crimen sine lege* dal punto di vista del diritto europeo e dal punto di vista del diritto italiano.

L'obiezione – prevedibile e persino scontata – che si potrebbe opporre alla sentenza, e che certamente sarà sollevata da buona parte della dottrina penalistica italiana, concerne come anticipato la sorte del *principio di legalità* in materia penale. Come è possibile pensare che un fatto ritenuto dal codice penale – e dunque dalla *legge penale nazionale* – non (più) punibile in seguito al decorso del termine prescrizione, determinato sulla base dell'insieme delle disposizioni che regolano questo istituto tra cui – appunto – gli artt. 160 e 161 c.p., debba ridiventare punibile per effetto di una norma sovranazionale (l'art. 325) che neppure menziona la pena e il diritto penale, e che la Corte di giustizia ritiene ciononostante di interpretare come fonte di un vero e proprio *obbligo di punire* chi abbia compiuto frodi in danno del bilancio dell'Unione? È mai possibile accettare che i presupposti della responsabilità penale dell'individuo siano determinati non solo dalla legge penale nazionale, ma anche dalle norme di un ordinamento giuridico rispetto al quale la sovranità statale in materia penale non è mai stata formalmente ed espressamente ceduta?

L'obiezione, in realtà, ha varie sfaccettature, che conviene tenere separate nell'analisi.

Il primo problema – che prescinde da ogni questione relativa al riparto di sovranità tra ordinamento nazionale ed eurounitario – è se la disapplicazione di una norma del codice penale in materia di prescrizione contraria al diritto UE, con effetti *sfavorevoli* per l'imputato, violi di per se stessa il principio di legalità in materia penale, secondo cui nessuna responsabilità penale può sussistere se non in forza della *legge*: legge che, qui, parrebbe *escludere* anziché fondare la responsabilità.

La Corte affronta *ex professo* quest'obiezione, sollevata dai governi intervenuti e già affrontata del resto dall'Avvocato generale, pervenendo alla stessa conclusione negativa cui quest'ultima era pervenuta: *il principio di legalità non è in alcun modo vulnerato*. La norma di riferimento per la Corte è, naturalmente, l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (CDFUE), che – in forza dell'art. 52 CDFUE – recepisce il *nullum crimen* nell'estensione riconosciutagli dalla giurisprudenza della *Corte di Strasburgo* formatasi sulla corrispondente previsione dell'art. 7 CEDU. Secondo tale giurisprudenza⁷, puntualmente richiamata dalla Corte di giustizia, la materia della prescrizione del reato attiene in realtà alle condizioni di *procedibilità* del reato, e non è pertanto coperta dalla garanzia del *nullum crimen*; tanto che persino l'applicazione a fatti già commessi ma non ancora giudicati in via definitiva del termine di prescrizione ad opera del legislatore deve ritenersi compatibile con l'art. 7, che si limita a garantire che il soggetto non sia punito per un fatto e con una pena previsti dalla legge come reato al momento della sua commissione. Nel caso di specie, osservano i giudici di Lussemburgo, i fatti commessi dagli imputati integravano i reati previsti dalle norme

⁷ Di particolare rilievo in questo senso la sentenza della Corte EDU, *Coëme e a. c. Belgio*, ric. nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, § 149.

allora già i vigore, ed erano passibili delle stesse pene che oggi dovrebbero essere loro applicate: e tanto basta per garantire il rispetto del principio di legalità, nella sua funzione di baluardo delle libere scelte d'azione dell'individuo (che ha diritto a non essere *sorpreso* dall'inflizione di sanzioni penali per lui non prevedibili al momento della commissione del fatto). Rispetto invece alla maturazione del termine prescrizione, già l'Avvocato generale aveva osservato che "non sussiste [per l'individuo] un affidamento meritevole di tutela" a "che le norme applicabili sulla durata, il decorso e l'interruzione della prescrizione debbano necessariamente orientarsi sempre alle disposizioni di legge in vigore al momento della commissione del reato"⁸.

Con ciò il discorso, per la Corte di giustizia, è chiuso: la soluzione imposta ai giudici italiani è compatibile con il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti a livello europeo della Carta, che vincolano in egual misura le istituzioni europee e quelle nazionali nell'attuazione del diritto UE; e tanto basta a garantire la legittimità di tale soluzione.

