

Il limite come controlimito. Riflessioni sulla vicenda Taricco *

di Carlo Sotis**
(5 ottobre 2016)

1. Premessa: l'idea di Giudice penale come campo di tensione essenziale della vicenda.

Tra le tante questioni¹ che la vicenda Taricco fomenta queste pagine vogliono riflettere su quella dei poteri del giudice. Il punto in discussione è noto: per la Corte di giustizia² il giudice ordinario è chiamato lui a disapplicare direttamente, a seguito di una valutazione di adeguatezza, la disciplina generale in tema di interruzione della prescrizione; per la grande maggioranza della dottrina³ questa possibilità per «limiti inerenti alla natura dell'attività giurisdizionale»⁴ è preclusa al giudice.

*Scritto pubblicato per gentile concessione di *Diritto penale contemporaneo*. Il presente contributo, integrato e corredato da note, riproduce l'intervento svolto al convegno organizzato presso l'Università degli Studi di Milano dalla Prof.ssa D'Amico, sul tema "*Crisi della legalità penale e diritto costituzionale*" – Milano, 15 aprile 2016.

1 La Taricco, come tutte le vicende importanti presenta numerosi spunti di riflessione. Ad esempio, la natura sostanziale piuttosto che processuale della prescrizione, il campo di applicazione della retroattività *in mitius*, le competenze penali dell'Unione e quelle normative della Corte di giustizia, in particolare tra effetti espansivi e effetti riduttivi del penalmente rilevante, la dottrina dell'effetto diretto tra norme primarie e secondarie del diritto dell'Unione europea, i rapporti tra Corte di giustizia e diritto penale, la legalità penale tra vincoli costituzionali e sovranazionali. E l'elenco potrebbe continuare a lungo.

2 Si riportano qui per intero i paragrafi 47 e 49 della sentenza Corte di giustizia, 8 settembre 2015, C-105/14 *Taricco e altri*. Sono questi due paragrafi quelli in cui la Corte di giustizia assegna al giudice penale doveri e poteri costituzionalmente critici ed in fondo è su questi due paragrafi che si concentra questo contributo.

«47 Qualora il giudice nazionale dovesse concludere che dall'applicazione delle disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione consegue, in un numero considerevole di casi, l'impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave, perché tali fatti risulteranno generalmente prescritti prima che la sanzione penale prevista dalla legge possa essere inflitta con decisione giudiziaria definitiva, si dovrebbe constatare che le misure previste dal diritto nazionale per combattere contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione non possono essere considerate effettive e dissuasive, il che sarebbe in contrasto con l'articolo 325, paragrafo 1, TFUE, con l'articolo 2, paragrafo 1, della Convenzione PIF nonché con la direttiva 2006/112, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE.

49 Qualora il giudice nazionale giungesse alla conclusione che le disposizioni nazionali di cui trattasi non soddisfano gli obblighi del diritto dell'Unione relativi al carattere effettivo e dissuasivo delle misure di lotta contro le frodi all'IVA, detto giudice sarebbe tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione *disapplicando*, all'occorrenza, tali disposizioni e neutralizzando quindi la conseguenza rilevata al punto 46 della presente sentenza, *senza che debba chiedere o attendere la previa rimozione di dette disposizioni in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale* (v., in tal senso, sentenze Berlusconi e a., C387/02, C391/02 e C403/02, EU:C:2005:270, punto 72 e giurisprudenza ivi citata, nonché Küçükdeveci, C555/07, EU:C:2010:21, punto 51 e giurisprudenza ivi citata).» (corsivi aggiunti).

3 Sono moltissimi i contributi sulla Taricco. Faccio qui riferimento solo a quelli che a mio avviso segnalano più chiaramente come – per dirla con Vittorio Manes – il «cuore della sentenza» stia nell'idea di giudice che si ha a mente e, quindi, in quanto affermato dalla Corte di giustizia nei paragrafi 47 e 49 appena citati, v. L. Eusebi, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015 *passim*.; E Lupo, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale (Riflessioni sulla sentenza Taricco)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, 5 s. V. Manes, *La svolta Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, p. 9 e 15 s. S. Manacorda, *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in corso di stampa. In atti del convegno: "*I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*", Università di Ferrara, 7-8 aprile 2016. Peraltro, e lo dico iperbolicamente, anche Francesco Viganò, che è tra gli autori meno critici della sentenza Taricco, segnala come i giudici di Lussemburgo non abbiano riflettuto a sufficienza sui limiti istruttori del giudice penale italiano cfr. F. Viganò, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco* in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, p. 33.

