

TARICCO TANGO. QUALE SARÀ IL PROSSIMO PASSO? (*)

di Roberto Bin

1. Come in un ballo di coppia (un ballo che la Corte di giustizia chiama “dialogo da giudice a giudice”), la Corte ha accennato un elegante passo indietro per far avanzare la propria partner senza perdere l’abbraccio; ma, allo stesso tempo, ha posto un punto fermo, un perno attorno al quale la invita a ruotare per invertire la propria direzione.

Il passo indietro è evidente. Senza nulla dire sulla questione dei controlimiti – è la “terza questione” su cui esegue un elegante *glissé* (punto 63 della motivazione) - la Corte di giustizia ha “esentato” i giudici nazionali dal disapplicare le norme penali nazionali quando ciò potrebbe condurre a (a) una situazione di incertezza in merito al regime di prescrizione da applicare - “incertezza che contrasterebbe con il principio della determinatezza della legge applicabile” (punto 59) – e (b) all’applicazione retroattiva di un trattamento penale deteriore (punto 60). Tuttavia oppone al movimento del partner due contropinte.

Anzitutto sembra ritenere che l’argomento della retroattività del trattamento penale deteriore potrebbe valere solo per le frodi fiscali compiute *prima* della sentenza *Taricco I* e non per quelle successive (sempre punto 60). È un passo appena accennato, utile a suggerire che la pronuncia della Corte di giustizia sarebbe così chiara nell’interpretare il quadro normativo da dissipare qualsiasi dubbio e qualsiasi incertezza, capace quindi di rendere prevedibile come si applicherà la prescrizione ai reati compiuti dopo la sua emanazione. Ma in questa direzione non insiste, il passo è solo accennato. Invece propone un altro sviluppo che potrebbe complicare alquanto la geometria del ballo.

Il regime della prescrizione per le frodi IVA – dice la Corte di giustizia - sarebbe cambiato a seguito dell’adozione, in data 5 luglio 2017, della direttiva UE 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode dell’IVA. Dopo quella data l’Italia non è più libera di prevedere che il regime della prescrizione – che in precedenza non era direttamente normato dal diritto UE – ricada, secondo i principi del proprio ordinamento, nel diritto penale sostanziale, restando, al pari delle norme (appunto *penali-sostanziali*) relative alla definizione dei reati e alla determinazione delle pene, soggetto al principio di legalità dei reati e delle pene (punti 44 e 45). L’armonizzazione, sebbene non completa,

(*) Il contributo riproduce il testo della relazione svolta al convegno *Primato dell’Unione e principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale italiano: la sentenza della Corte di giustizia nella causa C-42/17 e gli scenari futuri* (Roma, Corte di Cassazione, 1° febbraio 2018).

fa però sì che il tema specifico del *regime della prescrizione* ricada ora nell'ambito di applicazione del diritto UE. Se quindi in precedenza l'Italia poteva ritenere lecito applicare alla prescrizione le regole del suo diritto e quindi anche i *propri principi costituzionali*, dopo l'entrata in vigore della direttiva questo non è più possibile. In base all'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti che la Corte di giustizia ha sempre sostenuto, laddove la materia rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione sono da applicare e rispettare i principi "costituzionali" europei e non più quelli nazionali.

La Corte di giustizia non retrocede di un passo da quanto aveva già stabilito nella *Taricco I*: ne fa invece il perno attorno al quale la Corte costituzionale è invitata a ruotare. L'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE – ribadisce la Corte di giustizia (punto 62) – "dev'essere interpretato nel senso che esso *impone al giudice nazionale di disapplicare...* disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive ecc.", accettando però che a tale regola si deroghi per le ragioni di rispetto del principio di legalità e di irretroattività di cui si è detto, ragioni che la Corte costituzionale aveva posto al centro dell'ordinanza di rinvio. Ma queste giustificazioni sono destinate a cedere a seguito della *Taricco I* (che, chiarendo l'interpretazione dell'art. 325, rende prevedibili *pro futuro* le conseguenze penali delle frodi IVA anche per ciò che riguarda la prescrizione) e della nuova direttiva, che ha attratto il regime della prescrizione dei reati per le frodi IVA nell'ambito di applicazione del diritto UE.

