

Consulta *faber* *est suae fortunae*: Lussemburgo *expugnatur?*

Opinioni

FEDERICO FEBBO

SOMMARIO: 1. La Corte Costituzionale è artefice del suo (*rectius* nostro) destino. – 2. È stata però vinta solo una battaglia. – 3. Rilevi conclusivi.

1. La Corte Costituzionale è artefice del suo (*rectius* nostro) destino.

La Corte Costituzionale, riassumendo il giudizio a seguito del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e proprio alla luce del chiarimento ermeneutico offerto dai Giudici di Lussemburgo, con la sentenza interpretativa di rigetto n. 115, depositata lo scorso 31 maggio 2018, ha chiuso la c. detta “saga Taricco”.

È doveroso osservare che il Giudice delle Leggi ha raccolto i frutti del dialogo da esso stesso innestato con la Corte UE, cui aveva rimesso la questione per un nuovo e più meditato esame, portandolo coerentemente a compimento dopo la parziale retromarcia dei giudici di Lussemburgo nella seconda pronuncia sul *case law* Taricco (convenzionalmente nota come *Taricco-bis*).

La Consulta ha infatti osservato che l'ultimo arresto della Corte di Giustizia ha operato su due piani connessi:

a) ha chiarito che la “regola Taricco” non può essere applicata ai fatti commessi prima dell'8 settembre 2015;

b) ha demandato all'autorità giudiziaria nazionale il compito di verificarne la compatibilità con il principio di determinatezza in materia penale.

La Corte Costituzionale (relatore il presidente Giorgio Lattanzi) ha statuito, anzitutto, che tutte le questioni sollevate dai giudici rimettenti fossero non fondate perché la “regola Taricco” doveva ritenersi inapplicabile nei rispettivi giudizi, nei quali si procedeva per fatti

avvenuti prima dell'8 settembre 2015, sicché l'applicabilità degli artt. 160 terzo comma e 161 secondo comma del Codice penale e la conseguente prescrizione dei reati oggetto dei procedimenti *a quibus* erano escluse dalla stessa pronuncia della Corte UE, che aveva eccezzuato esplicitamente gli effetti della “regola Taricco” ai reati commessi prima di tale data.

Tuttavia la Consulta non ha utilizzato il divieto di retroattività *in malam partem* della legge penale quale *commodus discessus* per concludere diplomaticamente il “confronto” con la Corte di Giustizia, astenendosi quindi da una presa di posizione sulle spinose questioni che sono originate ma hanno travalicato ampiamente la rilevanza nel caso concreto.

La Corte ha statuito, infatti, che indipendentemente dalla collocazione temporale dei fatti, “il giudice comune non può applicare loro la “regola Taricco” perché essa è in contrasto con il principio di determinatezza in materia penale, consacrato dall'art. 25 secondo comma, Cost.” (cfr. § 10 della sentenza).

Per giungere a tale tagliente conclusione il Giudice delle Leggi ha ribadito esplicitamente il presupposto della natura sostanziale dell'istituto della prescrizione che, in quanto incide sulla punibilità della persona, riconnettendo al decorso del tempo l'effetto di impedire l'applicazione della pena, “nell'ordinamento giuridico italiano rientra nell'alveo costituzionale del principio di legalità penale sostanziale, enunciato dall'articolo 25 secondo comma della Costituzione con formula di particolare ampiezza” (cfr. ancora § 10 della sentenza).

Per l'effetto, “appare evidente il deficit di determinatezza che caratterizza sia l'art. 325, paragrafi 1 e 2 TFUE (per la parte da cui si evince la “regola Taricco”) sia la “regola Taricco” in sé”¹.

Quest'ultima, per la porzione che discende dal paragrafo 1 dell'art. 325 TFUE, è stata ritenuta irrimediabilmente indeterminata nella definizione del “numero considerevole di casi” in presenza dei quali può operare, perché il giudice penale non dispone di alcun criterio applicativo della legge che gli consenta di trarre da questo enunciato una regola sufficientemente definita. Né a tale giudice può essere attribuito il compito di perseguire un obiettivo di politica criminale svincolandosi dal governo della legge al quale è invece soggetto (articolo 101, secondo comma, Costituzione).