Quello che è mia intenzione argomentare è che sono questi limiti che incontra il giudice penale a costituire il controlimite.

Per farlo mi è necessario fare un giro largo, partendo da un *excursus*, per poi riflettere sulle specificità del giudizio di adeguatezza e, infine, andare a valutare se e dove vi sia un contrasto tra il *dictum* della sentenza Taricco ed « i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale ed i diritti inalienabili della persona umana»⁵, cioè, per l'appunto, i “controlimiti”.

Individuare il giudice penale ed i suoi poteri come punto essenziale della vicenda non esime però dal chiarire il rapporto tra prescrizione e legalità penale⁶.

In proposito io non credo si possa mettere da parte il dato incontrovertibile che le scelte sulla prescrizione siano scelte sulla punibilità⁷. Sia quelle sulla definizione del tempo necessario a prescrivere, sia quelle sulla disciplina sull'interruzione e sulla sospensione⁸. Sono tutte, infatti, opzioni sul “se punire”. Di conseguenza sono scelte con cui si esercita lo *ius puniendi*. Ergo, quello della prescrizione è un campo di disciplina governato dal principio di legalità-riserva di legge stabilito nell'art. 25 secondo comma della Costituzione. Non importa che l'ordinamento non attribuisca una garanzia di ragionevole prevedibilità a questa disciplina. Non tutto ciò che costituisce esercizio dello *ius puniendi* deve, per ciò solo, essere ragionevolmente prevedibile; in questo, in fondo sta la differenza tra la legalità penale costituzionale e quella convenzionale. Ciò detto andiamo oltre.

2. “Metafore”, “strumenti” e “grandissime opportunità”. Un pò di antropologia dell'Unione europea.

La Taricco sembra una “tempesta perfetta”⁹. Una vicenda di enorme portata, impensabile prima che si realizzi e che si è potuta realizzare solo perchè si sono avverate una serie di condizioni.

Conviene indugiare su queste condizioni perchè esse fanno emergere un punto che mi sta particolarmente a cuore mettere in evidenza e che riprenderò in chiusura.

a) La *prima condizione* l'ha posta il GUP di Cuneo, che con la sua ordinanza dimostra abilità e notevole capacità comunicativa. Ha infatti ben compreso come “pensa la Corte di giustizia”¹⁰.

4 Così, testualmente E. Lupo, *La primauté del diritto dell'UE* cit., p. 6

5 Così testualmente Corte costituzionale punto 9 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 183/73 e punto 7 del *Considerato in diritto* sentenza n. 170/84

6 *Caveat*: Ernesto Lupo (*Op. ult. cit.* p. 6) afferma come dalla natura sostanziale o processuale della prescrizione non dipenda il problema dei limiti che incontra il giudice penale nella sua possibilità di disapplicare una normativa generale sulla base di un giudizio di adeguatezza. Non sembrerebbe quindi necessario sciogliere il nodo dei rapporti tra art. 25 secondo comma cost. e disciplina della prescrizione per affermare che in ogni caso il giudice non può svolgere questa attività incontrando in ogni caso il limite segnato dall'art. 101 della Costituzione Il rilievo di Lupo è pregevole, in particolare perchè mette sotto i riflettori segnatamente che il problema in Taricco sono le funzioni (ed i limiti) del giudice, prima ancora ed (in una certa misura) indipendentemente dalla specifica riserva stabilita nell'art. 25 secondo comma Cost. Tuttavia riserva di legge penale, limiti del giudice e controlimiti sono tre profili intrecciati, poiché è la riserva di legge stabilita nell'art. 25 secondo comma Costituzione che si afferma essere un controlimite. Nel quadro del discorso che sta a me cuore affrontare in queste pagine resta quindi importante chiarire i rapporti tra disciplina della prescrizione e riserva di legge penale stabilita all'art. 25 secondo comma. Affermare che la prescrizione è coperta dal 25 secondo comma impone infatti di comprendere, se la violazione della riserva di legge penale si traduca automaticamente in una violazione dei controlimiti.