Il discorso potrebbe invece non essere chiuso per il giudice italiano, che deve invece fare i conti con una *giurisprudenza costituzionale di segno diametralmente opposto*, secondo cui la materia della prescrizione rientra appieno nell'ambito applicativo del principio di legalità in materia penale di cui all'art. 25 co. 2 Cost.; tanto che le questioni di legittimità costituzionale miranti a un *allungamento* dei termini di prescrizione sono state sinora sempre giudicate inammissibili proprio perché il loro eventuale accoglimento avrebbe comportato un aggravamento della responsabilità penale dell'imputato e – dunque – un'ingerenza della Corte costituzionale in un dominio esclusivamente al *legislatore* in forza, appunto, dell'art. 25 co. 2 Cost.⁹

Per inciso, e per quanto possa valere questa osservazione: personalmente, non ho mai condiviso questo orientamento della Corte costituzionale, essendo invece convinto – sulla medesima linea da tempo sostenuta dai miei Maestri – dell'esattezza dell'impostazione dell'Avvocato generale, secondo cui chi abbia commesso un reato previsto come tale al momento del fatto non ha alcun titolo a fare *affidamento* sulla propria futura impunità in seguito al trascorrere del lasso di tempo che *allora* il legislatore giudicava corrispondente al 'tempo dell'oblio'¹⁰. Una tale valutazione può a mio avviso legittimamente mutare dopo la commissione del fatto, senza che il reo – correttamente informato della rilevanza penale del fatto e delle sue conseguenze al momento della commissione dello stesso – possa dolersi di alcunché.

Ma, certo, il 'diritto vivente' della nostra Corte costituzionale, in una con la dottrina penalistica prevalente, vanno allo stato in diversa direzione, e considerano la disciplina della prescrizione come parte integrante della 'legge penale' oggetto della garanzia costituzionale del *nullum crimen*. D'altra parte, il giudice italiano potrebbe ritenere che la *riserva di legge* nella materia penale contenuta nell'art. 25 co. 2 Cost. (che

⁸ § 119 delle sue conclusioni.

⁹ Cfr., *ex multis*, C. cost. n. 324/2008, e *ivi* prec. conf.

¹⁰ MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., 2001, p. 262 ss. (e *ivi* numerosi rif., anche nella giurisprudenza internazionale, a conforto dell'opinione):

non trova come tale corrispondenza né nell'art. 7 CEDU, né nell'art. 49 CDFUE) alluda alla *legge nazionale* quale unica fonte legittimata a stabilire le condizioni per l'affermazione della responsabilità penale, sì da rendere di per sé illegittima la pretesa dell'Unione europea – alla quale, ricordavo poc'anzi non è stata espressamente conferita alcuna sovranità nella materia penale – di imporre attraverso le proprie fonti l'irrogazione di sanzioni penali a carico di un individuo che dovrebbe invece restare esente da pena secondo la legge nazionale.

Si profilerebbe così un contrasto tra l'*obbligo di punire di matrice eurounitaria* derivato dall'art. 325 TFUE, considerato dalla Corte di giustizia conforme al *nullum crimen* così come inteso *in sede europea* sulla base dell'art. 49 CDFUE, e il medesimo principio del *nullum crimen* nella estensione attribuitigli dal *diritto costituzionale italiano* sulla base dell'art. 25 co. 2 Cost.; e verrebbe così fatalmente evocata la possibilità di opporre qui un 'controlimite' alle limitazioni di sovranità derivanti dall'adesione dell'Italia all'ordinamento dell'Unione europea ai sensi dell'art. 11 Cost., in funzione del rispetto di un principio costituzionale interno in ipotesi *poziore* rispetto agli stessi obblighi di matrice europea.

7. (Segue): art. 25 co. 2 Cost. come 'controlimite'? Scenari di possibili conflitti tra ordinamento italiano e ordinamento UE.

Dal punto di vista dell'ordinamento UE, vale la pena di sottolineare subito, l'opposizione di un simile 'controlimite' – sub specie di un rifiuto dei giudici italiani di adeguarsi al dictum della Corte di giustizia – sarebbe senz'altro giudicata illegittima.

La situazione è qui strutturalmente identica a quella già affrontata dalla Corte nel caso *Melloni*, in cui parimenti si discuteva della possibilità per uno Stato membro (in quel caso, la Spagna) di rifiutarsi di adempiere ad un obbligo di fonte UE (la consegna di un condannato sulla base di un mandato di arresto europeo emesso dall'autorità giudiziaria italiana in esito ad un processo in contumacia) in ragione dell'asserita necessità di non violare il principio del giusto processo, *nell'estensione riconosciuta a quel principio dal diritto costituzionale nazionale*¹¹.

