

Falso in bilancio e Corte di Giustizia CE (causa Berlusconi). Non è un rigetto.*

Dato che è stato detto i giudici italiani hanno sposato le mie tesi¹, rimettendo varie questioni alla Corte di Giustizia CE in tema di false comunicazioni sociali, e dato che l'A.G. Kokott nelle sue conclusioni in causa Berlusconi (e altre) le ha riprese², tento di difenderle ulteriormente e quindi ripropongo quel volto del diritto comunitario che ho sempre ravvisato³, contro la diffusa lettura della sentenza emanata dalla CGCE nella stessa causa, secondo cui le aspettative dei giudici italiani sarebbero state deluse.

In realtà, a una disamina attenta della pronuncia non può sfuggire che la Corte ha invece offerto ai giudici italiani la chiave che essi cercavano, ma - data l'indubbia valenza "politica" delle questioni - l'ha un po' celata nei meandri della motivazione, facendo risaltare maggiormente profili che a prima vista si potrebbero intendere come negativi, e soprattutto è riuscita a sottrarla al dispositivo.

La chiave è anzitutto, sotto un primo aspetto, la seguente, che si può cogliere nel punto in cui, dopo la precisazione del significato delle direttive societarie in questione, la Corte scende ad introdurre un ulteriore, significativo dato in merito all'esistenza di obblighi comunitari di penalizzazione rilevanti in materia: " 64. Ciò non toglie che, per chiarire la portata dell'esigenza relativa all'adeguatezza delle sanzioni stabilite al detto art. 6 [prima direttiva, n.d.r.], può essere utilmente presa in considerazione la giurisprudenza costante della Corte relativa all'art. 5 del Trattato, da cui deriva un'esigenza di identica natura.- 65. Secondo tale giurisprudenza, pur conservando la scelta delle sanzioni, gli Stati membri devono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano punite, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in forme analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere effettivo, proporzionale e dissuasivo (v., in particolare, sentenze Commissione/Grecia, cit., punti 23 e 24; 10 luglio 1990, causa C-326/88, Hansen, Racc. pag. I-2911, punto 17; 30 settembre 2003, causa C-167/01, Inspire Art, Racc. pag. I-10155, punto 62, e 15 gennaio 2004, causa C-230/01, Penycod, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 36 e giurisprudenza ivi citata)"(cors. nostro).

Non vi è in tutta la motivazione della sentenza un solo punto in cui si smentisca il significato di quella norma generale del Trattato, sulla quale pure l'A.G. Kocott aveva imperniato le sue conclusioni favorevoli alla disapplicazione della nuova normativa italiana concernente le false comunicazioni sociali, con conseguente operatività della disciplina penale nazionale previgente, cioè del vecchio art. 2621 c.c.

Senonché, la Corte non sviluppa l'argomentazione scendendo agli esiti del principio comunitario di penalizzazione, ma passa invece a una raffinata speculazione sul *petitum*, che però spiega questo frettoloso disimpegno dall'art. 5 citato. I giudici comunitari, invero, sfruttano la circostanza che i giudici *a quibus* hanno posto quesiti concernenti il significato di direttive, tralasciando l'importanza della norma del trattato (che viene in considerazione solo in una limitata questione posta nel procedimento Dell'Utri). La Corte ha quindi gioco facile nel ribadire che la direttiva in quanto tale, e indipendentemente da una legge emanata per attuarla, non può fondare o aggravare la responsabilità penale - insomma, la Corte suggerisce che l'art. 5 "può essere utilmente preso in considerazione", proprio perché non è stato affatto preso in considerazione dai giudici italiani, i quali ne hanno sottovalutato l'utilità.

* Intervento al Seminario "Ai confini del <<favor rei>>. Il falso in Bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia" (Aula Magna del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Ferrara, 6 maggio 2005)

¹ RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, Cedam, 1996; Id., *Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell'economia (<<influenza>>, poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art. 177 T.CE, questioni di costituzionalità)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 1135.

² 14 ottobre 2004, in *Dir. pen. e processo*, 2004, 1573, con mio commento.

³ Ma vedi, per opinioni diverse, BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 1999, 41.