7 Chiarissimo sul punto D. Pulitanò, *Il nodo della prescrizione*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 1 2015, p. 20 s.

8 In questo senso v. le convincenti argomentazioni di V. Maiello, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti* in *Cass. pen.*, n. 2-2016 p. 1258.

9 Celeberrima metafora che trae origine dall'appassionato libro di Sebastian Junger dall'omonimo titolo.

L'ordinanza con cui ha rinviato pregiudizialmente alla Corte di giustizia contiene un passo particolarmente significativo in tale senso. Scrive il giudice di Cuneo al termine del suo atto di accusa della disciplina italiana della prescrizione:

«La Corte di Giustizia gode di una *grandissima opportunità*: quella di attuare una svolta epocale in vista di un'applicazione sempre più efficace del diritto dell'Unione.

D'altro canto, trascurare gli effetti di quel breve comma del codice penale equivarrebbe a trascurare la famigerata piccola crepa che fece crollare la diga gigantesca»¹¹.

La «grandissima opportunità» per il giudice di Cuneo ovviamente è quella di mettere al bando l'odiata norma sulla prescrizione. Non so se anche per la Corte di giustizia sia proprio questa la «grandissima opportunità», però è probabile che sia d'accordo con il Gup di Cuneo sul fatto che questa vicenda sia *una* «grandissima opportunità». Cioè l'occasione per affermare e “portare a casa” qualche cosa che anche lei ha a cuore.

Altrimenti non si capisce perchè la Corte di giustizia (con il determinato contributo dell'Avvocato generale) si sia data così tanto da fare per rendere giustiziabile la questione¹².

b) L'abilità del Giudice di Cuneo da sola non basta quindi, oltre che abile è stato anche fortunato. I parametri invocati dal GUP di Cuneo sono stati prima riformulati dall'Avvocato generale e poi ulteriormente modificati dalla Corte di giustizia, che ha calato quell'autentico asso di briscola costituito dall'art. 325 TFUE. La disposizione a tutela degli interessi finanziari. Ecco la seconda condizione della “tempesta perfetta”.

L'articolo 325 del TFUE è un asso di briscola perchè la storia del diritto penale europeo ci insegna che quando l'Unione europea iscrive una vicenda alla tutela degli interessi finanziari è iperlegittimata, di gran lunga più che in ogni altro settore, a proporre strade nuove.

Quando ho cercato di comprendere il tema della tutela degli interessi finanziari¹³ mi ero chiesto perchè proprio su questo bene giuridico si registri un particolare interventismo¹⁴, si sperimentino le soluzioni più innovative e si assista alla sovrabbondanza e all'elaborazione degli strumenti di tutela più avanzati di cui dispone l'Unione. Ad esempio in tema di interessi finanziari noi abbiamo: 1) la sentenza sul mais greco del 1988 e la nascita del principio di assimilazione; 2) una competenza penale amministrativa diretta con penetranti poteri ispettivi direttamente in capo alla Comunità¹⁵; 3) la prima convenzione di terzo pilastro (c.d. Convenzione PIF¹⁶), in cui, oltretutto, emerge un rovesciamento assiologico,

10 L'evocazione è al libro, a mio avviso fondamentale, di J. Bengoetxea, *The legal reasoning of the European Court of Justice. Towards a European Jurisprudence*, Oxford, 1993

11 Trib. Cuneo ord. 17 gennaio 2014, GUP Boetti in *Diritto penale contemporaneo* con nota di F. Rossi dal Pozzo, *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di giustizia?* p. 28. Corsivo aggiunto.

12 Cfr. C. Amalfitano, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in SIDIBlog, 15 settembre 2015. In questo primo commento a caldo l'autrice segnala infatti come la questione corra su più profili sul filo dell'inaffidabilità. Sul punto v. ora ampiamente D. Vozza, *Prescrizione e gravi frodi IVA: “disapplicare per punire”?* in corso di pubblicazione in Atti del convegno dei giovani dell'AIDP sezione italiana “Ricchezza illecita ed evasione fiscale”, Roma, 20 novembre 2015, Univesità Luiss, p. 10 del dattiloscritto.

13 C. Sotis, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, p. 76 s.

14 Le peculiarità degli interessi finanziari sono richiamate anche da S. Manacorda, *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale* cit., p. 5.

