

DEPENALIZZAZIONE DEL CONTRABBANDO E ATTENUATA TUTELA DEGLI INTERESSI FINANZIARI DELL'UNIONE EUROPEA

di Samuel Bolis

SOMMARIO: 1. Cenni preliminari sulla depenalizzazione in materia di contrabbando. – 2. Affievolimento della dissuasività e dell'effettività delle sanzioni doganali come effetto della depenalizzazione cieca dei reati di contrabbando. – 3. La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea dalla Convenzione del 1995 ad oggi. – 4. Osservazioni sulla depenalizzazione del contrabbando semplice e sul mantenimento del delitto di contrabbando di tabacchi lavorati esteri: irragionevolezza e manifesta sproporzione nella diversa sanzione di fattispecie di reato omogenee. – 5. Inadeguatezza della *lex mitior* tra obbligo di disapplicazione e necessità di riconoscimento del principio di *favor rei*: verso una questione di incostituzionalità?

1. Cenni preliminari sulla depenalizzazione in materia di contrabbando.

Con l'emanazione del decreto legislativo 15 gennaio 2016 n. 8 il Governo ha esercitato la delega contenuta nella legge 28 aprile 2014 n. 67 in tema di depenalizzazione di talune condotte criminose, proseguendo un percorso già intrapreso da oltre un trentennio con provvedimenti del medesimo segno come il decreto legislativo 30 dicembre 1999 n. 507 e, prima ancora, la legge 24 novembre 1981 n. 689¹.

Questo percorso è caratterizzato dal tentativo di ridurre l'area dell'illecito penale con il fine di deflazionare il carico della giustizia penale, avviato potenziando il sistema general e special-preventivo con l'introduzione di nuove fattispecie di sanzioni pecuniarie amministrative e giunto all'inedita coniazione di una nuova categoria di sanzioni definite "civili", in quanto portate alla cognizione della giurisdizione civile².

¹ Per una puntuale ricostruzione dei criteri teorici e dei modelli attuativi della depenalizzazione si rimanda al volume di A. BERNARDI e I. ZODA, *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, Padova, 2008. Per una panoramica generale sul più recente provvedimento di depenalizzazione si veda il contributo di F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venute (a proposito di legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2014, p. 1693 e ss.: il prof. Palazzo ha presieduto la Commissione ministeriale di studio, istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 27 maggio 2014, i cui lavori hanno influito sulla redazione dei dd.lgs. 7 e 8 del 15 gennaio 2016; si rimanda inoltre ad A. GULLO, *Deflazione e obblighi di depenalizzazione di fonti UE*, atti del Convegno sul tema *Dall'emergenza alla "deflazione": il sistema sanzionatorio dopo la l. 28.04.2014 n. 67*, svoltosi presso l'Università di Roma Tre in data 26-27 marzo 2015, in *questa Rivista*, 10 febbraio 2016.

² La l. 28 aprile 2014 n. 67 ha conferito al governo due deleghe, una in materia di pene detentive non carcerarie ed una per la riforma della disciplina sanzionatoria. Le principali novità adottate sono quattro: l'introduzione della causa di non punibilità della c.d. irrilevanza del fatto per speciale tenuità, per la cui attuazione è stato emanato il d.lgs. 16 marzo 2015 n. 28 che ha introdotto l'art. 131 *bis* nel codice penale; l'introduzione delle nuove principali sanzioni accessorie dell'arresto e della reclusione domiciliari; la depenalizzazione di reati sia secondo il tradizionale sistema della loro conversione in illeciti amministrativi, sia secondo l'innovativa soluzione di trasformare un numero circoscritto di essi in illeciti civili sanzionati,

La depenalizzazione è in questo caso finalizzata a controbilanciare, secondo le scelte di politica criminale del legislatore, la criminalizzazione di nuove condotte: ne troviamo riprova da un lato nella relazione governativa di accompagnamento allo schema del decreto che sottolinea come con questo intervento si intende dare concretezza ad una scelta politica volta a deflazionare il sistema penale, sostanziale e procedurale, in ossequio ai principi di frammentarietà, offensività e sussidiarietà della sanzione criminale³; dall'altro nelle schede di lettura dei lavori parlamentari⁴ riferiti alla legge delega che ricordano come dal 1999, data dell'ultima depenalizzazione, al 30 gennaio 2014 sono state introdotte nel nostro ordinamento non meno di 321 nuove fattispecie penali, tra le quali 181 nuove contravvenzioni e 140 nuovi delitti⁵.

Inoltre il legislatore delegante, consapevole che con la depenalizzazione dei reati puniti con la sola pena pecuniaria della multa e dell'ammenda si sarebbe affievolita l'efficacia sanzionatoria, ha espressamente escluso talune materie riportate in un elenco tassonomico⁶, in considerazione della rilevanza dei beni giuridici tutelati. Il Governo, nell'evasione della delega, ha deciso di adottare sia la tecnica legislativa della depenalizzazione generale c.d. "cieca" per i reati di parte complementare, in cui sono assoggettate a sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro tutte le violazioni per le quali è prevista la sola pena della multa e dell'ammenda, sia la tecnica della depenalizzazione c.d. "nominativa" per taluni reati inseriti nel codice penale.

Un acceso dibattito politico su specifiche tematiche non ricomprese nell'iniziale esclusione, come l'immigrazione clandestina⁷, ha influenzato i lavori del Governo che

oltre che col risarcimento del danno, con una sanzione pecuniaria civile di nuovo conio, per la cui attuazione sono stati emanati i dd.lgs. 15 gennaio 2016 n. 7 e n. 8.

³ Ripreso nella scheda interpretativa redatta dall'ufficio del massimario della Corte di cassazione, *Gli interventi di depenalizzazione e di abolitio criminis del 2016: una prima lettura*, Relazione n. III/01/2016 del 02.02.2016.

⁴ Il riferimento è alla scheda di lettura 7/2 riferita agli atti della Camera 931-927-B, inerenti la *Delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*.

⁵ Sono circa 35.000 le fattispecie criminose previste nell'ordinamento italiano, censite nel Rapporto del 19 settembre 2012 del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Nils Muiznieks. Cfr. p. 8 del documento pubblicato sul sito istituzionale www.coe.int.

⁶ Riportate nell'art. 2 co. 2 della l. 28 aprile 2014 n. 67, e precisamente: edilizia e urbanistica; ambiente, territorio e paesaggio; alimenti e bevande; salute e sicurezza nei luoghi di lavoro; sicurezza pubblica; giochi d'azzardo e scommesse; armi ed esplosivi; elezioni e finanziamento ai partiti; proprietà intellettuale ed industriale. In ottemperanza a queste linee programmatiche, il d. lgs. 15 gennaio 2016 n. 8 riporta un allegato composta da un solo articolo contenente l'elenco delle leggi contenenti reati puniti con la sola pena pecuniaria esclusi dalla depenalizzazione.

⁷ L'art. 1 co. 4 del d.lgs. 15 gennaio 2016 n.8 prevede che la depenalizzazione non si applica ai reati previsti dal d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, il cui principale reato sanzionato con la sola pena dell'ammenda da 5.000 a 10.000 € è il delitto di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato previsto dall'art. 10 *bis*, inserito dall'art. 1 co. 16 lett. a) della l. 15 luglio nel 2009 n. 94. Questa fattispecie rappresenta un esempio concreto di diritto penale dell'emergenza, forma del diritto penale simbolico, che si manifesta in vari modi tra i quali l'incriminazione dei fatti destanti il maggior allarme sociale e che comporta l'introduzione di nuove disposizioni incriminatrici: prova ne è che le ragioni per cui in sede di riunione preparatoria del Consiglio dei Ministri del 3 novembre 2015 è stato ritenuto non opportuno esercitare la delega in riferimento

nell'evadere la delega ricevuta ha mantenuto espressamente in vigore la sanzione penale dell'ammenda in tale materia, che altrimenti sarebbe stata caducata dalla depenalizzazione cieca. Sugli estesi rimanenti settori è intervenuta quindi la riduzione del perimetro penale, la cui portata non è stata però adeguatamente ponderata: l'effetto conseguito in talune specifiche aree, come ad esempio il contrabbando, si è rivelato infatti incoerente con le più recenti posizioni assunte dal Parlamento e dal Governo ed in conflitto con gli obblighi derivanti dall'adesione dell'Italia all'Unione Europea. Proprio con riferimento alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea si rileva un arretramento sul piano della dissuasività, della effettività e della proporzionalità nella nuova pena introdotta.

2. Affievolimento della dissuasività e dell'effettività delle sanzioni doganali come effetto della depenalizzazione cieca dei reati di contrabbando.

L'ambito applicativo della depenalizzazione è individuato dalla legge delega 28 aprile 2014 n. 67 in base a due diversi criteri di selezione. Il primo, in attuazione dell'art. 2 della legge delega, porta ad una depenalizzazione nominativa di talune fattispecie di reato espressamente previste; il secondo, in attuazione dell'art. 1, porta ad una depenalizzazione cieca, con esclusione dei reati del codice penale⁸: la formulazione della clausola generale di depenalizzazione contenuta nella legge delega ha consentito al Governo di evitare l'individuazione specifica delle fattispecie degradate a sanzione amministrativa, la cui individuazione è lasciata all'attività ermeneutica dell'interprete. L'esperienza maturata nel passato non è purtroppo stata tenuta in adeguata considerazione: gli aspetti problematici legati alla tecnica della depenalizzazione cieca adottata nel 1981 con riguardo al delicato settore delle imposte⁹ ha indotto le successive

a questo reato sono da rinvenirsi "nel particolare allarme sociale che tali fattispecie contravvenzionali esprimono nella dimensione quotidiana della vita associata e della conseguente opportunità di mantenere integra la soglia di tutela penale oggi esistente", e poiché "le ragioni politiche sottese alla scelta di non attuare le direttive di depenalizzazione in riguarda ai sopra menzionati reati sono di agevole comprensione: si tratta di fattispecie che intervengono su materia "sensibile" per gli interessi coinvolti, in cui lo strumento penale appare come indispensabile per la migliore regolazione del conflitto con l'ordinamento innescato dalla commissione della violazione". Cfr. riportato nella Relazione illustrativa *Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili*, Atti del governo sottoposti a parere, n. 246, Camera dei deputati, novembre 2015, p. 9.

⁸ Si veda V. BOVE e P. CIRILLO, *L'esercizio della delega per la riforma della disciplina sanzionatoria: una prima lettura*, in *Diritti & Giurisdizione*, Napoli, 2016, n. 1, p. 36 e ss.. Gli Autori ricostruiscono criticamente le ragioni che hanno portato il Governo ad escludere espressamente dalla portata della clausola di depenalizzazione generale i reati del codice penale: tale esclusione non emerge dalla lettera della norma, ma è stata desunta da argomenti logico sistematici, rinvenibili anche nella relazione illustrativa citata nella nota precedente.

⁹ La problematica trae origine dalla iniziale diversa disciplina prevista dagli articoli 32 e 39 della l. 24 novembre 1981 n. 689 per la depenalizzazione rispettivamente dei reati comuni e di quelli finanziari. I primi erano depenalizzati nei casi sanzionati con l'ammenda o con la multa, tranne però che nelle ipotesi aggravate che fossero punibili con pena detentiva anche se alternativa. L'art. 39 invece depenalizzava solo i reati puniti con l'ammenda. L'estensione della depenalizzazione anche ai reati punibili con la multa attuata con l'art. 2 della l. 28 dicembre 1993 n. 562 ha fatto sorgere delle perplessità circa l'applicazione dell'art. 32 anche ai

leggi di depenalizzazione – come quella del 1999 per le violazioni di lieve entità al di sotto dei 4.000 € – a ricorrere alla tecnica della previsione nominativa¹⁰.

Tra i delitti che prevedono la sola sanzione della multa vi sono infatti i reati di contrabbando c.d. “semplice”, le cui diverse modalità di sottrazione di merci all’accertamento delle imposte di confine sono previste e sanzionate dal decreto del presidente della Repubblica 23 gennaio 1973 n. 43, noto come Testo Unico Doganale (di seguito TUD)¹¹. Secondo il sistema sanzionatorio previgente all’entrata in vigore del decreto legislativo in commento, le evasioni più lievi alla normativa doganale, al di sotto dei 4.000 € di imposta di confine evasa, sono sanzionate amministrativamente, mentre al di sopra di tale soglia costituiscono delitti sanzionati con una multa proporzionata da due a dieci volte l’imposta evasa. Circostanze aggravanti sono costituite dall’evasione superiore ai 50.000 €, che prevede l’arresto sino a tre anni, ovvero dalla commissione, anche disgiunta, dei fatti a mano armata, da tre o più persone con ostacolo alle attività di accertamento, con connessione a reati contro la fede pubblica o contro la pubblica amministrazione ovvero nell’ambito di un’associazione a delinquere. Queste ultime prevedono la reclusione da tre a cinque anni.