2. Come può proseguire il suo percorso la Corte costituzionale dopo questa sentenza della Corte di giustizia?

La soluzione più ovvia e "burocratica" sarebbe emanare una sentenza di rigetto, "nei sensi di cui in motivazione". I giudici *a quo* avevano investito la Corte costituzionale del problema della legittimità dell'ordine di esecuzione del Trattato, paventando la violazione dei principi costituzionali a causa dell'interpretazione dell'art. 325 TFUE offerta dalla Corte di giustizia nella *Taricco I*. Ora che il passo indietro accennato dalla *Taricco II* ha disinnescato la minaccia dei controlimiti, la Corte costituzionale può farsi forte della risposta della Corte di giustizia e, a sua volta, dichiarare infondata la questione di legittimità prospettata. Il rinvio alla motivazione può essere utile per indicare ai giudici remittenti qual è il motivo, e quindi il limite, del rigetto della questione de qua. Avendo la Corte di giustizia "rimodulato" la sua interpretazione dell'art. 325 TFUE, da questa disposizione non discende più l'obbligo per il giudice nazionale «*di non applicare il combinato disposto degli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, del codice penale quando ciò gli impedirebbe di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, ovvero quando frodi che offendono gli interessi finanziari dello Stato membro sono soggette a termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione*» (cito la questione come è esposta nell'ord. 24/2017 della Corte costituzionale). Magari la Corte potrebbe chiudere la sentenza con un'"esortazione" al legislatore di intervenire in attuazione della direttiva adeguando la

normativa italiana della prescrizione delle frodi IVA alle istanze europee. Tutto qui, un finale con il *casqué*?

A seguito di una pronuncia della Corte costituzionale di questo tipo, i giudici remittenti potrebbero assolvere tranquillamente il loro compito e chiudere il giudizio *a quo* applicando le norme del codice penale che fissano il tetto massimo del prolungamento dei termini della prescrizione (artt. 160 u.c. e 161.2). Ma la storia non finirebbe qui.

Infatti altri giudizi potrebbero instaurarsi con riguardo ai termini di prescrizione di reati per frode IVA, reati commessi (a) dopo la sentenza *Taricco I* e (b) dopo l'emanazione della direttiva UE 2017/1371. I giudici di merito investiti di questi giudizi si troverebbero nuovamente di fronte al problema della disapplicazione delle norme del codice penale, come richiesto da *Taricco II* – disapplicazione che produrrebbe effetti retroattivi *in malam partem*. È difficile per la nostra cultura giuridica accettare che la sent. *Taricco I* possa essersi sostituita alle disposizioni del codice penale, assicurando le condizioni di prevedibilità che sono alla base del principio di legalità: come ricorda la Corte costituzionale nella sua ordinanza, il principio di legalità non esprime soltanto l'esigenza di prevedibilità della qualificazione giuridica dei comportamenti individuali, ma rispecchia anche il principio di separazione dei poteri e dell'istituto costituzionale della riserva di legge. Per di più non si può indurre il giudice di merito a "inventare" la norma penale da applicare, poiché nessuno dei problemi di insufficiente determinatezza della fattispecie da applicare sarebbe stato risolto.

Se così decidesse oggi, è assai probabile dunque che la Corte costituzionale verrebbe nuovamente investita di una questione di legittimità costituzionale in nulla dissimile da quella appena risolta. Se ciò accadesse, si avventurerebbe la nostra Corte a risolvare una nuova e analoga questione pregiudiziale, innescando di nuovo la miccia dei controlimiti?

Prudenza vorrebbe che la Corte costituzionale rinunciasse alla banalità del *casqué* e scegliesse di impostare un passo un po' più fantasioso con cui uscire dal "dialogo". Per capire quale potrebbe essere, bisogna ricostruire con attenzione la questione che la Corte si troverà a decidere, una volta riassunto il processo.

La questione è se l'ordine di esecuzione del TFUE possa – attraverso l'interpretazione della Corte di giustizia - impedire al giudice penale di applicare due disposizioni del codice penale, cercando altrove la norma del caso. Pronunciando una sentenza di infondatezza e restituendo gli atti al giudice, la Corte costituzionale consentirebbe perciò che in Italia continuino ad essere applicati gli artt. 160 u.c. e 161.2, benché la Corte di giustizia sia stata chiarissima in entrambe le sentenze *Taricco* nel denunciare che si tratta di due disposizioni contrarie al diritto UE. La Corte costituzionale finirebbe quindi con riaffermare l'applicabilità di norme in contrasto con l'ordinamento europeo, e quindi a concorrere in una ormai conclamata violazione del diritto UE, e a innescare la conseguente responsabilità della Repubblica italiana. Non mi sembra una strada conveniente. Altri passi possono essere compiuti per continuare il "dialogo da giudice a giudice".

3. Il passo che mi appare più conseguente è che la Corte costituzionale sollevi davanti a se stessa la questione di legittimità costituzionale delle due norme del codice penale, “nella parte in cui” si applicano anche ai reati finanziari di interesse dell’UE. L’oggetto preciso dell’impugnazione andrebbe considerato con molta attenzione, ma certo non dovrebbe, né potrebbe giungere a sovvertire la salda concezione sostanzialistica della prescrizione. Non è questo che la Corte di giustizia richiede, del resto, pretendendo soltanto che sia resa effettiva e dissuasiva la repressione delle frodi IVA e che gli strumenti per ciò apprestati non siano più “morbidi” di quelli apparecchiati per la repressione dei reati finanziari “nazionali”.