15 Regolamento (CE, Euratom) n° 2988/95 del Consiglio, del 18 dicembre 1995, relativo alla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee e Regolamento (Euratom, CE) n. 2185/96 del Consiglio dell'11 novembre 1996 relativo ai controlli e alle verifiche sul posto effettuati dalla Commissione ai fini della tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee contro le frodi e altre irregolarità.

16 Convenzione stabilita sulla base dell'articolo K3 del Trattato sull'Unione europea, relativa alla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee. Anche in appendice alla legge di autorizzazione alla ratifica n. 300 del 29

secondo cui la corruzione costituisce un reato ostacolo alla frode; 4) il *Corpus juris*¹⁷, cioè il più avanzato strumento che sia stato pensato e che tanto ha fatto discutere in anni non più recenti; 5) da ultimo l'art. 86 del TFUE che prevede espressamente per la sola tutela degli interessi finanziari la possibilità di istituire una Procura europea.

La risposta a questa centralità degli interessi finanziari me l'aveva offerta l'osservazione di quella che mi è sembrata essere un'autentica costante politico-criminale. Segnatamente che il settore su cui qualunque organizzazione è maggiormente legittimata ad intervenire è quello delle aggressioni alla propria esistenza, su cui mette in campo tutte le energie sanzionatorie e repressive di cui dispone. L'assunto su cui si fonda la costante è ovvio: se un'organizzazione è legittimata ad esistere è al contempo legittimata a difendere la propria esistenza.

Ecco il punto. Per l'Unione europea gli interessi finanziari sono vitali. Proteggendo questi essa protegge se stessa. Sono il presupposto della sua esistenza e per una unità funzionale come l'Unione europea per questo i delitti contro gli interessi finanziari prendono il posto nella scala gerarchica che nell'*ancien régime* spetta al regicidio, nelle comunità tradizionali all'attacco esogeno al villaggio, e nel codice penale fascista ai delitti contro la personalità dello Stato. Secondo la gerarchia dell'Unione questi sono un'aggressione gravissima, su cui legittimazione ad intervenire e legittimazione ad esistere si confondono.

Per questo l'art. 325 TFUE è la base giuridica (come usa dire la Corte di giustizia) con cui è possibile fare ciò che sarebbe impensabile fare con altre norme. L'asso di briscola con cui "cogliere opportunità", "attuare svolte", fare "passi avanti".

Queste due condizioni però non bastano, ce ne vuole una terza che ci spieghi perchè la questione è stata riqualficata dalla Corte di giustizia. Detto altrimenti perchè la Corte di giustizia ha voluto "calare l'asso", riqualficarla in quel modo e renderla giustiziabile.

La terza condizione della "tempesta perfetta" è che la vicenda Taricco si incastra perfettamente con un autentico mito fondatore dell'integrazione europea.

Nella logica dei piccoli passi che informa l'integrazione europea sin dalla dichiarazione Shumann ogni passo assume un significato più ampio, che trascende lo specifico *thema decidendum*. Questo si collega¹⁸ a quel mito fondatore dell'integrazione europea, così bene spiegato da Joseph Weiler¹⁹, che analizza questo fenomeno osservando l'evoluzione europea negli anni '60 e '70 del secolo scorso. Weiler segnala come per le Comunità europee tale periodo sia stato, al tempo stesso, contrassegnato da una profonda *stasi politica* e da essenziali *progressi giuridici*.

Dal punto di vista *giuridico* questa fase è nota come il periodo 'eroico' della storia dell'integrazione comunitaria²⁰. In questo periodo sono state emesse le grandi decisioni della Corte di giustizia su cui poggia tutta l'architettura giuridico-istituzionale europea e che fondano la capacità di penetrazione del diritto comunitario, note anche come "processo di costituzionalizzazione dei Trattati"²¹. Il principio di supremazia del diritto comunitario sul

settembre 2000.

17 Per la prima versione v. G. Grasso (a cura di), *Verso uno spazio giudiziario europeo. Corpus Juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Milano, 1997, per la seconda M. Delmas-Marty M. – J.A.E. Vervaele (a cura di), *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les Etats membres*, Anversa – Groningen – Oxford, 2000 e 2001 (4 volumi).