L’ipotesi aggravata, prevista dall’art. 295 del TUD, assurge ora a fattispecie autonoma di reato secondo l’espresso dettato dell’art. 1 co. 2 del decreto legislativo 15 gennaio 2016 n. 8. Tale previsione espressa risponde, secondo attenta dottrina¹², alla necessità di eliminare ogni incertezza sulla sorte delle fattispecie aggravate che, in assenza di una precisa formulazione, potrebbero ritenersi caducate per effetto della depenalizzazione dell’illecito di base ovvero farebbero ritenere ancora superstiti le

reati finanziari, nella parte in cui esclude la depenalizzazione nelle ipotesi aggravate. È sorto una situazione paradossale in cui, anteriormente alla l. 28 dicembre 1993 n. 562, i reati finanziari puniti con la multa non erano depenalizzati a differenza dei reati comuni. Successivamente, i primi – ove la limitazione posta dall’art. 32 per i reati comuni non fosse applicabile ai reati finanziari contemplati dall’art. 39 – sarebbero risultati depenalizzati sebbene fossero previste ipotesi aggravate punibili con pena detentiva (nel caso di specie, dalla circostanza aggravante prevista dall’art. 295 del d.p.r. 23 gennaio 1973 n. 43), mentre i secondi ne sarebbero rimasti esclusi, così da trasformare l’iniziale rigore del legislatore verso i reati finanziari in un regime totalmente opposto. Le sezioni unite penali della Corte di cassazione hanno infine riconosciuto, con la sentenza del 21 aprile 1995 n. 7930, la non avvenuta depenalizzazione del delitto di contrabbando.

¹⁰ Cfr. l. 25 giugno 1999 n. 205, *Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario*, il cui art. 6 co. 1 lett. a) è dedicato espressamente ai reati doganali previsti dagli articoli da 282 a 296 del d.p.r. 23 gennaio 1973 n. 43.

¹¹ Le condotte di contrabbando possono essere commesse: nel movimento delle merci attraverso i confini di terra e negli spazi doganali (art. 282); nel movimento delle merci nei laghi di confine (art. 283); nel movimento marittimo delle merci (art. 284); nel movimento delle merci per via aerea (art. 285); nelle zone extradoganali (art. 286); per indebito uso di merci importate con agevolazioni doganali (art. 287); nei depositi doganali (art. 288); nel cabotaggio e nella circolazione (art. 289); nell’esportazione di merci ammesse a restituzione di diritti (art. 290); nell’importazione temporanea (art. 291). Per una disamina delle diverse fattispecie di reato si rinvia a I. SCAFATI, *Reati tributari e doganali*, Milano, 2013, pp. 340 e ss.. Il testo unico regola inoltre anche le modalità di dichiarazione, accertamento e riscossione del tributo per il cui commento si rinvia a S. ARMELLA, *Diritto doganale*, Milano, 2015.

¹² F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venute (a proposito di legge n. 67/2014)*, cit., pp. 1693 e ss., riportando in ciò le valutazioni espresse dal Presidente della Commissione ministeriale incaricata della redazione degli schemi di decreti delegati.

sanzioni penali di base, facendone dipendere il confine tra illecito amministrativo e reato dall'esito del giudizio di bilanciamento. Permangono invece in vigore la gran parte dei delitti del TUD in materia di contrabbando di tabacchi lavorati esteri, poiché tutti – tranne un unico caso -prevedono la pena della multa proporzionale al peso del prodotto contrabbandato congiunta alla reclusione.

La recidiva prevede che il soggetto già condannato per delitto di contrabbando che commetta un nuovo delitto di contrabbando per il quale la legge stabilisce la sola multa è punito, oltre che con la multa, con la reclusione fino ad un anno¹³. Il decreto legislativo contempla in tal senso una disposizione di coordinamento¹⁴ per disciplinare le ipotesi in cui la fattispecie aggravata sia fondata sulla reiterazione dell'illecito depenalizzato: in questo caso la recidiva, da intendersi in senso improprio, è da riferirsi alla reiterazione dell'illecito depenalizzato accertata con provvedimento esecutivo nel quinquennio precedente. È doveroso osservare come almeno in questo contesto la pubblica amministrazione si sia dotata, su impulso europeo, di un archivio informatizzato contenente tutti i precedenti di violazioni sia penali che amministrativi¹⁵.

La multa originariamente prevista, proporzionata ad un importo compreso tra due e dieci volte l'imposta di confine evasa, è stata ora sostituita con una sanzione pecuniaria amministrativa da 5.000 a 50.000 €¹⁶. Il procedimento di applicazione della sanzione osserva le disposizioni della legge 24 novembre 1981 n. 689 che, come noto, ammette il pagamento in misura ridotta, con l'effetto della soluzione del contenzioso con il pagamento di una somma pari al doppio del minimo e dunque, in questo caso, di 10.000 €. Si osserva inoltre come l'odierno legislatore abbia optato per una scelta differente rispetto a quella attuata con la depenalizzazione del 1999¹⁷: mentre ora si prevede una sanzione pecuniaria amministrativa a compasso edittale, allora era prevista una sanzione pecuniaria amministrativa proporzionale con la determinazione della

¹³ Art. 296 TUD.

¹⁴ Art. 5 del d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 8. L'istituto della reiterazione dell'illecito amministrativo è regolato dall'art. 8 *bis* della l. 24 novembre 1981 n. 689, introdotta dal d.lgs. 30 dicembre 1999 n. 507.

¹⁵ Il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha approvato il d.m. 23 febbraio 2007, in attuazione dell'art. 3 della l. 30 luglio 1998, n. 291, recante la ratifica ed esecuzione della Convenzione elaborata in base all'articolo K3 del Trattato dell'Unione europea sull'uso dell'informatica nel settore doganale, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995. In forza di tale d.m. l'Agenzia delle dogane viene designata quale responsabile a livello nazionale del sistema informativo doganale. La banca dati, oltre a riportare i precedenti di violazioni tributari, contiene anche le tendenze in materia di frode.

¹⁶ Più precisamente, l'art. 1 co. 6 del d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 8, prevede che "qualora la norma depenalizzata preveda una pena pecuniaria penale proporzionale, anche senza la determinazione dei limiti minimi o massimi, la somma dovuta a titolo di sanzione pecuniaria amministrativa dovuta è pari all'ammontare della multa o dell'ammenda, ma non può in ogni caso essere inferiore a 5.000 € né superiore a 50.000 €".

La sanzione amministrativa pecuniaria negli altri casi è modulata con sanzioni amministrative scaglionate in tre fasce, così determinate:

- da 5.000 € a 10.000 € per i reati puniti con la multa e l'ammenda non superiore nel massimo a 5.000 €;
- da 5.000 € a 30.000 € per i reati puniti con la multa e l'ammenda non superiore nel massimo a 20.000 €;
- da 5.000 € a 50.000 € per i reati puniti con la multa e l'ammenda superiore nel massimo a 20.000 €.

¹⁷ Il riferimento è al d.lgs. 30 dicembre 1999 n. 507 il cui art. 2 lett. a) prevede una somma pecuniaria amministrativa pari all'ammontare della multa o dell'ammenda.

somma da pagare attraverso un meccanismo automatico collegato al danno obiettivo cagionato all'erario. Quest'ultima modalità di quantificazione della sanzione svolge sicuramente una maggiore funzione dissuasiva in rapporto ad illeciti aventi finalità di lucro¹⁸, come innegabilmente bisogna considerare le violazioni doganali.

Ma ciò che maggiormente sorprende è che la legislazione penale doganale prevede già delle forme deflattive di natura processuale: una speciale causa di estinzione del delitto di contrabbando punito con la sola multa è infatti prevista e regolata dall'art. 334 del TUD, ed è consentita al colpevole che provvede al pagamento, oltre che del tributo dovuto, di una somma non inferiore al doppio e non superiore al decuplo del tributo stesso, lasciando impregiudicata la facoltà in capo all'amministrazione doganale di applicare comunque la confisca. È pertanto evidente il trattamento più favorevole attualmente in vigore, soprattutto con riferimento alla fascia più alta delle violazioni amministrative in cui paradossalmente diviene "conveniente" accettare il rischio di subire un controllo doganale e vedersi comminare una sanzione nient'affatto afflittiva se rapportata al disvalore della condotta compiuta¹⁹. E ciò è ancora più rilevante ove si consideri che il bene giuridico tutelato ha rango europeo, e pertanto la scelta tra sanzione amministrativa e sanzione penale dovrebbe essere determinata da stabili criteri

¹⁸ Cfr., sul punto, A. BERNARDI, *Natura penale e retaggi civilistici della pena pecuniaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 514, ed in particolare pp. 558-559. L'Autore, anche se con riferimento all'ambito penale, sottolinea che la sanzione proporzionale tende a "disincentivare la commissione dei comportamenti vietati in forza di un meccanismo essenzialmente 'utilitaristico-economicistico' di marca decisamente 'civilistica'. Meccanismo che consiste appunto, nei reati con finalità oggettiva di lucro (i soli in relazione ai quali appare razionalmente utilizzabile tale modello di pena), nel contrapporre al profitto derivante dal reato o comunque al vantaggio connesso all'entità del fatto, lo svantaggio insito nella relativa pena pecuniaria, calcolato secondo criteri proporzionalistici atti a rendere in ogni caso controproducente la commissione dell'illecito, quali che ne siano le modalità di realizzazione. Sarebbe, insomma, privilegiata la funzione general-preventiva della deterrenza rispetto alla più ampia funzione di orientamento culturale".

¹⁹ La "convenienza" all'infrazione deriva dal quadro sanzionatorio attualmente in vigore, di gran lunga più favorevole rispetto al previgente. Ciò risulta di immediata evidenza raffrontando le sanzioni previste ante e post riforma (si ricordi inoltre come nella situazione "ante" fosse possibile estinguere il delitto con il pagamento di una sanzione pecuniaria pari alla multa prevista), come nella esemplificazione di seguito riportata:

	Ante d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 8	Post d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 8	
Imposta evasa	Sanzione pecuniaria amministrativa	Sanzione pecuniaria amministrativa	
3.999 €	da 7.998 € a 39.000 €	Situazione invariata	
	Multa	Sanzione pecuniaria amm.va	Misura ridotta
4.000 €	da 8.000 € a 40.000 €	da 5.000 a 50.000 €	10.000 €
5.000 €	da 10.000€ a 50.000 €	da 5.000 a 50.000 €	10.000 €
20.000 €	da 40.000 € a 200.000 €	da 5.000 a 50.000 €	10.000 €
49.999 €	da 99.998 € a 499.990 €	da 5.000 a 50.000 €	10.000 €
	Multa e reclusione	Multa e reclusione	
50.000 €	da 250.000 € a 500.000 € e reclusione fino a 3 anni	Situazione invariata	

orientativi della discrezionalità legislativa, che in questo caso sembrano infranti²⁰. In questo caso la scelta di depenalizzare i reati di contrabbando è improntata sicuramente al paradigma della politica di depenalizzazione definita di *fiscalizzazione* della sanzione, in relazione alla quale la condotta antiggiuridica che ha carattere prevalentemente economico-sociale vede neutralizzare il vantaggio materiale conseguito mediante l'illecito con la comminazione di una sanzione pecuniaria amministrativa, la quale pertanto dovrebbe garantire un sufficiente livello di prevenzione²¹.

Inoltre la sanzione amministrativa deve assicurare un analogo livello di tutela o, detto in altri termini, deve garantire un'efficacia tendenzialmente analoga a quella penale²²: se la depenalizzazione non è sorretta dalla consapevolezza che la sanzione amministrativa espliciti funzioni di repressione e prevenzione degli illeciti rischia di mutarsi in una decriminalizzazione *tout-court* del comportamento depenalizzato che finisce per delegittimare il sistema punitivo complessivamente inteso indebolendone la

²⁰ Nel recepimento di una direttiva che consente di scegliere tra l'adozione di una sanzione pecuniaria amministrativa ed una sanzione penale, i decreti legislativi seguono i principi ed i criteri generali fissati dall'art. 32 della l. 24 dicembre 2012 n. 234. La sanzione penale, nei limiti di 150.000 € per l'ammenda e di 3 anni per l'arresto, può essere assunta solo nei casi in cui le infrazioni ledano o esponano a pericolo interessi costituzionalmente protetti, e sanzioni amministrative negli altri casi. Queste ultime possono essere accompagnate da sanzioni accessorie della sospensione ovvero della privazione definitiva delle facoltà e dei diritti derivanti da provvedimenti dall'amministrazione.