In quell'occasione la Grande Sezione della Corte, rilevata la compatibilità dell'obbligo di consegna del condannato con il diritto al giusto processo *nell'estensione riconosciuta a tale diritto dal diritto europeo*, sulla base dell'art. 47 CDFUE (e della corrispondente garanzia di cui all'art. 6 CEDU), negò fermamente che la Spagna potesse opporre la necessità di rispettare le garanzie supplementari riconosciute dalla *propria* Costituzione per sottrarsi all'adempimento dell'obbligo europeo. La Corte si confrontò, in proposito, con la disposizione di cui all'art. 53 CDFUE – a tenore della quale "Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale,

¹¹ [CGUE \(Grande Sezione\), sent. 26 febbraio 2013, Melloni, causa C-399/11.](#)

dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione [europea] o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla [CEDU], e dalle costituzioni degli Stati membri" –, negando che tale disposizione "autorizz[i] in maniera generale uno Stato membro ad applicare lo standard di protezione dei diritti fondamentali garantito dalla sua Costituzione quando questo è più elevato di quello derivante dalla Carta e ad opporlo, se del caso, all'applicazione di disposizioni di diritto dell'Unione"¹². Una tale interpretazione, osservò la Corte, "sarebbe lesiva del principio del primato del diritto dell'Unione, in quanto permetterebbe a uno Stato membro di ostacolare 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"¹³. E ciò in omaggio alla giurisprudenza consolidata della Corte, secondo la quale "in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, che è una caratteristica essenziale dell'ordinamento giuridico dell'Unione [...], il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, *quand'anche di rango costituzionale*, non può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di tale Stato"¹⁴.

Insomma: secondo *Melloni*, è la Corte che stabilisce se un obbligo eurounitario sia o meno compatibile con i diritti fondamentali, così come riconosciuti a livello europeo; una volta riconosciuta tale compatibilità, lo Stato membro è tenuto a dare esecuzione all'obbligo, anche se per ipotesi esso contrasti con il proprio diritto costituzionale. Punto e basta.

Il rifiuto, oggi, del giudice italiano di conformarsi all'obbligo ora sancito dalla Corte significherebbe così un'aperta sfida al principio del primato del diritto UE – autentico pilastro dell'ordinamento eurounitario –, così come enunciato in *Melloni*.

Ma, naturalmente, nemmeno questa possibilità può essere esclusa *a priori*: dopo tutto è stata la stessa Corte costituzionale italiana, in parallelo a quanto ha fatto quella tedesca nelle storiche sentenze "*Solange*", a teorizzare la possibilità di un simile conflitto, da combattere con le armi – appunto – dei 'controlimiti', rappresentati come è noto dal rispetto dei "principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana"¹⁵.

Il problema che tuttavia non potrebbe non porsi – di fronte alla *concreta* prospettiva di un tale conflitto, in relazione alla questione ora all'esame – concerne l'esatta individuazione del *protagonista* del conflitto medesimo: il *giudice comune* (e dunque il giudice penale, chiamato a decidere sull'inflizione della pena nei confronti dell'imputato di un reato prescritto), ovvero la *Corte costituzionale*?

La teorica dei 'controlimiti' nasce invero pensata 'su misura' per il giudizio di costituzionalità, come emerge evidente leggendo la sentenza *Granital* del 1984: la Corte costituzionale, richiamando il proprio precedente rappresentato dalla sentenza n. 183/73, parlò allora della possibilità di un *proprio* sindacato sulla stessa legge di esecuzione dei trattati costitutivi della (allora) Comunità europea. La stessa Corte

¹² § 56 della sentenza.

¹³ § 58 della sentenza.

¹⁴ § 59 della sentenza.

¹⁵ Secondo la classica formulazione di C. cost., sent. 170/1984, n. 7 dei "considerato in diritto".

costituzionale, nella recentissima sentenza n. 49/2015, sembra peraltro avere aperto la porta – sia pure nel diverso contesto del possibile contrasto tra obblighi derivanti dalla *Convenzione europea* e Costituzionale italiana – a un ruolo diretto del giudice comune, chiamato, nella propria opera di *interpretazione conforme* del diritto nazionale, ad assicurare la “prevalenza assiologica” della Costituzione sulla CEDU: i principi costituzionali si porrebbero, dunque, come *limite* allo stesso dovere di interpretazione conforme del diritto nazionale agli obblighi sovranazionali, limite del quale lo stesso giudice comune dovrebbe tener conto nel decidere il caso concreto¹⁶.

A un più attento esame, tuttavia, la situazione *ora* all’esame si rivela essenzialmente diversa. Non solo perché gli obblighi di fonte convenzionale hanno una cogenza assai inferiore rispetto a quelli di fonte UE, il diritto CEDU non godendo del medesimo ‘primato’ di cui gode il diritto eurounitario; ma, soprattutto, perché a venire oggi in considerazione non sarebbe un mero obbligo di interpretazione conforme del giudice ordinario, quanto piuttosto il suo *dovere* – sancito a chiare lettere da una sentenza della Corte di giustizia resa nella sua composizione più autorevole – *di assicurare pieno effetto al diritto UE*, attraverso la disapplicazione di due norme interne con esso contrastanti (gli artt. 160 e 161 c.p.).