18 Sul legame tra metodo funzionalista dei "piccoli passi" ed il mito fondatore qui evocato non mi dilungo. Volendo, per una spiegazione del legame rinvio al mio C. Sotis, *Il diritto senza codice*, cit., p. 4. s

19 J.H.H. Weiler, *La trasformazione dell'Europa*. Bologna, 2003, p. 63 ss.

20 J.H.H. Weiler, *op. ult. cit.*, p. 72.

21 Sul processo di costituzionalizzazione dei Trattati in una imponente letteratura v. A. Ali, *Il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, Torino, 2005, p. 41 ss., J.H.H. Weiler, *Federalismo e costituzionalismo: il Sonderweg europeo* in J.H.H. Weiler, *La Costituzione dell'Europa cit.*, p. 511 s.

diritto nazionale, il criterio dell'effetto diretto, l'ingresso dei diritti fondamentali in posizione di supremazia e la dottrina dei poteri impliciti vedono tutte la luce tra il 1963 e il 1969, alimentandosi a vicenda²².

Dal punto di vista *politico* lo stesso periodo è etichettato invece come il periodo 'difficile', 'buio' della storia dell'integrazione comunitaria²³. Questa fase è contrassegnata dal Compromesso del Lussemburgo²⁴, stipulato definitivamente il 29 gennaio 1966, con cui ogni Stato membro aveva diritto di veto in ogni proposta legislativa comunitaria e che segnò l'inizio di una stasi politica ("*L'Europe des Etats*" nella definizione di de Gaulle), che si risolse solo venti anni dopo.

Secondo *Joseph Weiler*²⁵ "stasi politica" e "eroismo giudiziario" sono collegati. A fronte di un'obiettiva difficoltà di avanzamento sul piano politico del processo di integrazione, tale processo fu «guidato dagli organi giudiziari, e dunque aveva assunto quella legittimità profonda che deriva dalla mitica imparzialità e autorità quasi sacrale che solitamente si attribuisce alle corti supreme»²⁶. Insomma: si aggrega consenso mediante l'attività giuridica comunitaria, e in seguito il consenso così conquistato legittimerà anche l'attività politica comunitaria, invertendo alla radice il rapporto tra consenso politico e azione giuridica su cui sono modellati gli Stati nazionali (e la legittimazione nell'uso dello *ius puniendi*).

Il punto importante da sottolineare è che anche il diritto penale è coinvolto in questo fenomeno della propulsione giuridica che surroga le difficoltà di avanzamento politico. Come possiamo constatare nel 2005 in cui abbiamo assistito, *proprio in campo penale*, ad una rievocazione del mito fondatore.

Come forse si ricorda, a metà maggio del 2005 sette Paesi avevano ratificato il "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa". Tuttavia, il 29 maggio in Francia e il 1° giugno in Olanda, l'autorizzazione alla ratifica veniva respinta con *referendum* popolare e si bloccava quindi tutta la procedura di avanzamento. Ecco allora che interviene il mito, con l'inversione tra momento tecnico e momento politico: il 16 giugno 2005 la Corte di giustizia – cioè, *due settimane dopo la bocciatura referendaria* – deposita la sentenza *Pupino*²⁷, in cui viene affermato che l'obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario discende anche dalle norme di c.d. "terzo pilastro", con la conseguenza che la distanza in punto di efficacia tra gli atti di diritto comunitario e gli atti di terzo pilastro viene drasticamente ridotta. Poco dopo, il 13 settembre 2005, la Corte di giustizia emette un'altra decisione capitale in campo criminale, la sentenza *Commissione c. Consiglio*²⁸, in cui viene affermato che è possibile prevedere obblighi comunitari di tutela penale, cioè con norme di diritto comunitario in senso stretto, le norme di c.d. "primo pilastro". La prima

22 Si tratta rispettivamente delle sentenze 5 febbraio 1963 causa 26/62 *Van Gend & Loos* (effetto diretto), 15 luglio 1964, causa 6/64 *Costa* (prevalenza e immediata applicabilità); delle sentenze 12 novembre 1969, causa 29/69, *Stauder* e sentenza 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* (diritti fondamentali), sulla dottrina dei poteri impliciti il *leading case*, come abbiamo già visto, è la causa C-22/70 del 31 marzo 1971, *Commissione v. Consiglio delle Comunità europee*, (*affaire AETS*). Queste sentenze sono tra loro strettamente interconnesse: la penetrazione del diritto comunitario negli ordinamenti nazionali infatti ha avuto luogo da una parte attribuendo una particolare efficacia a queste norme, dall'altra subordinando questa efficacia al loro rispetto dei diritti fondamentali.