In sostanza, il diritto Ue non può fissare al giudice italiano obiettivi di risultato in violazione del principio di legalità e tassatività della fattispecie penale (articolo 25 Costituzione) ed a costo, quindi, di snaturare il nostro assetto ordinamentale nei suoi principi fondamentali.

Ancor prima, è stato ritenuto indeterminato l'art. 325 TFUE perché il testo non permette alla persona di prospettarsi la vigenza della “regola Taricco” e una scelta relativa alla punibilità deve essere autonomamente ricavabile dal testo legislativo al quale i consociati hanno accesso.

¹ Così, testualmente, il comunicato stampa della Corte costituzionale del 31 maggio 2018, pubblicato in pari data a cura dell'Ufficio Stampa sul sito istituzionale.

Fermo restando – ha aggiunto la Corte costituzionale – che compete alla sola Corte di giustizia interpretare con uniformità il diritto dell’Unione e specificare se esso abbia effetto diretto, è anche indiscutibile che, come ha riconosciuto la sentenza M.A.S., un esito interpretativo non conforme al principio di determinatezza in campo penale non possa avere cittadinanza nel nostro ordinamento².

Un rilievo analogo è stato svolto anche per la porzione della “regola Taricco” tratta dal paragrafo 2 dell’art. 325 TFUE.

In questo caso, infatti, se anche il principio di assimilazione (in base al quale le norme poste a presidio delle violazioni fiscali in danno dell’Unione devono rivestire pari ampiezza a quelle poste a presidio della violazioni fiscali in danno dello Stato) non desse luogo, sostanzialmente, ad un procedimento analogico *in malam partem* e potesse permettere al giudice penale di compiere un’attività priva di inaccettabili margini di indeterminatezza, ciò comunque non potrebbe avvenire sulla base del paragrafo 2 dell’art. 325 TFUE dal quale una persona “comune”, nell’esercizio dell’ordinaria diligenza, non potrebbe desumere i contorni della “regola Taricco”.

In altri termini, “qualora si reputasse possibile da parte del giudice penale il confronto tra frodi fiscali in danno dello Stato e frodi fiscali in danno dell’Unione, al fine di impedire che le seconde abbiano un trattamento meno severo delle prime quanto al termine di prescrizione, ugualmente l’art. 325, paragrafo 2 TFUE non perderebbe il suo tratto non adeguatamente determinato per fungere da base legale di tale operazione in materia penale, posto che i consociati non avrebbero potuto, né oggi potrebbero sulla base del solo quadro normativo, raffigurarsi tale effetto” (cfr. § 11 della sentenza).

Degna di nota anche la presa di posizione per così dire “culturale” della Corte Costituzionale laddove, misurandosi con la diversa concezione del diritto penale che possiede rispetto alla Corte di Giustizia, afferma a chiare lettere la necessità che le scelte di diritto penale sostanziale siano conoscibili in base al testo della disposizione rilevante e, se del caso, con l’aiuto dell’interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici per cui, “rispetto a tale origine nel diritto scritto di produzione legislativa”, l’ausilio interpretativo del giudice penale “non è che un *posterius* incaricato di scrutare eventuali zone d’ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell’arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo” (cfr. ancora § 11 della sentenza).

Primazia, quindi, del diritto (penale) scritto di origine parlamentare.

Non solo ma la Consulta ha affermato seccamente, a futura memoria, onde *in claris non fit interpretatio*, che l’unica autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di Giustizia è la Corte Costituzionale, “cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell’Unione è in contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale e in particolare i diritti inviolabili della persona”, residuando al giudice diffuso solo di

² Così ancora testualmente il comunicato stampa della Consulta.

“porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto” (cfr. ancora § 7 della sentenza).

Ciò posto, la Corte ha concluso che «l'inapplicabilità della “regola Taricco”, secondo quanto riconosciuto dall'ultima sentenza della Corte di Giustizia, ha la propria fonte non solo nella Costituzione repubblicana, ma nello stesso diritto dell'Unione» e che quindi non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate nel presupposto che tale regola fosse invece applicabile.

2. È stata però vinta solo una battaglia.