Inoltre la scelta operata nel definire la sanzione viola anche i criteri fissati nella circolare 19 dicembre 1983 della Presidenza del Consiglio dei Ministri *Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Gazz. uff. suppl. ord. n. 22 del 23 gennaio 1984*. La circolare fissa criteri privi di efficacia vincolante ma fornisce linee guida per orientare la discrezionalità "lungo parametri e secondo scansioni costituzionalmente corretti e criticamente fondati". Al paragrafo 4.5.1, *Canonii inerenti al divario tra limite minimo e massimo della sanzione*, vengono fissate delle linee programmatiche allo scopo di salvaguardare l'afflittività della sanzione amministrativa per cui sarebbe opportuno che il divario minimo e massimo previsti non sia né eccessivo né inconsistente, di modo che il doppio del minimo non risulti sproporzionatamente basso rispetto al terzo del massimo, e viceversa, e non offra perciò all'autore della violazione un comodo mezzo per sottrarsi alle conseguenze dell'illecito. L'art. 10 co. 2 della l. 24 novembre 1981 n. 689 prevede che il massimo della sanzione non possa di regola superare il decuplo del minimo. Ma la Presidenza del Consiglio evidenzia come questo sia solo un limite, poiché il rapporto ottimale ai fini della determinazione della somma da pagare in misura ridotta sarebbe quello in cui il minimo costituisce un sesto del massimo poiché in questo caso il doppio del minimo viene a coincidere con il terzo del massimo.

In ambito eurounitario si veda il *Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in *Gazz. Uff. Un. Eur.*, 4 maggio 2010, serie C 115, ed in particolare il paragrafo 2.3.1. ove viene evidenziato che "si dovrebbero introdurre disposizioni di diritto penale laddove se ne ravvisi l'indispensabilità per tutelare gli interessi e, di norma, lo si dovrebbe fare solo come ultima risorsa".

²¹ Cfr. C.E. PALIERO: *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 1021 ss., nonché alla voce Depenalizzazione, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 1989, p. 431. Secondo l'Autore, pur sottolineando la centralità della sanzione penale tra gli strumenti di repressione e prevenzione della devianza economica, evidenzia il ruolo positivo che in tal senso potrebbe essere svolto dalla sanzione amministrativa.

²² In tema di effettività nel diritto penale, si rinvia a C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 509 e 510, dove viene posto l'accento sull'effettività penale della sanzione, che è correlata all'"effettiva inflizione della pena comminata in caso di violazione".

tenuta preventiva²³. Come innanzi ricostruito, l'attuale sanzione amministrativa è di gran lunga inferiore alle preventive sanzioni pecuniarie penali previste in caso di estinzione del delitto di contrabbando, e dunque non si può affatto ritenere che l'attuale sistema sanzionatorio amministrativo sia analogo a quello depenalizzato.

Pertanto, con questo particolare tipo di sanzione amministrativa non può ritenersi certo soddisfatto il raggiungimento di un sufficiente livello di prevenzione. Quando infatti le violazioni concernono un bene giuridico di rango primario, il ricorso alla sanzione penale appare quasi sempre necessario, e talora giustificato anche per offese anticipate e di modesta intensità²⁴. Ora, risulta ormai assodato che il reato di contrabbando doganale presenta peculiari caratteristiche correlate alla lesione di primari interessi finanziari dello Stato²⁵; caratteristiche tali da giustificare l'imposizione di un trattamento sanzionatorio particolarmente rigoroso e severo nei confronti degli autori del reato stesso. Tant'è vero che nel settore considerato questa particolare severità si riscontra non solo nella ipotesi della recidiva e di abitualità nel reato, ma anche nella ipotesi di reato perfetto; e ancora, una riprova dell'atteggiamento rigoristico del legislatore si rinviene anche con riferimento ai casi di tentativo, che vengono equiparati a quelli di reato consumato.

Una riflessione più approfondita deve essere riservata alle misure di sicurezza reale la cui dissuasività viene alquanto affievolita, poiché la confisca penale doganale non può certo ritenersi adeguatamente sostituita dalla confisca amministrativa surrettiziamente introdotta. La confisca nel panorama sanzionatorio penale doganale è infatti una misura di sicurezza assai afflittiva, più ampia di quella ordinaria, regolata dall'art. 240 del codice penale. Quest'ultima contempla una forma facoltativa di sequestro delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prodotto od il profitto: in questi casi la pericolosità della cosa deve essere concretamente accertata dal giudice in rapporto alla persona che la possiede. La confisca è obbligatoria solo nei confronti delle cose che costituirono il prezzo del reato e delle cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisce reato, anche se non

²³ Inoltre "la sanzione penale, proprio in forza del suo coefficiente di stigmatizzazione, può fisiologicamente ammettere una certa percentuale di ineffettività e nondimeno esplicare una certa funzione preventiva, mentre quella amministrativa non gode dello stesso privilegio; infatti, benché a quest'ultima, come si è visto, non sia del tutto estranea una certa componente di stigmatizzazione, è indubbio che in linea tendenziale, essa risulti davvero irrisoria rispetto a quella propria, di regola, della pena"; cfr. A. BERNARDI e I. ZODA, *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, cit., p. 57.

²⁴ Cfr. A. BERNARDI e I. ZODA, *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, cit., p. 28 e Circolare 19 dicembre 1983, cit., p. 643.

²⁵ Cfr. Corte cost., sent. 4 gennaio 1977 n. 5, in *Gazz. Uff.* n. 17 del 19 gennaio 1977 ove la Corte ritiene che "che il reato di contrabbando doganale presenta peculiari caratteristiche collegate con la lesione di primari interessi finanziari dello Stato mediante l'evasione tributaria che l'agente procura con il passaggio clandestino o fraudolento, attraverso la linea doganale, delle merci soggette a diritto di confine, creando situazioni di possibile pericolo e di pubblico allarme (...) è altresì chiaro che la sussistenza delle particolari caratteristiche del reato stesso, postulano logicamente, per la delicatezza degli interessi protetti, una tutela particolarmente efficace".

è stata pronunciata condanna²⁶. La confisca doganale, regolata dall'art. 301 TUD, è invece più ampia poiché estende la presunzione di pericolosità sottostante alla misura di sicurezza reale anche nei confronti delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono l'oggetto ovvero il prodotto ed il profitto: l'avvertita necessità di una più rigorosa repressione delle violazioni delle leggi tributarie ha indotto il legislatore a dare ampia applicazione all'istituto della confisca delle cose oggetto del reato o che comunque servirono o furono destinate a commetterlo, rendendola obbligatoria, anche nei casi per i quali l'art. 240 del codice penale la prevede come facoltativa. Il diritto penale doganale conosce inoltre una speciale forma di confisca di beni appartenenti a terzi²⁷ sconosciuta al diritto penale comune, tuttora vigente sia pur mitigata nel tempo per effetto di pronunce della Corte Costituzionale: si tratta della confisca dei mezzi di trasporto a chiunque appartenenti che risultino adattati allo stivaggio fraudolento di merci²⁸; mezzi i quali vengono poi generalmente assegnati in uso agli uffici preposti al contrasto del contrabbando²⁹.

Ora tutto questo lascia il posto alla più blanda confisca amministrativa regolata dall'art. 20 co. 3 della legge 24 novembre 1981 n. 689, che ha carattere facoltativo ed è paradossalmente applicabile solo per le evasioni di imposta comprese tra i 4.000 ed i 49.999, 99 €: il legislatore che ha depenalizzato il contrabbando di lieve entità al di sotto dei 4.000 € aveva infatti espressamente mantenuto³⁰ la confisca obbligatoria delle cose

²⁶ Sia concesso un rinvio a F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2009, p. 837 e ss. per un diffuso inquadramento dell'istituto della confisca.

²⁷ Cfr. E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012, p. 33. L'autore ricorda che anche se la confisca doganale è stata inclusa dal legislatore tra le misure di sicurezza, la previsione di obbligatorietà e conseguente applicabilità automatica della confisca anche al profitto ed ai mezzi di trasporto accentua la funzione punitiva, valorizzandone la deterrenza.

²⁸ Ovvero che contengano accorgimenti idonei a migliorare la capacità di carico o l'autonomia in difformità delle caratteristiche costruttive omologate o che siano impiegati in violazione alle norme concernenti la circolazione o la navigazione e la sicurezza in mare, cfr. art. 301 TUD. Si veda la Corte cost., sent. del 17 luglio 1974 n. 229, in *Gazz. Uff.* n. 194 del 24 luglio 1974, in cui si evidenzia come "perché la confisca obbligatoria delle cose appartenenti a persone estranee al contrabbando non configuri, a carico di queste, una mera responsabilità oggettiva, in base alla quale, per il solo fatto della appartenenza ad essi delle cose coinvolte, subiscano conseguenze patrimoniali in dipendenza dell'illecito finanziario commesso da altri, occorre che sia rilevabile nei loro confronti un quid senza il quale, il reato, pur nella inconsapevolezza di questo, non sarebbe avvenuto o comunque non sarebbe stato agevolato. occorre, in conclusione, che emerga nei loro confronti almeno un difetto di vigilanza". La Corte ha poi precisato che la confisca delle cose oggetto di contrabbando è da ritenersi esclusa quando risulti giudizialmente accertato che le cose in questione erano state illegittimamente sottratte al proprietario terzo estraneo al reato (sent. del 21 dicembre 1976 n. 259, in *Gazz. Uff.* n. 4 del 5 gennaio 1977). Il legislatore è intervenuto con la l. 30 dicembre 1991 n. 413 per adeguare la disciplina normativa alle suddette pronunce, modificando l'art. 301 TUD. Per una compiuta ricostruzione dell'istituto del sequestro nei confronti di terzi proprietari di cose coinvolte nei reati di contrabbando si veda E. NICOSIA, *La confisca, le confische, cit.*, pp. 110 e ss.

²⁹ L'utilizzo dei beni sequestrati per il contrasto alla criminalità economica ha riscontrato un considerevole successo, tanto da essere estesa anche ad altri delitti tributari in materia di IVA ed imposte dirette dall'art. 13 co. 1 della l. 24 settembre 2015 n. 158 che ha introdotto l'art. 18 bis nel d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74.

³⁰ Cfr. art. 295 bis co. 3 TUD, introdotto dall'art. 25 co. 1 del d.lgs. 30 dicembre 1999 n. 507, in attuazione della delega contenuta nell'art. 6 co. 1 lett. a) della l. 25 giugno 1999 n. 205.

indicate nell'articolo 301 del TUD, il cui provvedimento è adottato non dall'autorità giudiziaria, ma dal capo della dogana nella cui circoscrizione la violazione è stata accertata.

Come già ricordato, la severità dell'impianto penale doganale è stata giustificata dalla necessità di garantire una tutela *particolarmente efficace* in ragione della delicatezza degli interessi protetti³¹; ma con la riforma in commento, la severità viene meno poiché con la depenalizzazione viene ostacolata l'effettività dell'intero sistema repressivo delle violazioni doganali i cui strumenti più pervasivi sono azionabili solo in ambito penale come mezzi di ricerca della prova. Si pensi ad esempio ai poteri concessi alla polizia tributaria in tema di perquisizioni anche al di fuori della zona di vigilanza doganale per il contrasto delle violazioni tributarie costituenti reato; poteri che, per effetto della depenalizzazione, non potranno più essere azionati³². Viene meno anche un formidabile strumento quale l'intercettazione delle conversazioni tra presenti o delle comunicazioni telefoniche, che l'art. 266 del codice di procedura penale contemplava anche per i delitti di contrabbando sanzionati con la sola pena della multa.

Una specifica osservazione deve essere riservata alle sanzioni accessorie, le quali per effetto della depenalizzazione cieca sono andate perdute³³. Infatti, le previgenti sanzioni accessorie penali non possono essere sostituite con corrispondenti sanzioni accessorie amministrative: per l'individuazione di quest'ultime è necessario ricorrere alle disposizioni generali cui la specifica disciplina amministrativa fa riferimento; ma le sanzioni accessorie per violazioni a norme tributarie (che consistono nell'interdizione dalle cariche societarie, dalla partecipazione a gare pubbliche, e dall'esercizio di licenze, concessioni o autorizzazioni amministrative nonché la sospensione dall'esercizio di attività di lavoro autonomo o di impresa) non sono applicabili nel caso dei delitti di contrabbando depenalizzati, poiché possono essere comminate solo nei casi espressamente previsti³⁴. In ogni caso la più rilevante sanzione accessoria in materia

³¹ Cfr. *supra*, nota 25.