Ove il giudice comune si rifiutasse qui di prestare ossequio all’obbligo di fonte eurounitaria, discendente direttamente da una norma di diritto primario come l’art. 325 TFUE nell’interpretazione ‘autentica’ fornitane dalla Corte, egli rifiuterebbe obbedienza ad una norma che – seppur sottoposta essa stessa ad un vincolo di compatibilità con i “principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale” e con i “diritti inalienabili della persona umana” – si colloca, nella gerarchia delle fonti del nostro ordinamento, *ad un livello superiore rispetto a quello della legge ordinaria statale*. Operazione questa che certamente non gli è consentita, in un sistema di controllo *accentrato* di costituzionalità come quello italiano: se al giudice comune non è consentito disapplicare direttamente una disposizione di *legge* in ragione del suo contrasto con la Costituzione, *a maggior ragione* non potrà essergli consentito rifiutarsi di dare applicazione a una *norma di diritto primario dell’Unione* (come l’art. 325 TFUE) così come interpretata da una sentenza della Corte di giustizia, che possiede nel nostro ordinamento una forza addirittura *superiore* a quella delle norme di legge ordinarie.

Il compito di verificare la conformità di una tale norma eurounitaria alla Costituzione non potrà, allora, che spettare alla *Corte costituzionale*: alla quale andrà, dunque, riservata l’arma delicata dei controlimiti in questa delicatissima materia.

Se davvero il giudice comune ritenesse insostenibile una condanna dell’imputato nonostante il decorso del termine prescrizione di cui agli artt. 160 e 161 c.p. di fronte al principio costituzionale del *nullum crimen* di cui all’art. 25 co. 2 Cost., considerato quale “principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale”, la strada a mio avviso obbligata sarebbe dunque quella della proposizione di una *questione di legittimità costituzionale* delle leggi di esecuzione dei trattati istitutivi dell’Unione europea, e segnatamente *della legge di esecuzione del TFUE, con riferimento*

¹⁶ Sul punto, cfr. volendo [VIGANÒ, La Consulta e la tela di Penelope](#), in questa *Rivista*, p. 10 s.

specifico all'art. 325 §§ 1 e 2 (nell'interpretazione ora fornite dalla Corte di giustizia nella sentenza Taricco), nella parte in cui da tale disposizione discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160 e 161 c.p. in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, in ragione del contrasto di tale obbligo con l'art. 25, secondo comma, Cost.

La Corte costituzionale avrebbe così la possibilità di vagliare essa stessa la compatibilità dell'obbligo sancito dalla Corte di giustizia con la Costituzione italiana, ed eventualmente di impegnarsi nella strada – politicamente assai impervia – dell'opposizione di un 'controlimite' alle limitazioni di sovranità derivanti dalla partecipazione dell'Italia all'ordinamento eurounitario.

8. Note conclusive.

Ma – mi chiedo – ne varrebbe davvero la pena?

Varrebbe la pena, oggi, di impegnarsi in una battaglia a difesa – *in teoria* – di una particolare accezione nostrana del principio di legalità in materia penale, e – *in pratica* – di una disciplina della prescrizione ancora più nostrana, ed anzi del tutto stravagante rispetto agli standard degli altri paesi europei, che non concepiscono come la prescrizione possa intervenire a troncare processi in corso, quando lo Stato ha ormai ampiamente mostrato il proprio interesse alla persecuzione del reato, magari già accertato in uno o due gradi di giudizio?

Ancora più brutalmente: varrebbe proprio la pena, oggi, di sfidare apertamente il principio del primato del diritto eurounitario, su cui si base l'intera costruzione giuridica dell'Unione europea, *per difendere* – in ultima analisi – l'*impunità* di chi ha evaso attraverso operazioni fraudolente milioni di euro dovuti a titolo di IVA, ben sapendo che tali comportamenti costituivano reati gravi?