23 I manuali di storia dell'integrazione *politica* europea descrivono appunto questo periodo in termini di "anni difficili", "periodo di crisi e di blocco": cfr. B. Olivi, *L'Europa difficile. Storia politica dell'integrazione europea, 1948-2000*, Bologna, 2001., p. 87 s. e 133 s.; G. Mammarella, P. Cacace, *Storia e politica dell'Unione europea*, Roma-Bari, 2003., p. 103 ss., 157 ss.; M. Maggiorani, *La sfida dell'Unione. Storia economia e culture dell'Europa unita*, Bologna, 2004 p. 98 ss.

24 Sul compromesso del Lussemburgo v. B. Olivi, *L'Europa difficile*, cit., p. 102 ss.

25 J.H.H. Weiler, *La trasformazione dell'Europa*, cit., p. 65 ss.

26 Così ancora .H.H. Weiler, *op. ult. cit.*, p. 73.

27 Corte di giustizia C-105/03 del 16 giugno 2005, *Pupino*.

28 Corte di giustizia C-176/03 del 13 settembre 2005, *Commissione c. Consiglio*.

fondamentale conseguenza di questa decisione è che, chiedendo agli Stati membri di adottare sanzioni di natura penale, il diritto comunitario avoca a sé il giudizio di meritevolezza e di necessità di pena.

Il dato che risalta è che l'eliminazione della distinzione tra norme di primo e norme di terzo pilastro e l'attribuzione di una competenza comunitaria a svolgere il giudizio di necessità di pena – cioè il succo di queste due decisioni rese dalla Corte di giustizia – erano tra le più qualificanti novità previste in materia penale criminale nel “Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa” – cioè quello che era stato appena bocciato per via politica –. E che poi sono state puntualmente recuperate nel Trattato di Lisbona, oggi in vigore.

Anche la sentenza Taricco sembra ispirata dal mito fondatore dell'eroismo giudiziario che interviene in soccorso di stasi politiche. Dal punto di vista dell'Unione europea la sentenza Taricco in fondo è una decisione che si qualifica perchè approfondisce l'assunto²⁹, affermato la prima volta nel 2011³⁰ e poi nella sentenza *Fransson*³¹, secondo cui la disciplina dell'IVA è materia collegata alle risorse proprie. In altre parole è una decisione che afferma che le discipline fiscali di riscossione dell'IVA sono valutabili con lo strumento di valutazione della tutela delle risorse proprie, cioè l'asso di briscola del 325 TFUE.

E ricordiamo che la politica fiscale è l'attuale frutto proibito (o ultima spiaggia, se si preferisce) dell'Unione europea, che ritiene possa uscire dalla crisi solo perseguendo la c.d. *fiscal union*³², segnatamente aumentando le sue possibilità di porre vincoli alle politiche fiscali nazionali.

A mio avviso quindi la «grandissima opportunità» che la Corte di giustizia ha visto nella vicenda Taricco è di far fare un passo avanti alla *fiscal union* con una sentenza dal significato ben diverso dello specifico *thema decidendum*. Una sentenza importante per il futuro dell'integrazione europea.

Insomma, la vicenda Taricco sembra caratterizzarsi come una sentenza che costituisca una «grandissima opportunità», una vicenda che assume ben altro e più generale significato rispetto allo specifico *thema decidendum*. Una vicenda che sembra un'occasione per cogliere ognuno il suo frutto proibito. Per alcuni abbattere la disciplina sulla prescrizione, Per altri approfondire i margini di valutazione dell'Unione sulle politiche fiscali nazionali.

“Grandissima opportunità”, “ben altro significato”, “occasione”. Segnamocele queste parole. Ci torneranno utili in chiusura.