La Corte Costituzionale merita indubbiamente un plauso per avere presidiato alcuni pilastri del nostro Ordinamento, tuttavia non è revocabile in dubbio che i giudici di Lussemburgo (ci) hanno anche rammentato perentoriamente, nella sentenza che ha definito l'ultimo rinvio pregiudiziale, che l'impossibilità di disapplicare le norme sulla prescrizione lascerebbe “in ogni caso ferma la responsabilità della Repubblica italiana per avere ommesso di approntare un efficace rimedio contro le gravi frodi fiscali in danno degli interessi finanziari dell'Unione o in violazione del principio di assimilazione e, in particolare, per avere compresso temporalmente l'effetto degli atti interruttivi della prescrizione”.

Il monito è ancorato al diritto positivo e, in specie, alla recente direttiva 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (§ 44 della sentenza) la quale, entrata in vigore il 17 agosto 2017, dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il prossimo 6 luglio 2019.

La direttiva ha determinato una parziale armonizzazione del regime della prescrizione applicabile nell'Unione ai reati in materia di IVA: rilevante è la considerazione, contenuta nel paragrafo 1 dell'art. 12, del termine di prescrizione come tempo “che consenta di condurre le indagini, esercitare l'azione penale, svolgere il processo e prendere la decisione giudiziaria in merito ai reati”, configurando la prescrizione come istituto di natura processuale piuttosto che quale causa estintiva del reato.

Il recepimento della direttiva europea imporrà, quindi, agli Ordinamenti ribelli la previsione della prescrizione come istituto di natura processuale quanto meno (ma tale ermeneusi non potrebbe che avere portata generale) con riferimento ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

Ecco allora che la pronuncia della Corte di Giustizia è stata improntata, da una parte, alla diplomazia, con una virtuosa apertura al principio di “Constitutional Tolerance”, inoculato sapientemente dal rinvio pregiudiziale della Consulta la quale, successivamente, lo ha prontamente recepito nella pronuncia in commento; dall'altra ha ribadito il primato del diritto euro centrico, seppur in forma meno radicale rispetto alle le statuizioni della prima sentenza Taricco, con prognosi di subvalenza in un eventuale conflitto con i principi fondamentali degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, come rilevato puntualmente dalla Corte Costituzionale.

Sullo sfondo resta tuttavia la nuova direttiva UE, per effetto della quale l'apertura diplomatica della Corte di Giustizia, quanto alla prescrizione, “è a termine”.

E i giudici euro unitari non hanno esitato a confermare, d'altronde, anche nella pronuncia conclusiva del secondo rinvio pregiudiziale, la precedente interpretazione dell'art. 325 TFUE, evidenziando il “nesso diretto tra la riscossione del gettito dell'IVA nell'osservanza del diritto dell'Unione applicabile e la messa a disposizione del bilancio dell'Unione delle corrispondenti risorse IVA, dal momento che qualsiasi lacuna nella riscossione del primo determina potenzialmente una riduzione delle seconde” (§ 31), con la conseguente attribuzione agli Stati membri del compito di “garantire una riscossione effettiva delle risorse proprie dell'Unione” (§ 32) anche attraverso la previsione di sanzioni penali (§ 34), dotate di carattere effettivo e dissuasivo (§ 36) nei casi di gravi frodi, che ledano appunto gli interessi finanziari dell'Unione in materia di IVA, atteso che gli Stati membri devono assicurare “che le norme sulla prescrizione previste dal diritto nazionale consentano una repressione effettiva dei reati legati a frodi siffatte” (§ 36).

D'altronde, in base all'art. 325, primo periodo “L'unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione” ed in base al successivo periodo “gli Stati membri devono adottare, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, in particolare in materia di IVA, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari”, dotandosi di una normativa compatibile con gli obblighi di risultato che pone l'art. 325 TFUE, spettando ai “giudici nazionali competenti” di darvi piena efficacia, eventualmente disapplicando “disposizioni interne, in particolare riguardanti la prescrizione che, nell'ambito di un procedimento relativo a reati gravi in materia di IVA, ostino all'applicazione di sanzioni effettive e dissuasive per combattere le frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione” (§ 39).

E la Grande Sezione ha ribadito, ulteriormente, che è compito precipuo del legislatore nazionale “stabilire norme sulla prescrizione che consentano di ottemperare agli obblighi derivanti dall'art. 325 TFUE”, garantendo che “il regime nazionale di prescrizione in materia penale non conduca all'impunità in un numero considerevole di casi di frode grave in materia di IVA o non sia, per gli imputati, più severo nei casi di frode lesivi degli interessi finanziari dello Stato membro interessato rispetto a quelli che ledono gli interessi finanziari dell'Unione” (§ 41). Con la precisazione “che il fatto che un legislatore nazionale proroghi un termine di prescrizione con applicazione immediata, anche con riferimento a fatti addebitati che non sono ancora prescritti, non lede, in linea generale, il principio di legalità dei reati e delle pene (§ 42).