Riguardo alla ritenuta inefficacia penalistica delle direttive, e avviandosi verso il secondo aspetto della chiave anzidetta, è opportuno rilevare che non è esatto sostenere che in causa Niselli⁴ (e in altre) la Corte ha accolto una diversa e contraria soluzione, ammettendo la disapplicazione di una legge successiva contraria a direttiva comunitaria, con “reviviscenza”, per così dire, della legge penale previgente – applicabile in quanto vigente al momento del fatto, senza pregiudizio dei principi di legalità e del *favor rei*. Nel caso Niselli, infatti, sussisteva una legge penale intesa come attuativa del disposto comunitario. Nella causa Berlusconi, invece, né i giudici nazionali né l’Avvocato Generale hanno affermato che il vecchio art. 2621 c.c. doveva intendersi come attuazione del principio di adeguatezza sanzionatoria che in materia è previsto dalle direttive; e tanto meno si è detto che lo stesso articolo realizzava le esigenze di cui all’art. 5 del Trattato. Perciò la Corte, arrampicandosi alquanto e imponendosi un intenso *self-restraint*, è riuscita a delineare un quadro penalistico in cui la forza esecutiva (penalistica) comunitaria del disposto comunitario rimarrebbe, in caso di disapplicazione, ancorata alla direttiva in quanto tale, indipendentemente da una legge emanata per attuarla – insomma, il vecchio art. 2621 cc. costituirebbe in tal quadro solo un accidente la cui resurrezione avverrebbe meramente in forza della direttiva.

Questo, dunque, è il secondo aspetto della chiave, che però implicitamente la Corte suggerisce ai giudici: il quadro penalistico nazionale deve essere ricostruito nel senso che il vecchio art. 2621 è adeguata misura esecutiva statale dell’obbligo comunitario di penalizzazione; su questa base, è sufficiente il combinato disposto degli art. 5 Trattato e 6 della prima direttiva, al fine di fondare la disapplicazione della norma abrogante, quindi dei nuovi articoli 2621 e 2622 cc., e la conseguente applicazione della normativa penale previgente; quest’ultima, nel precisato contesto, bene costituisce la fonte legale della responsabilità penale in osservanza del diritto comunitario, senza che sia la direttiva a costituire da sé tale responsabilità, indipendentemente da una legge che le dia attuazione.

Un terzo aspetto si trae dalla trattazione in sentenza del principio del *favor*. E’ curioso che la Corte prima inizi ad affrontare la questione sull’esistenza del principio, addirittura concludendo in modo assolutamente apodittico nel senso che esisterebbe una tradizione costituzionale comune (il che oltretutto è falso) e quindi un principio generale comunitario, ma poi noti che “si pone tuttavia la questione se il principio dell’applicazione retroattiva della pena più mite si applichi qualora questa sia contraria ad altre norme di diritto comunitario”, e che “non è però necessario decidere tale questione ai fini delle controversie principali, poiché la norma comunitaria in questione è contenuta in una direttiva fatta valere nei confronti di un soggetto dall’autorità giudiziaria nell’ambito di procedimenti penali”. Che senso ha un cominciamento di trattazione di così grande importanza, se il principio del *favor* e le questioni connesse sono irrilevanti al fine del decidere?

Esso ha senso solo nella prospettiva che qui si va delineando, cioè quella di offrire ai giudici nazionali una traccia per risolvere il caso nel senso “penalizzante”. Infatti, il limite del *favor* è già stato segnato dalla Corte, da ultimo nella menzionata causa Niselli. Preme alla Corte solo chiarire - ciò che in precedenza non era mai stato fatto, e sul punto la Corte è sollecitata dall’A.G. - che il principio di applicazione della legge successiva più mite è un principio generale comunitario. E’ evidente quindi che il limite già segnato si riferisce anche al principio comunitario, nonostante ciò rimanga inespresso nella sentenza Berlusconi.

Comunque, non si può affermare che la Corte abbia letto il principio del *favor*, in modo acritico, secondo tradizioni consolidate. Né si può affermare che nella concezione della Corte sia il principio del *favor* ad impedire la possibilità che la direttiva determini o aggravi la responsabilità penale dell’imputato (questo impedimento deriva dalla natura delle direttive).

In conclusione, si può notare che su tutti questi aspetti che aprono a un sindacato sulla legge penale nazionale, spetta al giudice del rinvio valutare il sistema sanzionatorio previsto dal legislatore italiano nel suo complesso, commisurandolo ai criteri di efficacia, proporzionalità e capacità dissuasiva. La Corte ha dato (e può solo dare) indicazioni relative all’interpretazione del

⁴ CGCE, 11 novembre 2004, C-475/02, Proc. Pen./Niselli, in *Dir. penale e processo*, 2005, 386.

diritto comunitario che consentono al giudice nazionale di effettuare una tale valutazione del proprio ordinamento. La Corte ciò ha fatto nel caso Berlusconi, sia pur con la prudentissima motivazione che l'eco politica del caso le ha consigliato.

Non posso quindi concordare con l'interpretazione secondo cui la Corte sarebbe giunta a ritenere ammissibile che la decisione del legislatore nazionale abbia come effetto, in violazione del diritto comunitario, quello di escludere retroattivamente la pena per un comportamento punibile all'epoca dei fatti. Questa indicazione è del tutto estranea alla sentenza in causa Berlusconi.