³² Cfr. l'art. 33 della l. 7 gennaio 1929 n. 4 che consente perquisizioni domiciliari in presenza di sufficienti indizi (notizia o fondato sospetto) di violazione delle leggi finanziarie costituenti reato, con esclusivo riferimento ai tributi doganali ed alle imposte sui monopoli. All'interno degli spazi doganali rimangono i poteri di controllo delle persone e delle ispezioni agli automezzi in procinto di attraversare il confine, attribuiti rispettivamente dagli artt. 20 e 20 *bis* del TUD.

³³ Cfr., F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venute (a proposito di legge n. 67/2014)*, cit., pag. 1717. Stante l'estrema difficoltà di dettare criteri di delega adeguati alla previsione di sanzioni amministrative accessorie, che in effetti sono pensabili solo in rapporto a tipologie di illeciti determinati rispetto ai quali le sanzioni accessorie siano contenutisticamente coerenti, il d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 8 le ha espressamente previste solo nel caso di reiterazione specifica di talune condotte depenalizzate espressamente individuate: art. 688 del codice penale (rappresentazioni teatrali o cinematografiche abusive), art. 171-*quater* della l. 22 aprile 1941 n. 633 (noleggio o registrazione abusiva di opere tutelate dal diritto d'autore) ed art. 28 co. 2 del d.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309 (inosservanza di prescrizioni e garanzie nella coltivazione di piante rientranti nella tipologia delle sostanze stupefacenti).

³⁴ Principio espresso dall'art. 2 del d.lgs. 18 dicembre 1997 n. 472, *Disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni tributarie*. Le sanzioni accessorie tributarie sono previste dall'art. 21 del dispositivo, mentre quelle amministrative ordinarie dall'art. 20 della l. 24 novembre 1981 n. 689. Appare pertanto dubbia l'applicabilità nei casi delle fattispecie depenalizzate di particolari istituti come il

doganale, la sospensione degli spedizionieri dalle operazioni doganali, è stata svilita in quanto è prevista solo in caso di imputazione per un delitto previsto dalle leggi finanziarie³⁵.

Sia concessa infine una fugace riflessione sulla totale assenza di una coerenza sistematica nell'attuale impianto repressivo delle violazioni doganali, pacatamente riconosciuta dalla stessa Agenzia delle Dogane italiana³⁶. Come innanzi ricordato, le sanzioni pecuniarie amministrative che sostituiscono le multe depenalizzate seguono la disciplina dettata dalla legge 24 novembre 1981 n. 689, la quale però deve coordinarsi con le previsioni di carattere speciale contenute nel decreto legislativo 18 dicembre 1997 n. 472 che riporta le disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni tributarie, applicabile anche ai tributi doganali. Quest'ultima norma detta i profili procedurali da applicare e, solo in caso di lacune, lascia spazio alla legge 24 novembre 1981 n. 689, ad esempio per quanto concerne il sequestro cautelare. Le altre sanzioni doganali, diverse dal pagamento di una sanzione pecuniaria amministrativa, continuano infine ad essere regolate dalla normativa sanzionatoria specifica contenuta nel titolo VII del TUD.

3. La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea dalla Convenzione del 1995 ad oggi.

Il reato di contrabbando tutela un bene giuridico di rilevanza europea, poiché i dazi doganali costituiscono un'entrata propria ³⁷ dell'Unione. È pertanto doveroso

ravvedimento o le misure cautelari a tutela degli interessi erariali. Per quanto concerne la prassi amministrativa, si veda l'art. 22 del d.lgs. 18 dicembre 1997 n. 472 in tema di ipoteca e sequestro a tutela degli interessi erariali per le cui procedure applicative l'Agenzia delle Entrate ha da ultimo emanato la Circolare 15 febbraio 2010, n. 4/E.

³⁵ Cfr. art. 53 del TUD che prevede la sospensione in caso di mancato pagamento dei diritti liquidati per le operazioni doganali compiute ovvero di mancato adempimento di qualsiasi altro obbligo verso la dogana e nei casi in cui è stato disposto il rinvio a giudizio per reati finanziari. Sul tema, il Consiglio di Stato, sez. IV, con sentenza del 5 ottobre 2011, n. 4389, ha stabilito che anche la semplice pendenza del procedimento penale per un reato di contrabbando impone la sospensione del rilascio di autorizzazione doganale in dipendenza di causa ostativa inerente all'esigenza di tutela del pubblico interesse.

³⁶ Cfr. Circolare 8/D del 19 aprile 2016 dell'Agenzia delle Dogane rubricata *Codice doganale dell'Unione. Disposizioni e istruzioni procedurali*, in particolare p. 27 e p. 28. Si veda anche la più recente nota n. 55383/R.U. del 24 maggio 2016 contenente istruzioni alle problematiche interpretative e di coordinamento con la previgente normativa. Entrambi i documenti sono pubblicati sul sito istituzionale dell'Agenzia.

³⁷ Il bilancio generale dell'Unione Europea è finanziato dalle c.d. risorse proprie che costituiscono i mezzi finanziari con i quali ciascuno Stato membro partecipa al funzionamento dell'apparato amministrativo di tutte le istituzioni comunitarie e che consentono la realizzazione delle politiche operative comunitarie. Previsto dall'art. 311 del TFUE, è attualmente regolato dalla decisione del Consiglio del 26 maggio 2014 n. 2014/335/UE/Euratom: per quanto concerne i dazi doganali percepiti sulle importazioni delle merci provenienti da paesi terzi, gli Stati membri le esigono per il tramite delle amministrazioni doganali nazionali che trattengono il 20% a titolo di rimborso delle spese di riscossione, a fronte del 25% previsto dalla previgente decisione del Consiglio del 7 gennaio 2007 n. 2007/436/CE/Euratom.

inserire la riflessione sulla modifica del sistema penale doganale italiano nel più ampio quadro del diritto eurounitario.

All'Unione Europea è stata infatti attribuita una competenza esclusiva in materia doganale³⁸ che concretamente si traduce, sul piano esterno, nella determinazione di dazi e di misure di politica commerciale, della tariffa doganale comune e dei regimi doganali nonché, sul piano interno, nell'abolizione delle frontiere doganali tra Stati membri. A questi ultimi rimane la competenza per l'organizzazione degli uffici, per la definizione delle procedure relative all'attuazione delle norme doganali e per l'individuazione delle previsioni sanzionatorie penali ed amministrative³⁹.

La tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea costituisce un obiettivo specifico che incombe in pari misura all'Unione ed agli Stati membri; trova la sua attuale codificazione nell'art. 325 del TFUE e viene perseguita contrastando le frodi e le attività illegali mediante misure dissuasive e tali da garantire una protezione efficace ovunque sul suo territorio, e dunque tanto negli Stati membri quanto, secondo l'innovazione introdotta dal Trattato di Lisbona con l'articolo in questione, "nelle istituzioni, organi ed organismi dell'Unione". Le misure adottate dagli Stati membri per contrastare le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione devono garantire un livello di protezione assimilabile a quello volto a contrastare le frodi che ledono i loro interessi finanziari.

Il principio di assimilazione ha origine giurisprudenziale nella nota sentenza *mais greco* del 1989⁴⁰ in cui la Corte di giustizia statuisce che gli Stati membri devono assicurare che le violazioni del diritto dell'Unione siano sanzionate, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in modo analogo a quello previsto per le violazioni del diritto interno simili per natura ed importanza e tali, in ogni caso, da conferire alla sanzione stessa un carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva. Non solo: in relazione alle violazioni più gravi e connotate da allarme sociale si deve ritenere che solo sanzioni a carattere formalmente penale siano in possesso dei suddetti requisiti⁴¹. Tale

³⁸ In forza dell'art. 3 co. 1 lett a) del TFUE.

³⁹ La Commissione europea ha istituito, con la decisione 624/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 maggio 2007, un gruppo di lavoro su base volontaria denominato programma Dogana 2013 regolato dalla al fine di effettuare una sintesi della situazione concernente le infrazioni doganali ed i sistemi di sanzioni degli Stati membri in materia. Dallo studio, cui hanno aderito 24 Paesi tra cui l'Italia, è emerso che 16 Stati membri prevedono sanzioni penali e non penali, mentre 8 Stati membri prevedono unicamente sanzioni penali.

⁴⁰ Cfr. Corte di giustizia, sent. 21 settembre 1989, causa 68/88 (*Commissione c. Grecia*), nella quale la Grecia veniva condannata nell'ambito di una procedura di infrazione per non aver efficacemente perseguito un caso di frode relativo all'importazione di grano dalla Jugoslavia.

⁴¹ Cfr. Corte di giustizia, ord. 13 luglio 1990, causa 2/88 (*Zwartveld*), punto 17 ove si rileva che "in questa comunità di diritto, le relazioni tra gli Stati membri e le istituzioni comunitarie sono rette, in forza dell'art. 5 del Trattato CEE, da un principio di leale collaborazione. Questo principio non obbliga solo gli Stati membri ad adottare tutte le misure, atte a garantire, se necessario anche penalmente, la portata e l'efficacia del diritto comunitario, ma impone anche alle istituzioni comunitarie obblighi reciproci di leale collaborazione con gli Stati membri"; si veda anche Corte di giustizia sent. 28 gennaio 1999, causa 77/97 (*Österreichische Unilever GmbH e Smithkline Beecham Markenartikel GmbH*), quest'ultima pubblicata in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 447, con nota di S. RIONDATO. In dottrina si veda di A. BERNARDI, [La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2012, pp. 43 e ss..

principio giurisprudenziale è entrato nel diritto primario UE già a partire dal Trattato di Maastricht (art. K. 3) e dal trattato CE (art. 209 A) e da qui ripreso nel Trattato di Amsterdam (art. 280 TCE) per poi infine arrivare alla versione odierna dell'art. 325 TFUE⁴². Completano le fonti di rango primario la convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee del 1995⁴³ ed il regolamento che istituisce il codice doganale dell'Unione (di seguito CDU)⁴⁴; mentre a livello di *jure condendo*, la proposta di direttiva sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea del 2012⁴⁵ e la proposta di direttiva sul quadro giuridico dell'Unione relativo alle infrazioni alle normative sanzioni doganali del 2013⁴⁶.

La convenzione del 1995 ha come base giuridica l'art. K. 3 del Trattato di Maastricht e rappresenta un tipico strumento del c.d. "terzo pilastro" del diritto dell'Unione previgente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Tale strumento mira a tutelare adeguatamente le risorse proprie dell'Unione europea (di cui i dazi doganali rappresentano una parte significativa); di particolare interesse per l'odierna riflessione è l'art. 2 della convenzione che, riprendendo la succitata sentenza *mais greco*, ha statuito che le condotte lesive degli interessi finanziari dell'Unione vengano represses con sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive⁴⁷. Inoltre, le frodi definite gravi – con

⁴² Cfr. M. SERPONE, Titolo X – Cooperazione doganale in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati sull'Unione Europea*, Milano, 2014, pp. 567 e ss..

⁴³ Atto del Consiglio del 26 luglio 1995 che stabilisce la Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee, in *Gazz. Uff. Com. Eur.*, 27 novembre 1995, serie C 316, p. 48.. Si vedano inoltre i protocolli aggiuntivi, adottati con Atto del Consiglio del 27 settembre 1996, in *Gazz. Uff. Com. Eur.*, 23 ottobre 1996, serie C 313, p.1; e con Atto del Consiglio del 19 giugno 1997, in *Gazz. Uff. Com. Eur.*, 19 luglio 1997, serie C 221, p. 11.

⁴⁴ Il regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il codice doganale dell'Unione – reg. 9 ottobre 2013 n. 952/2013/UE – è entrato in vigore il 30 ottobre 2013 ed è completamente applicabile dal 01.05.2016, ed in cui è stato rifuso, con modifiche, il testo del previgente reg. 23 aprile 2008 n. 450/2008/CE del Parlamento europeo e del Consiglio. In tema di sanzioni applicabili, l'art. 42 del reg. 952/2013 riprende in modo pressochè identico il testo del previgente art. 21 del reg. 450/2008/CE.

⁴⁵ Nel luglio 2012 la Commissione ha presentato una proposta di direttiva relativa alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, COM(2012) 363 *final* licenziata il 31.07.2012. La proposta mira a rafforzare l'attuale quadro giuridico mediante l'elaborazione di norme minime comuni per la definizione dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, le sanzioni penali e i termini di prescrizione relativi a tali reati. I negoziati tra il Parlamento europeo e il Consiglio sono iniziati nella seconda metà del 2014, dopo l'adozione di un approccio generale da parte del Consiglio il 6 giugno 2013 e una prima lettura in seno al Parlamento europeo il 16 aprile 2014.

⁴⁶ Cfr. COM(2013) 884 *final* del 13.12.2013.