Posto che la *non manifesta infondatezza* della questione sarebbe del tutto evidente, dopo che ben due sentenze della Corte di giustizia hanno dichiarato il contrasto delle norme italiane con il diritto UE, si dovrebbe valutare se una questione del genere soddisfi anche il requisito della *rilevanza*. Dev’essere però chiaro che la rilevanza della questione *incidentale* va valutata in considerazione del giudizio *principale*, e che questo, nell’ipotesi, non sarebbe più quello provocato dalle ordinanze della terza sezione della Corte di cassazione e dalla Corte d’appello di Milano, ma è il giudizio che, grazie ad esse, si sta svolgendo davanti alla Corte costituzionale. Questo ha per oggetto non le frodi fiscali compiute da alcuni imputati (oggetto del giudizio dinanzi ai giudici penali), ma la legittimità costituzionale dell’ordine di esecuzione del TFUE in relazione all’interpretazione di una sua disposizione, l’art. 325, di cui si ventila l’incompatibilità in certi casi con i principi supremi della nostra Costituzione; quella interpretazione – si noti - è stata fornita dalla Corte di giustizia non in astratto, ma con specifico riferimento alla compatibilità con l’art. 325 dei due articoli del codice penale italiano. Posto che la Corte di giustizia ha dichiarato e ribadito l’incompatibilità di quegli articoli con il Trattato, e che la Corte costituzionale non ha per il momento affrontato questo tema, essendo fuori dal *petitum* proposto dai giudici penali remittenti, non mi sembra possa dubitarsi della rilevanza della questione della legittimità costituzionale delle due norme legislative italiane sulla prescrizione con le norme del Trattato, così come interpretate dalla Corte di giustizia. Come ha motivato la Corte costituzionale in un recente caso in cui ha sollevato una questione di legittimità costituzionale davanti a se stessa, la questione «è rilevante in quanto assume carattere pregiudiziale ai fini della risoluzione della questione di legittimità costituzionale come prospettata dal ricorso introduttivo del presente giudizio» (ord. 114/2014). Il sindacato sulla legittimità degli artt. 160 u.c. e 161.2 cod. pen. è indubbiamente pregiudiziale ai fini della soluzione della questione prospettata relativa alla disapplicazione degli stessi articoli in conseguenza di una pronuncia della Corte di giustizia.

Naturalmente starebbe poi ai giudici di merito valutare se la sentenza della Corte costituzionale può essere applicata nel loro giudizio, e quindi affrontare e risolvere il problema di quale regime della prescrizione sia in esso applicabile. Siccome la Corte di giustizia ha complicato questa valutazione, come si è detto, individuando nella data della *Taricco I* e dell’emanazione della direttiva 2017/1371 un mutamento di regime giuridico della prescrizione dei reati finanziari d’interesse europeo, sarebbe forse opportuno che la Corte costituzionale si facesse carico di chiarire i possibili dubbi, definendo anche il problema degli effetti temporali della sua dichiarazione di

illegittimità degli articoli del codice penale. Più precisamente, l'alternativa potrebbe essere tra il dire niente, sicché la legge penale sarebbe non più applicabile dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione, secondo la regola generale, oppure seguire le indicazioni (confuse) della Corte di giustizia. Un compito difficile, ma forse affrontabile con un po' di prudenza. Non credo che si possa giungere a riconoscere che, a far data da un evento specifico (corrispondente più probabilmente all'entrata in vigore della direttiva europea), è cambiata la natura giuridica della prescrizione, non più figura di diritto sostanziale ma rientrante nelle regole processuali; oppure che, ferma restando la natura della prescrizione in genere, da quella data la prescrizione delle frodi europee farebbe eccezione alla disciplina generale dettata dal codice penale. La prudenza sconsiglierebbe la prima ipotesi, poiché altrimenti la Corte costituzionale smentirebbe clamorosamente se stessa, stante che nell'ordinanza di rinvio aveva chiaramente stabilito che "ciascuno Stato membro è... libero di attribuire alla prescrizione dei reati natura di istituto sostanziale o processuale, in conformità alla sua tradizione costituzionale". È però proprio questo che la Corte di giustizia sembra voler contestare nella *Taricco II*, almeno a far data dell'adozione della direttiva europea.

In fondo, però, non sarebbe una questione di grande importanza pratica, poiché riguarderebbe le frodi IVA commesse dal 5 luglio 2017 (data di adozione della direttiva europea, come ricorda *Taricco II*) alla data di pubblicazione della attesa sentenza della Corte costituzionale. La cui urgenza si mostra così palese, anche perché il legislatore italiano aspetterà l'ultimo giorno (o forse anche di più) per adeguare il suo ordinamento alla direttiva UE.