Beninteso: per i principi, di solito, vale sempre la pena di lottare, anche se chi dovesse in concreto beneficiare della vittoria magari non se lo meriti. Salvare dal boia il peggior delinquente è obiettivo sacrosanto, perché il diritto alla vita di chiunque – anche di *quel* delinquente – deve essere considerato più importante di ogni altra considerazione. Ma in questo caso particolare, il principio in gioco non è il diritto dell'individuo a essere chiaramente informato della rilevanza penale e delle conseguenze sanzionatorie del fatto al momento della sua commissione, che costituisce il nucleo – ovunque riconosciuto e tutelato – del *nullum crimen*; bensì, esclusivamente, la pretesa che a determinare la responsabilità penale di un individuo sia soltanto la legge nazionale dello Stato, al riparo da ingerenze – se non esclusivamente *in bonam partem* – di fonti sovranazionali alle quali pure si riconosce, in ogni altra materia, primazia rispetto al diritto nazionale. Una pretesa legata non già alla tutela dei *diritti fondamentali* dell'individuo, che qui non vengono proprio in considerazione; quanto piuttosto alla vecchia idea della *sovranità nazionale*, della quale il diritto penale parrebbe costituire l'ultimo baluardo.

Ebbene, a me pare – l'ho scritto e detto molte volte nel corso della mia ormai non brevissima vita di studioso – che questa idea sia ormai definitivamente in crisi, a fronte di una realtà che mostra l'incidenza sempre più ampia del diritto eurounitario

(ed europeo in genere) sul nostro diritto penale, così come sul diritto penale di tutti i nostri vicini europei; e ciò, in particolare, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha definitivamente consacrato – pur senza direttamente attribuire alle istituzioni dell'Unione il potere di porre in essere norme incriminatrici direttamente applicabili – l'idea di una *competenza penale* in senso lato, che si attua mediante la fissazione di linee di politica criminale e di obblighi di criminalizzazione vincolanti – spesso anche nel dettaglio – per gli Stati membri.

La “legge” che vincola il giudice (*ex art. 101, secondo comma, Cost.*) e prima ancora il cittadino, anche nella materia penale, è oggi una realtà normativa *complessa*, nella quale si integrano e si compenetrano norme nazionali e norme dell'Unione, le quali concorrono entrambe a far parte – con piena legittimazione – dell'ordinamento giuridico italiano. Sarebbe forse il caso, anche per i penalisti più tradizionalisti, di prendere finalmente atto di questa realtà.

D'altra parte, la scossa tellurica che proviene oggi da Lussemburgo è una volta ancora *salutare*. L'attuale disciplina della prescrizione è semplicemente insostenibile: consentendo che essa maturi a processo ampiamente iniziato, a volte addirittura in prossimità della sua definitiva conclusione, il codice penale italiano fomenta uno scandaloso *spreco di risorse umane e finanziarie*, che nulla ha a che vedere con la tutela delle esigenze del giusto processo e, in generale, dei diritti fondamentali dell'imputato: il quale, anche nei casi di evidente colpevolezza, avrà sempre la possibilità – in procedimenti per reati di media gravità e di complesso accertamento, come quelli di cui si discute in questa sede – di lucrare la propria impunità, evitando rigorosamente di accedere ai riti alternativi, e percorrendo tutti i gradi di giudizio sino all'esito sperato.

I tredici giudici della Grande Sezione rilevano oggi l'assurdità di questa situazione, che toglie ogni credibilità alla giustizia penale italiana a fronte di fenomeni criminali tutt'altro che bagatellari; e richiamano i loro colleghi italiani, a fronte dell'assordante silenzio del loro legislatore, a porvi direttamente rimedio, quanto meno con riferimento alla materia dei reati che offendono gli interessi finanziari dell'Unione.

Un legislatore appena razionale a questo punto non dovrebbe però tardare a intervenire, attraverso un'organica disciplina della prescrizione, non foss'altro che in omaggio a un'elementare esigenza di *certezza del diritto*: valore che potrebbe essere non poco scosso dalle ripercussioni di questa sentenza, il cui contenuto precettivo per il giudice penale italiano non è proprio chiarissimo, come poc'anzi ho cercato di illustrare. E ciò anche in relazione al rischio, tutt'altro che teorico, che il principio oggi espresso dalla Corte possa essere esteso – magari in seguito ad altre questioni pregiudiziali provenienti dai giudici italiani – ad *altre tipologie di reato*, per le quali pure sussistono precisi *obblighi di tutela penale effettiva, proporzionata a dissuasiva*, che vengono regolarmente disattesi per effetto della vigente disciplina della prescrizione (un esempio per tutti: il diritto penale dell'ambiente).

Ma che il nostro legislatore si lasci guidare da una razionalità anche minima, è assai dubbio; sicché, su questo fronte, non credo si possano nutrire troppe speranze. A riportare un minimo di razionalità nel sistema dovranno essere, verosimilmente, ancora una volta i giudici, attraverso un uso intelligente – e non inutilmente timoroso – di questa ennesima, preziosa sollecitazione europea.