⁴⁷ Cfr. i punti 88 e ss delle conclusioni dell'avvocato generale Kokott presentate il 14 ottobre 2004 nelle cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02 (*Silvio Berlusconi e altri*), domande di pronuncia pregiudiziale proposte dal Tribunale di Milano e dalla Corte d'appello di Lecce. Efficace è una disciplina sanzionatoria strutturata in modo tale che l'irrogazione della sanzione prevista non venga resa praticamente impossibile o eccessivamente difficile: deriva dal principio di effettività che trova applicazione in tutti i casi in cui una fattispecie ha una relazione con il diritto dell'Unione, ma – ad esempio per la procedura da seguire – non esiste una disciplina eurounitaria e di conseguenza gli Stati membri applicano norme nazionali. Dissuasiva è una sanzione che induce l'individuo ad astenersi dal violare li scopi e le norme del diritto comunitario. A tal proposito non contano solo il tipo e la misura della sanzione, ma anche la probabilità con la quale la stessa può essere irrogata. Una sanzione è, infine, proporzionata quando è idonea (quindi in particolare

sottrazione al pagamento di imposte dovute almeno superiori a 50.000 €⁴⁸ ma con facoltà concessa agli Stati membri di fissare un limite più basso – debbano essere sanzionate con pene privative della libertà che possano comportare l’estradizione. È stato inoltre consentito agli Stati membri di punire i casi di frode di lieve entità, riguardanti importi totali dovuti inferiori a 4.000 €, con sanzioni diverse da quelle penali innanzi indicate. Nel solco di tale direttrice, anche l’art. 42 del CDU prevede espressamente che le sanzioni applicabili in caso di violazione alla normativa doganale debbano essere effettive, proporzionate e dissuasive.

Il recepimento interno di tali principi si è avuto con la modifica dell’art. 295 e con l’introduzione dell’art. 295 *bis* nel TUD⁴⁹ che ha rimodulato il quadro sanzionatorio doganale depenalizzando i casi di contrabbando per importi inferiori a 4.000 € e prevedendo la pena della reclusione sino a 3 anni, oltre alla multa, per il contrabbando di importi superiori a 50.000 €. Come innanzi ricordato, la depenalizzazione cieca dei delitti di contrabbando semplice ha di fatto innalzato la soglia di rilevanza per l’integrazione della fattispecie penale dai 4.000 ai 50.000 €, introducendo inoltre sanzioni amministrative per nulla efficaci, proporzionate e dissuasive per le evasioni sino a questa fascia che paradossalmente vengono sanzionate più lievemente rispetto alle evasioni inferiori ai 4.000 €⁵⁰.

L’iniziativa italiana si pone inoltre in controtendenza rispetto al percorso intrapreso dal legislatore europeo con la proposta di direttiva del 2012 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale. Con questa proposta di direttiva la Commissione si prefigge di sostituire la Convenzione del 1995, proponendo un nuovo strumento avente base giuridica proprio nell’art. 325 TFUE e che, oltre ad introdurre nuovi relevantissimi temi⁵¹, estende l’area della repressione penale imponendola per le frodi superiori ai 10.000 €⁵² e propone sanzioni più gravi delle attuali nei casi di frode superiore ai 100.000 € prevedendo una pena detentiva minima di 6 mesi e massima di anni 5, mentre nei casi in cui i reati vengano

efficace e dissuasiva) e necessaria per il conseguimento degli scopi da essa legittimamente perseguiti. Qualora sia possibile una scelta tra più misure (ugualmente) appropriate, si deve ricorrere alla meno gravosa. Inoltre gli effetti della sanzione sull’interessato non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti,

⁴⁸ L’importo era inizialmente espresso in ecu. A norma del regolamento (CE) n. 1103/97 del Consiglio, del 17 giugno 1997, relativo a talune disposizioni per l’introduzione dell’euro, ogni riferimento all’ecu contenuto in uno strumento giuridico è ora sostituito da un riferimento all’Euro ad un tasso di conversione pari ad un Euro per un ecu.

⁴⁹ Inserito dall’art. 25 del d.lgs. 30 dicembre 1999 n. 507 e modificato dall’art. 8 della l. 29 settembre 2000 n. 300, di ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari.

⁵⁰ Come riportato nel paragrafo precedente, è soprattutto l’assenza della confisca obbligatoria e la previsione di una sanzione pecuniaria amministrativa a compasso edittale che porta a ritenere l’attuale quadro sanzionatorio più mite.

⁵¹ Basti fare riferimento all’introduzione di previsioni in materia di congelamento e di confisca, di giurisdizione nonché dei termini minimi di prescrizione del reato e della pena.

⁵² Cfr. art. 7 co. 2 della proposta di direttiva: “*Per i casi di reati minori da cui derivino danni inferiori a 10.000 € e vantaggi inferiori a 10.000 €, e che non presentino aspetti di particolare gravità, gli Stati membri possono prevedere sanzioni di natura diversa da quella penale*”.

commessi nell'ambito di un'organizzazione criminale si prevede una pena detentiva massima di almeno 10 anni⁵³.

La depenalizzazione dei delitti di contrabbando confligge anche con la posizione assunta dall'Esecutivo italiano nell'iter di formazione della più recente proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul quadro giuridico dell'Unione relativo alle infrazioni ed alle sanzioni doganali del 2013. La direttiva, ritenuta coerente e complementare alla proposta di direttiva di tutela degli interessi finanziari con sanzioni penali, fornisce un elenco di infrazioni doganali comuni a tutti gli Stati membri e la base di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive che questi devono irrogare nel settore dell'unione doganale, che è pienamente armonizzato. La Commissione ha ritenuto di dare impulso all'armonizzazione del quadro sanzionatorio amministrativo in ambito doganale sulla considerazione che il mercato unico è attualmente tutelato da 28 regimi giuridici diversi che applicano sanzioni che differiscono per natura e gravità a seconda dello Stato membro competente. Tale contesto da un lato rende più difficile gestire l'Unione doganale in modo efficiente in quanto lo stesso comportamento illecito può essere trattato in modo assai diverso a seconda del luogo di commissione; dall'altro determina una disparità di trattamento tra gli operatori economici che incide sulle condizioni di concorrenza, avvantaggiando coloro che violano il diritto di uno Stato membro in cui vige una normativa clemente per le sanzioni doganali.

Al fine di uniformare i sistemi sanzionatori non penali in ambito doganale la Commissione Europea ha quindi avanzato la proposta di direttiva, avente come base giuridica l'art. 33 del TFUE e l'art. 42 del CDU. Secondo taluni la base giuridica scelta non è pienamente condivisibile, sull'assunto che la cooperazione doganale non possa includere anche l'introduzione di regole armonizzate in tema di sanzioni⁵⁴, con la conseguenza che si rende necessaria una valutazione rispetto al principio di sussidiarietà dell'azione intrapresa. Ma l'eventuale errore nell'individuazione della base giuridica non fa comunque venire meno la competenza in capo all'Unione di prevedere sanzioni punitive di natura amministrativa che si agguagliano alla restituzione dell'indebito⁵⁵.

La proposta di direttiva è attualmente in discussione al Parlamento europeo che in ossequio al principio di sussidiarietà ha coinvolto il Parlamento italiano in seno alla

⁵³ Cfr. art. 8 della proposta di direttiva. Per una comparazione con l'attuale impianto sanzionatorio, l'art. 295 co. 2 sanziona l'associazione finalizzata ai delitti di contrabbando con la reclusione da 3 a 5 anni.

⁵⁴ Si veda F. VISMARA, *Rilievi in tema di sussidiarietà e proporzionalità nella proposta di direttiva in materia di sanzioni doganali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4/2015, p. 867. L'autore richiama le osservazioni del Parlamento Lituano che, nella procedura di compartecipazione al processo di formazione legislativa del Parlamento UE, ha rilevato come gli obiettivi posti dalla proposta di direttiva risultino solo indirettamente connessi alla cooperazione doganale, non autorizzando l'art. 33 TFUE ad adottare un quadro relativo alle infrazioni alla normativa doganale. La cooperazione attiene ad un'attività di coordinamento reciproca degli Stati membri che muovono in direzione di obiettivi comuni, implicando un ruolo attivo degli Stati nella definizione e nello svolgimento delle di forme di supporto sul piano istituzionale e procedurale.

⁵⁵ La Corte di giustizia ha chiarito nella sentenza del 27 ottobre 1992 riferita alla causa 240/90 (*Repubblica federale di Germania c. Commissione*), come nel campo della politica agricola comune la Comunità fosse competente, in virtù del Trattato, ad adottare sanzioni c.d. "punitive" che potessero andare oltre alla semplice restituzione delle somme indebitamente percepite; sul punto si rinvia ad A. TIZZANO, *Trattati dell'Unione Europea, cit.*, p. 2420.

procedura legislativa ordinaria⁵⁶. Pur non avendo poi presentato una propria posizione, il Parlamento italiano ha richiesto al ministero competente una relazione ⁵⁷ sulla proposta di direttiva. Orbene, secondo il ministero dell'economia e delle finanze i principi introdotti dalla direttiva risulterebbero di problematica attuazione per l'elevato numero di fattispecie illecite previste "senza che, peraltro, siano previste sanzioni diverse da quelle pecuniarie, quali potrebbero essere le misure di confisca o di sospensione/revoca di autorizzazione amministrative". In realtà la direttiva prevede la facoltà di sequestrare temporaneamente qualsiasi tipo di merce o mezzo di trasporto qualsiasi strumento utilizzato per commettere l'infrazione al fine di agevolare le indagini⁵⁸, ma evidentemente il ministero non ritiene tale forma di sequestro né adeguata né assimilabile alla confisca obbligatoria prevista dall'art. 301 del TUD. Inoltre nella relazione del Ministero viene rilevato come "l'impianto repressivo previsto non sia sufficientemente dissuasivo in quanto parametrizza la sanzione pecuniaria sul valore delle merci, laddove sarebbe più opportuno applicare una idonea percentuale di sanzione pecuniaria sul tributo evaso piuttosto che sul valore della merce". Tale ultimo rilievo non è di poco conto: infatti il valore delle merci in dogana può essere notevolmente inferiore al valore del tributo complessivamente dovuto sulla sua importazione, a seconda della tipologia delle merci e della sua imponibilità ai fini delle accise come idrocarburi o tabacchi⁵⁹.

Insomma, nella definizione degli strumenti di deflazione penale si dovrebbero tenere in debita considerazione le fonti di rango primario della UE, soprattutto quando queste riguardano la tutela delle risorse proprie che alimentano il bilancio comune europeo che finanzia le politiche dell'Unione. E infatti una delle ultime commissioni incaricate di elaborare i progetti di depenalizzazione ha espressamente escluso taluni corpi normativi anche in ragione dell'opportunità di mantenere un presidio penale a

⁵⁶ Ai sensi del protocollo n. 1 sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea, adottato ad Amsterdam il 2 ottobre 1997, i progetti di atti legislativi indirizzati al Parlamento europeo ed al Consiglio sono trasmessi ai Parlamenti nazionali. Questi possono inviare ai presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione un parere motivato in merito alla conformità di un progetto di atto legislativo al principio di sussidiarietà, secondo la procedura prevista dal protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità adottato in pari data. In ambito nazionale la procedura è regolata dall'art. 6 della l. 24 dicembre 2012 n. 234, rubricata partecipazione del Parlamento al processo di formazione degli atti dell'Unione europea.

⁵⁷ Cfr. *Richiesta di Relazione alla Proposta di Direttiva COM(2013) 884 del 23.01.2014 dell'Ufficio Coordinamento legislativo del Ministero dell'Economia e delle Finanze*, diretta all'Ufficio coordinamento politiche UE del Dipartimento Politiche Europee della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

⁵⁸ Cfr. considerando n. 18 ed art.17 della proposta di direttiva.

⁵⁹ Nei casi di contrabbando i diritti di confine dovuti sono contemplati dall'art. 34 TUD e sono costituiti dal dazio, rilevabile dalla tariffa doganale, dall'accisa, in quanto dovuta, e dall'IVA dovuta all'importazione che in questo caso assume natura di imposta di consumo a favore dello Stato. La procedura per determinare i diritti di confine consiste nell'applicare sul valore in dogana la percentuale di dazio stabilito nella tariffa doganale ed eventualmente per l'accisa. La somma del predetto valore in dogana, del dazio e dell'accisa, costituisce la base imponibile ai fini IVA. Per quanto concerne i tabacchi lavorati di fabbricazione estera, la base imponibile, su cui applicare l'aliquota IVA, è costituita dal prezzo richiesto dal fornitore, dall'aggio spettante al rivenditore e dall'accisa. Come ricordato in nota 37, solo il dazio rilevabile dalla tariffa doganale costituisce risorsa propria dell'Unione europea, mentre i restanti tributi sono introitati dall'Erario nazionale.

fronte di obblighi – anche se non strettamente penali – imposti dall’Unione europea⁶⁰; nonostante ciò, i reati di contrabbando semplice non sono stati inseriti nell’elenco tassonomico di fattispecie da mantenere in vigore e dunque sono caducati per effetto della depenalizzazione cieca operata dal decreto legislativo 15 gennaio 2016 n. 8.