Ecco allora che la seconda sentenza della Corte di Giustizia, con cui si è misurata la Corte Costituzionale nella definizione della saga Taricco, come già osservato in questa

rivista nella relativa nota di commento³, ha rivelato una doppia anima: una *cortese*, che ha fatto concludere alla Grande Sezione, alla luce di queste premesse e considerato, in specie, che “alla data dei fatti di cui al procedimento principale, il regime della prescrizione applicabile ai reati in materia di IVA non era stato oggetto di armonizzazione da parte del legislatore dell’Unione”, che l’Italia era “libera, a tale data, di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico detto regime ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati e alla determinazione delle pene, nel diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto, come queste ultime norme, al principio di legalità dei reati e delle pene” (§ 45); l’altra ‘*Farisala*’, non essendo revocabile in dubbio che, a seguito dell’adozione della direttiva (UE) 2017/1371 del 5 luglio 2017 contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale (§ 44), l’apertura della Corte di Giustizia ha un termine di decadenza che coincide con la *deadline* di recepimento della nuova direttiva da parte degli Stati membri.

3. Rilievi conclusivi.

In definitiva, la Consulta ha avuto indubbiamente il merito di costruire un dialogo “cortese” con la Corte UE, la cui decisione in esito al secondo rinvio pregiudiziale è stata improntata, da una parte, ad una “ragionevolezza temporale”, che rispondeva all’esigenza di evitare un’abnorme dilatazione della sfera di operatività dell’istituto della prescrizione, “allargata” anche a frodi IVA commesse anteriormente al primo pronunciamento Taricco, il cui assolvimento sarebbe stato particolarmente problematico (*rectius* impraticabile) nel nostro ordinamento alla luce della natura sostanziale riconosciuta all’istituto; dall’altra, è stata improntata al rispetto dei diritti fondamentali degli ordinamenti nazionali, laddove i Giudici di Lussemburgo hanno affermato che “i giudici nazionali competenti, quando devono decidere, nei procedimenti pendenti, di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione, sono tenuti ad assicurarsi che i diritti fondamentali delle persone accusate di avere commesso un reato siano rispettati” (§ 46).

Come tuttavia rilevato, in futuro il diritto positivo sovranazionale, già coniato, obbligherà gli Stati membri ad adeguare la relativa disciplina.

Se ne ricava che la saga Taricco giunge alla conclusione di una lunga “battaglia” ma il confronto tra Corti Europee e Corte Costituzionale è pronto a riaccendersi ogni qualvolta sarà devoluto al Giudice delle Leggi il contrasto tra il diritto euro unitario ed un pilastro del diritto interno, sottratto a quella cessione di quote di sovranità su cui si fonda la partecipazione all’Unione europea atteso che, come annotato già in sede di commento alla seconda sentenza Taricco, “lungi dal configurarsi quale atto eversivo, rappresenta lo stesso presupposto logico della teoria dei contro limiti: se non si ammettesse che una norma

³ Si consenta il rinvio a FEBBO, *Taricco-bis (ma non in idem): tutte le strade non portano a Roma*, in *questa Rivista*, 2018, 2.

possa risultare conforme al diritto dell'Unione e, al tempo stesso, non conforme ai principi e ai diritti di un singolo ordinamento nazionale, i contro limiti risulterebbero privati del necessario substrato logico⁴.

Un confronto assiologico e culturale, un dialogo a tratti tra “sordi” nel quale l'Ordinamento UE non riesce sempre a comprendere e condividere il significato metagiuridico sotteso ad alcune scelte del nostro Ordinamento: d'altronde, parafrasando il chiaro Autore, “la macchina della giustizia è indispensabile, eppure – questo è il punto – resta fatta da congeniti (non già occasionali, momentanei), tremendi pericoli e da immoralità intrinseche, non eludibili”⁵.

⁴ BERNARDI, *I contro limiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di Bernardi, Napoli, 2017, XVIII.

⁵ NOBILI, “*L'immoralità necessaria*” - *Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna, 2009.