4. Osservazioni sulla depenalizzazione del contrabbando semplice e sul mantenimento del delitto di contrabbando di tabacchi lavorati esteri: irragionevolezza e manifesta sproporzione nella diversa sanzione di fattispecie di reato omogenee.

Come innanzi ricordato, permane nel TUD il delitto di contrabbando di tabacchi lavorati esteri che prevede la pena della multa proporzionale al peso del prodotto contrabbandato congiunta alla reclusione. Regolato dagli artt. 291 *bis*, 291 *ter* e 291 *quater* del TUD⁶¹, prevede in capo a chiunque introduca, venda, trasporti, acquisti o detenga un quantitativo di tabacco lavorato estero di contrabbando superiore ai dieci chilogrammi la sanzione della multa di 5 € per grammo convenzionale⁶² congiunta alla reclusione da 2 a 5 anni nella forma base, della multa di 25 € per grammo convenzionale congiunta alla reclusione da 3 a 7 anni nelle fattispecie aggravate, e della reclusione 3 a 8 anni nei casi di associazione a delinquere finalizzata al contrabbando. L’unica norma che prevede la sanzione della sola multa è la fattispecie attenuata per quantitativi inferiori ai dieci chilogrammi, previsti dall’art. 291 *bis* co. 2 del TUD che pertanto viene depenalizzata per effetto del decreto legislativo 15 gennaio 2016 n. 8.

In tema di tabacchi non solo le norme di carattere sostanziale prevedono sanzioni più afflittive, ma norme di carattere procedurale ne rendono maggiormente effettiva la perseguibilità rispetto ai comuni reati di contrabbando, ad esempio allungandone i termini di prescrizione. Una simile disparità di trattamento si rinviene anche con riferimento ai reati tributari: questi ultimi – che contemplan anche i casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea – soggiacciono ad una prescrizione ordinaria che è di gran lunga inferiore ai termini di prescrizione allungata associati al delitto di associazione a delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi, con la conseguenza che un numero considerevole di frodi gravi all’IVA comunitaria non sono repressi con sanzioni effettive e dissuasive; proprio in questo caso la Corte di giustizia con la recente sentenza Taricco ha rilevato una violazione al principio di leale cooperazione e di assimilazione, rimettendo al giudice nazionale la disapplicazione *in*

⁶⁰ Il riferimento è alla relazione della Commissione Fiorella per la revisione del sistema penale del 14 dicembre 2012, ed in particolare all’art. 2 lett. h) e relativo allegato, pubblicato in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1587 e ss.. Sul punto, si vede anche A. GULLO, *Deflazione e obblighi di depenalizzazione di fonti UE*, cit., p. 19. Per l’elenco tassonomico delle esclusioni si rinvia alla nota 6.

⁶¹ Introdotti con l. 19 marzo 2001 n. 92.

⁶² Come noto, i tabacchi sono spesso mescolati con altri prodotti che non sono gravati da accise. Per evitare di procedere a dispendiose analisi chimiche, il peso del prodotto da tassare viene calcolato secondo “chilogrammi convenzionali” in cui un’unità di peso equivale a duecento sigari o quattrocento sigaretti ovvero mille sigarette. L’equivalenza è così determinata dall’art. 39 *quinquies* del d.lgs. 26 ottobre 1995 n. 504.

malam partem dell'istituto della prescrizione per i reati tributari che ha per effetto il mancato rispetto degli obblighi imposti dall'art. 325 TFUE⁶³.

Appare evidente che le due condotte – quella del contrabbando semplice ora depenalizzata e quella del contrabbando di tabacchi lavorati esteri ancora costituente delitto – rappresentano due fattispecie strutturalmente identiche quanto ad elemento oggettivo ma che si distinguono solo per la diversità della sanzione posta a presidio, amministrativa l'una e penale l'altra. Tale disparità di trattamento costituisce indubbiamente una distonia sanzionatoria che lede il principio di uguaglianza costituzionalmente garantito nella sua "accezione più ampia, funzionale ad un controllo di ragionevolezza"⁶⁴ delle norme e dei trattamenti sanzionatori in esse previsti. Potrebbe pertanto rendersi necessario sollevare innanzi alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 3 della Costituzione sotto il duplice profilo della irragionevolezza e della disparità di trattamento di situazioni analoghe.

È opportuno in questa sede richiamare una recente pronuncia della Corte costituzionale in ordine ad una situazione simile, ove fattispecie strutturalmente omogenee venivano sanzionate diversamente, con sanzioni amministrative e penali: la sentenza 8 aprile 2014 n. 80⁶⁵ con riferimento alla fattispecie delittuosa di omesso versamento dell'IVA previsto e punito dall'art. 10 *ter* del decreto legislativo 10 marzo 2000 n. 74 per il superamento di una soglia fissata dall'art. 10 *bis* in 50.000 €. La Corte ravvede in tale delitto l'esistenza di profili di irragionevolezza se confrontato con le

⁶³ Cfr. Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14 (*Ivo Taricco*). La Corte ha dichiarato incompatibili con il diritto europeo gli artt. 160 co. 3 e 161 co. 2 C.P. nella parte in cui essi impediscono "in un numero considerevole di casi di frode grave" a danno degli interessi finanziari dell'Unione europea di infliggere sanzioni sufficientemente efficaci e dissuasive, mentre prevedono termini di prescrizione più lunghi a favore delle fattispecie di frode lesive degli interessi finanziari nazionali. Quest'ultimo rilievo riguarda proprio la disparità tra i termini ordinari di prescrizione, applicabili per frodi all'IVA, ed i termini prolungati previsti nei confronti dei reati di competenza della Direzione Nazionale Antimafia, richiamati dall'art. 51 co. 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p.; tra questi vi è anche l'associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, di cui all'art. 291 *quater* del TUD. Per un commento si rinvia a 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 *Dir. pen. e proc.*, 2015, 12, p. 1562 e ss.. La Corte d'appello di Milano ha sollevato una questione di legittimità alla Corte Costituzionale, invitandola ad azionare il controlimito del principio costituzionale del *nullum crimen* di cui all'art. 25 co. 2 Cost. per impedire la penetrazione nell'ordinamento penale nazionale dell'obbligo di disapplicazione sancito dalla Corte di Giustizia. Cfr. Corte d'appello di Milano, II sez. pen., ord. 18 settembre 2015, con nota di 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 *questa Rivista*, 21 settembre 2015; dello stesso Autore, [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\)](#), in *questa Rivista*, 14 settembre 2015.

⁶⁴ Cfr. G. INSOLERA, *Principi di eguaglianza e controllo di ragionevolezza nelle norme penali*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANNOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, Torino, 2012, p. 401.

⁶⁵ Cfr. Corte cost., sent. 8 aprile 2014, n. 80, pres. Silvestri, rel. Frigo, in *Gazz. Uff.* 16 aprile 2014 n. 17. Per un commento più approfondito si rinvia a N. RECCHIA, [Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, pp. 55 e ss. Le soglie di rilevanza penale del delitto di omesso versamento di ritenute dovute o certificate e di IVA sono state rimodulate dagli articoli 7 e 8 del d. lgs. 24 settembre 2015 n. 158.

superiori soglie di punibilità previste dal legislatore per reati di maggiore lesività e gravità quali la dichiarazione infedele e l'omessa dichiarazione per cui sono fissate soglie di evasione più elevate e rispettivamente pari a 131.291,38 € e 77.468,53 €⁶⁶. L'irragionevole trattamento è stato risolto prevedendo una medesima soglia di punibilità per le diverse fattispecie esaminate, livellando verso la soglia più alta l'integrazione del fatto tipico del reato di omesso versamento dell'IVA.

Ma già in altre pronunce la Corte aveva precisato come "la sanzione penale non è l'unico strumento attraverso il quale il legislatore può cercare di perseguire la effettività dell'imposizione di obblighi o di doveri [...]. Vi può essere uno spazio nel quale tali obblighi e doveri sono operanti, ma non assistiti da sanzione penale, bensì accompagnati da controlli e da responsabilità solo amministrative o politico-amministrative. Ed è anzi rimesso alla scelta discrezionale del legislatore, riservare ai casi in cui non appaiano efficaci altri strumenti per la tutela di beni ritenuti essenziali"⁶⁷.

Inoltre, la scelta tra sanzione amministrativa e sanzione penale deve essere determinata da criteri orientativi che sono definiti non solo a livello nazionale, come innanzi brevemente accennato, ma anche a livello eurounitario ove assumono rilievo un principio implicito di proporzionalità delle pene così come definito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che vincola legislatore ed interprete⁶⁸ ed un principio esplicito di leale cooperazione. Tale ultimo principio – come già succintamente ricordato – è inserito ora nell'art. 4 del TUE che impone agli Stati membri da un lato di adottare tutte le misure a contenuto anche sanzionatorio atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dalla normativa comunitaria; dall'altro di evitare contestualmente qualsiasi provvedimento punitivo che, per la sua entità o qualità, sia tale da compromettere gli scopi del Trattato.

Relativamente al primo aspetto, la Corte di giustizia ha evidenziato come una effettiva tutela della libertà degli Stati membri di scegliere il modo ed i mezzi destinati ad assicurare l'attuazione delle direttive comunitarie non possa prescindere da un sistema di pene appropriato, di cui cioè sia chiara l'efficacia ed il reale effetto dissuasivo: "spetta al giudice nazionale dare alla legge adottata per l'attuazione della direttiva, in tutti i casi in cui il diritto nazionale gli attribuisca un margine discrezionale, un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle esigenze del diritto comunitario"⁶⁹. Naturalmente il giudice nazionale nel dare un'interpretazione della norma interna

⁶⁶ Delitti previsti rispettivamente dall'art. 4 e 5 del d. lgs. 10 marzo 2000 n. 74.

⁶⁷ Cfr. Corte cost., sent. 7 luglio 2010 n. 273, pres. Amirante, rel. Silvestri, in *Gazz. Uff.* 28 luglio 2010 n. 30.

⁶⁸ Per una ricostruzione del principio implicito di proporzionalità in ambito penale, si rimanda ad A. BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, in *Ann. Univ. Ferrara – Sc. Giur., Nuova Serie*, Vol II, 1988 ed in particolare si vedano p. 196 e ss. In relazione ai principi eurounitari impliciti cfr. in generale, A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 521 e ss. e bibliografia ivi riportata; F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1983, p. 409 e ss.; F. CAPELLI, *I principi generali come fonte di diritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1986, p. 545 e ss.; M. VACCA, *L'integrazione dell'ordinamento comunitario con il diritto degli Stati membri e con i principi generali di diritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1991, p. 339 e ss..

⁶⁹ Cfr. Corte di giustizia, sent. 10 aprile 1984, causa 14/83 (*Sabine von Colson ed Elisabeth Kamn c. Land Nordrhein, Westfalen*), punto 28.

conforme al diritto europeo non può spingersi sino ad una integrazione in via pretoria⁷⁰ di sanzioni adeguate ed efficaci che né la disciplina nazionale né la normativa eurounitaria prevedono espressamente, poiché “non vi è alcun obbligo assoluto e sufficientemente preciso che possa essere fatto valere in mancanza di provvedimenti di attuazione”⁷¹.

In relazione al secondo aspetto, la Corte di giustizia ha nel tempo definito specifici criteri diretti ad orientare, ed in definitiva condizionare, la discrezionalità del giudice interno chiamato a pronunciarsi nel merito della questione di conformità. La Corte ha ad esempio stabilito che la proporzione della sanzione, e più in genere di ogni provvedimento sanzionatorio, deve essere valutato in funzione della natura dell’illecito⁷².

Con la pronuncia del caso *Drexel*⁷³, la Corte ha ribadito che una pena sproporzionata al reato può risultare di ostacolo al conseguimento delle libertà previste dal Trattato – in quella pronuncia con riferimento alla libera circolazione di merci – nella misura in cui vi sia una manifesta sproporzione nel livello di severità delle pene previste, sul piano interno, per due categorie di infrazioni sostanzialmente analoghe sotto il profilo comunitario. Analogamente, con la pronuncia *Von Colson* ha precluso la previsione/irrogazione di pene sproporzionate “per difetto”, tanto che la Corte ha perfino fatto obbligo ai giudici nazionali di trovare nel proprio ordinamento sanzioni “non simboliche” per le violazioni attinenti all’ambito comunitario⁷⁴.

La giurisprudenza della Corte di giustizia sviluppatasi dopo la sentenza *mais* greco si è ormai consolidata nel considerare contrastanti col diritto UE le norme interne che nel tutelare gli interessi finanziari dell’Unione violino il principio di proporzione della previsione punitiva, in particolare non garantendo uno standard sufficiente di deterrenza⁷⁵. Un analogo contrasto tra diritto UE e legislazione interna sussiste però

⁷⁰ Cfr. Corte cost., sent. 12 gennaio 2010, n. 28, pres. Amirante, rel. Silvestri, in *Gazz. Uff.* n. 5 del 3 febbraio 2010: “Nemmeno la Corte costituzionale può introdurre in via additiva nuovi reati o ampliare o aggravare figure di reato già esistenti, trattandosi di interventi riversati in via esclusiva alla descrizione del legislatore”.

⁷¹ Cfr. Corte di giustizia, sent. 10 aprile 1984, *von Colson*, *cit.*, punto 27.

⁷² Cfr. le posizioni assunte dalla Corte di giustizia nella sent. 8 aprile 1975, causa 48/75 (*Jean Noel Royer*); sent. 15 dicembre 1976, causa 41/76 (*Suzanne Donckerwolcke in Criel e Henry Schou c. Procureur de la République au tribunal de grande instance de Lille e Directeur Général des douanes et droits indirects*); sent. 14 luglio 1977, causa 8/77 (*Concetta Sagulo, Gennaro Brenca e Addelmadjin Backnouche*).

⁷³ Cfr. Corte di giustizia, sent. 25 febbraio 1988, causa C-299/86 (*Rainer Drexel*), punti 13 e ss.. La questione riguardava la diversa disciplina del mancato pagamento dell’IVA all’importazione intracomunitaria (anziché al regime regolato dalla Direttiva 91/680/CEE del Consiglio, del 16 dicembre 1991 che, a partire dal primo gennaio 1993, ha introdotto un regime transitorio, ma tuttora vigente, che regola le operazioni soggette all’IVA intracomunitaria) che prevedeva la pena detentiva e la confisca rispetto a quella del mancato pagamento dell’IVA sulle cessioni di beni all’interno del Paese, sanzionata con misure non penali.

⁷⁴ Cfr. Corte di giustizia: sent. 10 aprile 1984, *von Colson*, *cit.*; sent. 10 aprile 1984, causa 76/83 (*Doris Harz c. Deutsche Tradax GmbH*). Nelle cause citate la Corte si è pronunciata in merito al tema della parità di trattamento fra uomo e donna con riferimento alla direttiva 76/207/CEE del Consiglio del 9 febbraio 1976 la cui violazione, nella trasposizione nell’ordinamento tedesco, prevedeva un mero risarcimento simbolico.

⁷⁵ Nella sentenza *Unilever*, *cit.*, la Corte di giustizia elabora una valutazione “alla luce in particolare del canone di proporzione – valutazione che appare parametrata esclusivamente sulle esigenze comunitarie di

anche ogni volta che quest'ultima non rispetta il principio europeo di assimilazione, che impone un trattamento sanzionatorio degli illeciti UE uguale o assai simile a quello assicurato in relazione agli illeciti di diritto interno di analogo contenuto e disvalore. Lo ha ribadito la Corte di giustizia UE da ultimo nella già ricordata sentenza *Taricco* del 2015 in cui ha stigmatizzato la normativa italiana sulla prescrizione: la stessa regola disciplina in maniera differenziata la fattispecie di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291 *quater* TUD) e l'analoga fattispecie di associazione a delinquere finalizzata alle frodi all'IVA (truffa grave ai sensi della sopra ricordata Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari del 1995), escludendola dall'ambito di applicazione del limite massimo all'aumento del termine di prescrizione per intervenuta interruzione. La normativa oggetto di censura viola anche l'obbligo, sancito dal summenzionato art. 325 paragrafo 2 del TFUE, di predisporre misure di tutela degli interessi finanziari UE equivalenti a quelle previste per i corrispondenti interessi nazionali. La Corte ha pertanto ritenuto incompatibile con il diritto europeo l'istituto della prescrizione nella misura in cui consenta l'estinzione di reati quali la frode all'IVA, stabilendo termini più lunghi per fatti di natura e gravità comparabili⁷⁶.

Si è poc'anzi sostenuto che il contrabbando semplice, ora depenalizzato, ed il contrabbando di tabacchi sono fattispecie strutturalmente omogenee ma sanzionate diversamente, in via amministrativa la prima e penale la seconda: infatti in entrambi i casi la condotta sanzionata consiste nella sottrazione di merci al pagamento dei diritti di confine; differente è invece la ripartizione dei tributi tra erario dell'Unione per la quota parte composta da dazi della tariffa doganale comune ed erario nazionale per la quota parte di altri tributi, come ad esempio le ingenti accise che gravano sui tabacchi lavorati esteri⁷⁷. La principale differenza rilevabile consiste allora nella destinazione del tributo esatto, riservando quindi una maggiore tutela a quei prodotti la cui importazione genera cospicui introiti al bilancio nazionale e non garantendo una tutela equivalente ai dazi doganali che costituiscono risorse proprie dell'Unione⁷⁸.

tutela e sul rango degli interessi in gioco nella prospettiva della costruzione comunitaria (...), giunge ad affermare la natura segnatamente penale di determinate violazioni della normativa comunitaria sottoposta al suo esame, fissando pertanto un preciso vincolo per gli Stati alla previsione di sanzioni di natura penale e quindi un (primo) diretto obbligo di penalizzazione". Sul punto si veda R. SICURELLA, "Eppur si muove!": alla ricerca di un nuovo equilibrio comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, in *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, a cura di G. GRASSO e R. SICURELLA, Torino, 2008, p. 205 e ss..

⁷⁶ Cfr. Corte di Giustizia, Grande Sezione, sent. *Taricco*, *cit.*, punti 36 e 48.

⁷⁷ Si confronti infatti l'aliquota IVA ordinaria pari al 22% con l'accisa pari al 58,70% al valore delle sigarette ed al 23% del valore dei sigari. L'aliquota da applicare è inserita nell'allegato I del d.lgs. 26 ottobre 1995 n. 504, Testo unico delle disposizioni legislative concernenti le imposte sulla produzione e sui consumi e relative sanzioni penali e amministrative.

⁷⁸ Circa l'obbligo di ricorrere alla sanzione penale per la protezione di norme comunitarie ogni qual volta la violazione di norme nazionali analoghe sia assoggettata ad una risposta penale si veda A. BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in *"Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea"*, a cura di L. PICOTTI, Milano, 1999, p. 82.

Le citate pronunce della Corte di giustizia rendono superfluo un ulteriore rinvio pregiudiziale⁷⁹: nella specie, la portata del dispositivo dell'art. 42 del CDU che impone sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive non residua ormai alcun margine di incertezza. Pertanto, il parametro interposto, rispetto agli articoli 11 e 117 primo comma della Costituzione, può considerarsi sufficientemente definito nei suoi contenuti, ai fini del controllo di costituzionale. Si profila dunque un'ulteriore questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1 del decreto legislativo 15 gennaio 2016 n. 8 nella misura in cui non attribuisce una tutela degli interessi finanziari dell'Unione analoga a quella riservata all'Erario nazionale.

5. Inadeguatezza della *lex mitior* tra obbligo di disapplicazione e necessità di riconoscimento del principio di *favor rei*: verso una questione di incostituzionalità?

Resta ora da esaminare quale strumento giuridico sia esperibile per rimediare a questo innegabile *vulnus* agli interessi finanziari dell'Unione cagionato dalla norma recante una depenalizzazione cieca dei delitti di contrabbando nei termini innanzi indicati.

Secondo una giurisprudenza costante e consolidata della Corte di giustizia, i giudici nazionali hanno l'obbligo di applicare il diritto eurounitario e di disapplicare le disposizioni del diritto nazionale eventualmente contrastanti. Più precisamente, la Corte di giustizia ha osservato che il giudice nazionale deve dare applicazione al diritto dell'Unione "disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria"⁸⁰, agendo di propria

⁷⁹ Si vedano le *Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale*, in *Gazz. Uff. Un. Eur.*, 6 novembre 2012, serie C 338, p. 1 e ss. "Conformemente al disposto dell'articolo 267 TFUE, ogni giudice interessato dispone della facoltà di sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale relativa all'interpretazione di una norma del diritto dell'Unione, qualora lo ritenga necessario ai fini della soluzione della controversia ad esso sottoposta. Tuttavia, un giudice avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno è tenuto a sottoporre alla Corte una tale domanda, salvo qualora esista già una giurisprudenza in materia (e il contesto eventualmente nuovo non sollevi alcun dubbio reale circa la possibilità di applicare tale giurisprudenza al caso di specie) o qualora non vi sia nessun dubbio quanto alla corretta interpretazione della norma di diritto di cui trattasi. Pertanto, un giudice nazionale può, in particolare quando ritiene che la giurisprudenza della Corte fornisca chiarimenti sufficienti, decidere esso stesso circa l'esatta interpretazione del diritto dell'Unione e l'applicazione di quest'ultimo alla situazione di fatto che esso constata. Tuttavia, un rinvio pregiudiziale può risultare particolarmente utile quando si tratta di una questione di interpretazione nuova che presenta un interesse generale per l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione, o quando la giurisprudenza esistente non sembra applicabile ad un contesto di fatto inedito".

Si veda inoltre, Corte di giustizia, sent. 27 marzo 1963, cause riunite da C-28 a C-30/62 (*Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV contro Amministrazione olandese delle imposte*).

⁸⁰ Questa è la logica conseguenza del primato applicativo del diritto eurounitario, come rilevabile da giurisprudenza costante della Corte di giustizia sin dalla sent. 15 luglio 1964, causa C-6/64 (*Flaminio Costa contro ENEL*). Si veda anche sent. 9 marzo 1978, causa C-106/77, (*Amministrazione delle Finanze dello Stato contro Simmenthal Spa*), punti 21-24; sent. 19 giugno 1990, causa C-213/89 (*The Queen contro Secretary of State*

iniziativa anche “senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”⁸¹.

Di conseguenza se un atto abrogativo, come quello di cui all’art. 1 del decreto legislativo 15 gennaio 2016 n. 8, contrasta con i precetti del diritto dell’Unione, allora proprio questo atto abrogativo deve essere disapplicato. Ma se l’atto abrogativo viene disapplicato per quanto concerne le violazioni doganali ormai derubricati a sanzione amministrativa, allora gli originari articoli da 282 a 291 del TUD ritornano in vigore con l’effetto di avere una contestuale reviviscenza della preesistente e più severa normativa penale⁸², contenente una disciplina sanzionatoria in ipotesi conforme alle esigenze del diritto eurounitario.

Il giudice interno può però procedere alla disapplicazione della norma nazionale contrastante con il diritto dell’Unione europea solo quando la norma eurounitaria abbia efficacia diretta nell’ordinamento interno, e quindi solo nei casi di alcune norme del Trattato istitutivo, dei regolamenti, delle direttive autoapplicative – c.d. *self-executing*, che non richiedono cioè, ai fini dell’applicazione, alcun provvedimento ulteriore da parte degli Stati membri – e delle decisioni rivolte ai singoli o agli Stati membri⁸³. Ma nel caso in esame, anche se la specifica base giuridica è da rinvenirsi in un regolamento⁸⁴, non siamo di fronte ad una norma dotata di effetto diretto poiché “gli obblighi di incriminazione di matrice comunitaria implicano pur sempre una cooperazione – sia pure *coatta* – del Parlamento nazionale nella creazione della norma sanzionatoria tant’è che in assenza di questa cooperazione i soggetti che violano i precetti comunitari non possono essere puniti (potrà però essere attivata una procedura di infrazione a carico dello Stato, sino all’eventuale condanna di questo al pagamento di una penalità ai sensi dell’art. 260 co 2.2. TFUE)”⁸⁵.

L’articolo 1 del decreto legislativo 15 gennaio 2016 n. 8 non è allora direttamente disapplicabile dal giudice nazionale, pur essendo ormai incontestabile che le nuove sanzioni amministrative da questo introdotte non sono compatibili con il principio di leale cooperazione e con quello di assimilazione che impongono una tutela degli interessi finanziari dell’Unione adeguata e comunque analoga a quella riserva all’erario nazionale. Si viene a determinare allora una situazione simile a quella verificatasi in

for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri), punto 20); sent. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90 (*Andrea Francovich e altri contro Repubblica italiana*), punto 32.

⁸¹ Come, ad esempio, una preventiva pronuncia della Corte costituzionale sulla possibile incostituzionalità della norma. Cfr., nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE: sent. 9 marzo 1978, causa 106/77, *cit.*, punto 24; sent. 8 giugno 2000, causa C-258/98 (*Giovanni Carra e altri – domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla pretura di Firenze*), punto 16; 18 settembre 2003, causa C-416/00 (*Tommaso Morellato contro Comune di Padova*), punti 43 e 44.

⁸² Limitatamente ai fatti commessi prima del varo della recente depenalizzazione.

⁸³ Cfr. Corte cost., sent. 25 gennaio 2010 n. 28, in *Gazz. Uff.* del 03 febbraio 2010 n. 5, nonché Corte di cassazione, ordinanza del 16 gennaio 2006, n. 1414.

⁸⁴ Il già richiamato art. 42 del CDU.

⁸⁵ Cfr. BERNARDI A., *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Ai confini del “favor rei”, il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005, p. 44.

Italia con la riforma dei reati societari che venne dibattuta nelle aule della Corte di giustizia nella nota sentenza *Berlusconi*⁸⁶.

La vicenda nasce dall'introduzione di un regime sanzionatorio più favorevole in materia di falso in bilancio⁸⁷, con la conseguenza che – secondo il principio di retroattività della norma penale di favore – tali disposizioni dovrebbero applicarsi anche ai fatti commessi sotto il precedente regime giuridico. Senonché vennero sollevate alcune questioni pregiudiziali di interpretazione di fronte al giudice del Lussemburgo per verificare la compatibilità della legge italiana con le direttive comunitarie in materia di società⁸⁸, con particolare riferimento all'adeguatezza del sistema sanzionatorio introdotto dalla legge italiana⁸⁹.

Nelle proprie conclusioni, l'avvocato generale Kokott si pronunciò nel senso che la normativa comunitaria osta con la normativa nazionale in parola. Sviluppando il precedente della decisione della Corte di giustizia nella causa *Niselli*⁹⁰, l'avvocato generale argomentò come non fosse assolutamente ovvio che leggi penali più favorevoli andassero applicate retroattivamente nonostante la loro contrarietà al diritto eurounitario: è anzi altrettanto plausibile una soluzione secondo la quale nuove fattispecie di reato vengano disapplicate se e in quanto siano in contrasto con disposizioni del diritto dell'Unione, e che vengano applicate invece le disposizioni precedenti in vigore all'epoca dei fatti. Premesso ciò, l'avvocato generale ravvisò nel principio di leale collaborazione scolpito nell'art. 10 TCE (ora trasfuso nell'art. 4 TUE) la base giuridica da cui far derivare l'effetto diretto⁹¹ e conseguentemente fondare la

⁸⁶ Cfr. Corte di giustizia CE, Grande Sezione, sent. 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/92, C/403/02 (*Berlusconi e altri*). Per un esaustivo approfondimento del tema si rinvia a R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Ai confini del "favor rei", il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia, cit.*. La sentenza si colloca nel solco della giurisprudenza tracciata dalla Corte con la sent. 22 novembre 2004, causa C-457/02 (*Niselli*).

⁸⁷ In attuazione dell'art. 11 della l. delega 3 ottobre 2001, n. 366, è stato adottato il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 che modifica la disciplina del falso in bilancio, novellando gli articoli 2621-2641 c.c. e modificando molte norme del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 in tema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche.

⁸⁸ Con specifico riferimento all'art. 6 della prima direttiva del Consiglio 9 marzo 1968, 68/151/CEE, all'art. 2 della quarta direttiva del Consiglio 25 luglio 1978, 78/660/CEE, ed all'art. 16 della settima direttiva del Consiglio 13 giugno 1983, 83/349/CEE. Le citate norme sono state abrogate ed il settore è regolato dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 26 giugno 2013, 2013/34/UE.

⁸⁹ Con specifico riferimento a quattro parametri: i) efficacia, proporzionalità e capacità dissuasiva delle sanzioni; ii) soglie di tolleranza; iii) termini di prescrizione per l'azione penale; iv) sistema di sanzioni a più livelli e presupposti per l'azione penale.

⁹⁰ Cfr. Corte di giustizia, sent. 22 novembre 2004, causa C-457/02 (*Niselli*), punto 30: "è pacifico che, all'epoca dei fatti che hanno dato luogo al procedimento penale a carico del sig. Niselli, tali fatti potevano, se del caso, integrare gli estremi di infrazioni sanzionate penalmente. Ciò considerato, non vi è motivo di esaminare le conseguenze che potrebbero discendere dal principio della legalità delle pene per l'applicazione della direttiva". Si vedano anche le *Conclusioni dell'avvocato generale Kokott presentate il 14 ottobre 2004, cit.*, punti 60 e 149.

⁹¹ Cfr. *Conclusioni dell'avvocato generale Kokott, cit.*, punto 80. Per un commento si rinvia a BIN R., *Un ostacolo che la Corte non può aggirare*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Ai confini del "favor rei", il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia, cit.*, p. 114: "Qualsiasi norma interna che allontani la disciplina nazionale dagli obiettivi fissati dalle norme comunitarie deve esser privata di ogni effetto,

disapplicazione della novella legislativa interna contrastante: il principio della legalità della pena⁹² – *nullum crimen, nulla poena sine lege* – veniva dunque preservato. Naturalmente tale disapplicazione *in malam partem* si può praticare solo nei confronti di coloro che hanno commesso i fatti anteriormente all'entrata in vigore della *lex mitior*, e che all'epoca dei fatti non potevano fare affidamento sull'impunità del loro trattamento o comunque su una disciplina sanzionatoria più favorevole di quella allora vigente⁹³.

La Corte della sentenza *Berlusconi* non ha però risolto la questione se il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite si applichi qualora questa sia contraria ad altre norme di diritto eurounitario; ha invece preferito rifugiarsi nel precedente del caso *Kolpinghuis Nijmegen* in base al quale “una direttiva non può avere come effetto, di per sé ed indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati”⁹⁴. In una parola, secondo la soluzione accolta dalla Corte, il problema del contrasto tra il primato del diritto eurounitario ed il principio del *favor rei*⁹⁵ non si pone poiché la direttiva oggetto del rinvio pregiudiziale non produce alcuna incidenza diretta sull'assetto normativo interno. Non solo la Corte non ha seguito il solco tracciato dall'avvocato generale ma, come è stato osservato, si è anche discostata dai propri precedenti poiché “tale giurisprudenza è stata sinora utilizzata con riferimento ad ipotesi diverse, quali quelle di inibire interpretazioni analogiche o addirittura *contra legem* delle norme sanzionatorie vigenti (...). Tale giurisprudenza non era cioè mai stata utilizzata allo scopo di impedire la disapplicazione della disciplina comunitariamente illegittima e la reviviscenza della precedente disciplina penale sfavorevole”⁹⁶.

Applicando al caso in analisi gli strumenti ermeneutici innanzi riportati – ammesso che gli articoli 4 TUE, 325 TFUE nonché 42 del CDU ostino ad una norma interna come quella introdotta dal decreto legislativo 15 gennaio 2016 n. 8 che introduce pene più favorevoli e rende più gravosa o addirittura esclude l'azione penale nei

compreso quello abrogativo. Così si produrrebbe una norma ad effetto diretto che imporrebbe al giudice di applicare la norma nazionale già conforme (o meno difforme) dalle indicazioni contenute negli atti normativi comunitari”.

⁹² Il principio di legalità appartiene ai principi generali del diritto, comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri: sancito dall'art. 25 co. 2 della Costituzione italiana, si rinvia anche dall'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dall'art. 15, n. 1, prima frase, del Patto internazionale sui diritti civili e politici nonché dall'art. 49, n. 1, prima frase, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁹³ Cfr. *Conclusioni dell'avvocato generale Kokott, cit.*, punti 148 e 152.

⁹⁴ Cfr. Corte di giustizia, sent. 8 ottobre 1987, causa C-80/86 (*Kolpinghuis Nijmegen BV*), punti 13 e 7; si veda anche sent. 7 gennaio 2004, causa C-60/02 (*X*), punto 61 e giurisprudenza ivi citata.

⁹⁵ Il principio dell'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole è consacrato negli ordinamenti giuridici nazionali di quasi tutti gli Stati membri (in Italia nell'art. 2 co. 3 del codice penale, in Germania nell'art. 2, n. 3, dello Strafgesetzbuch – codice penale tedesco –, non viene invece riconosciuto solo in Irlanda e nel Regno Unito); a livello internazionale (art. 15, n. 1, terza frase, del Patto internazionale sui diritti civili e politici); nonché dall'art. 49, n. 1, terza frase, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Si veda anche la ricostruzione dell'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole in *Conclusioni dell'avvocato generale Kokott, cit.*, punti 154 e ss..

⁹⁶ Si veda in particolare di A. BERNARDI, *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia, cit.*, p. 47.

confronti del c.d. contrabbando semplice – non è possibile risolvere l’antinomia tra diritto eurounitario e diritto interno con una semplice disapplicazione di quest’ultimo da parte del giudice interno. Ciò comporterebbe infatti la reviviscenza della preesistente e più severa normativa penale, contenente una disciplina sanzionatoria in ipotesi conformi alle esigenze di tutela degli interessi finanziari dell’Unione, ma in contrasto con la giurisprudenza del giudice del Lussemburgo a partire alla sentenza *Kolpinghuis Nijmegen*. D’altro canto la permanenza delle più miti pene di carattere amministrativo infrangerebbero sia il principio di leale cooperazione sia quello di assimilazione.

Lo strumento giuridico per risolvere questa antinomia è allora il ricorso alla Corte costituzionale risultando evidente, da un lato, il contrasto con gli artt. 11 e 117 comma 1 per l’inadempienza all’obbligo di tutela degli interessi finanziari dell’Unione mediante sanzioni nazionali efficaci, proporzionate e dissuasive; dall’altro, il contrasto con l’art. 3 per manifesta irragionevolezza nel trattamento difforme di fattispecie analoghe, ovvero tra contrabbando semplice ormai depenalizzato e delitto di contrabbando di tabacchi. Ciò al fine di indurre il legislatore nazionale ad operare nel più breve tempo possibile nuove scelte di politica criminale, questa volta conformi con il diritto eurounitario.

Nelle more, non è da escludersi l’avvio da parte della Commissione o di qualcuno degli Stati membri di una procedura di infrazione contro l’Italia ai sensi dell’art. 258 e 259 TFUE degli obblighi derivanti dagli articoli 4 TUE e 325 TFUE nonché dall’art. 42 del CDU: poiché la finalità degli illeciti di contrabbando è ovviamente quella di conseguire un lucro, l’affievolimento della deterrenza comporterà senza dubbio un incremento delle violazioni commesse dovuto all’attrazione in Italia delle organizzazioni criminali attualmente operanti in Stati caratterizzati da sanzioni più gravi⁹⁷, con innegabili effetti distorsivi della concorrenza tra gli operatori del settore nell’ambito del mercato comune⁹⁸. Non solo: le minori entrate causate dall’aumento del contrabbando si ripercuoteranno direttamente sul bilancio comunitario, proprio a causa della novella *lex mitior* italiana. È presumibile quindi che la Commissione possa attivarsi per salvaguardare la concorrenza nel mercato comune e l’integrità del bilancio europeo.

⁹⁷ Sull’eventualità che, in presenza di discipline punitive fortemente disomogenee tra gli Stati UE, le attività criminali a carattere economico possano concentrarsi in quelli caratterizzati da una disciplina più mite cfr. A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell’Unione Europea: problemi e prospettive*, cit., p. 45. Lo stesso Autore ha osservato inoltre che “in virtù del principio di libera circolazione, gli effetti negativi derivanti dalle carenze preventivo-repressive di taluni Stati membri tendono ad espandersi sull’intero territorio dell’Unione”; sul punto cfr. A. BERNARDI, *Europe sans frontières et droit pénal*, in *Rev. sc. crim.*, 2002, p. 1 e ss..

⁹⁸ Una competizione tra sistemi-Paese basata su di un rilancio al ribasso del quadro sanzionatorio a tutela degli interessi finanziari dell’Unione genera senza alcun dubbio una concorrenza sleale. Si pensi alle implicazioni economiche ricadenti sulle imprese attive nel medesimo settore dell’importazione di beni ma operanti, ad esempio, in aree geograficamente attigue ubicate in Stati membri diversi, come nel caso dei porti di Trieste e di Koper (Slovenia) tra di loro distanti solo 20 km. È da ritenere che una norma più mite in tema di contrabbando possa comportare l’aumento dei traffici illeciti verso il Paese che l’ha adottata, stimolando in tal modo anche le politiche di investimento nazionali ed europee (visto che spesso riguardano snodi rilevanti per le c.d. reti trans-europee di trasporto) in infrastrutture portuali e logistiche che comportano un aumento della competitività generale dell’area.