29 Così il paragrafo 38 della sentenza Taricco: «La Corte ha in proposito sottolineato che, poiché le risorse proprie dell'Unione comprendono in particolare, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della decisione 2007/436, le entrate provenienti dall'applicazione di un'aliquota uniforme agli imponibili IVA armonizzati determinati secondo regole dell'Unione, sussiste quindi un 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 (v. sentenza Åkerberg Fransson, C617/10, EU:C:2013:105, punto 26)»

30 Corte di giustizia, sentenza del 15 novembre 2011, *Commissione/Germania*, C539/09, punto 72

31 Corte di giustizia, sentenza del 26 febbraio 2013 *Fransson*, C617/10 punto 26 (citato nella Taricco pubblicata in *Diritto penale contemporaneo* con nota di D. Vozza, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, 15 aprile 2013.

32 Chiarissimo sul ruolo attribuito all'orizzonte dell'Unione fiscale il c.d. “rapporto dei cinque presidenti” (in particolare il punto 4 del rapporto) “Completing Europe's Economic and Monetary Union *Completing Europe's Economic and Monetary Union*, Report by the President of the European Commission in close collaboration with the President of the Euro Summit, the President of the Euro Group, the President of the European Central Bank and the President of European Parliament, pubblicato a metà giugno 2015 e consultabile (qui il *link* alla versione in italiano) all'URL http://ec.europa.eu/priorities/sites/beta-political/files/5-presidents-report_it.pdf e E. Chiti, *In the Aftermath of the Crisis – The EU Administrative System Between Impediments and Momentum in Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 17, 2015, p. 330.

3. L'adeguatezza.

Torniamo al *thema decidendum* della Taricco. Cioè se la disciplina contenuta nell'art. 161 c.p. sia inadeguata a tutelare le risorse proprie. Il parametro europeo è il vincolo di tutela adeguata delle risorse proprie. L'IVA, come abbiamo appena detto, serve, in parte, a finanziare le risorse proprie e gli strumenti di tutela dell'IVA sono qualificabili e, di conseguenza, valutabili, come strumenti di tutela delle risorse proprie dell'Unione.

Ora, leggendo la già citata ordinanza del GUP di Cuneo³³ si vede come il giudice nazionale pone come *demonstratum* della vicenda, e *non come demonstrandum*, che quelle norme (la disciplina dell'interruzione dei termini di prescrizione) siano inadeguate e che siano proprio esse le responsabili dell'ineffettività del sistema.

In altre parole il giudice nazionale rinvia pregiudizialmente alla Corte di giustizia *avendo già stabilito* *lui* che quelle norme sono inadeguate.

Il punto è essenziale perchè evoca una questione cruciale nel sistema della separazione dei poteri tra giudice, giudice della legge, legislatore nazionale e organismi sovranazionali. Segnatamente: chi deve svolgere questo giudizio di adeguatezza? Quale è la norma su cui imputare le cause dell'ineffettività? Quale è il grado di effettività sufficiente di un impianto sanzionatorio? Chi può e deve dire tutto questo?

Allora, l'enormità della vicenda Taricco si vede bene se la si osserva ricollocandola nella linea di decisioni *in malam partem* su cui è stata chiamata a pronunciarsi la Corte di giustizia³⁴. Debbo poi confessare che per me è una tentazione irresistibile un'operazione del genere avendo per un verso avuto il privilegio di avere riflettuto da subito sulla vicenda che più di tutte ha fomentato il dibattito sulle decisioni comunitarie *in malam partem*, cioè la questione della c.d. legittimità comunitaria del falso in bilancio³⁵, e per altro verso dedicato più di un lustro alla redazione di una monografia in cui ho tentato di offrire una coerenza di sistema a quelle pronunce e di riflettere sulle caratteristiche dello standard di adeguatezza e, di conseguenza, su possibilità e limiti della sua giustiziabilità³⁶.

Perchè se ricollochiamo il punto nella linea, proprio in relazione a chi deve fare il giudizio di adeguatezza, ci si accorge di un'evoluzione, anzi di una rivoluzione, a mio avviso significativa, dal punto di vista culturale, prima ancora che normativa.

Le sentenze della Corte di giustizia *in malam partem* sono fondamentalmente quattro: *Tombesi*³⁷, *Niselli*³⁸, *Berlusconi*³⁹ e *Taricco*.

33 Trib. Cuneo ord. 17 gennaio 2014, GUP Boetti pubbl. in *Diritto penale contemporaneo* con nota di F. Rossi dal Pozzo, cit.

34 Analoga operazione è effettuata da S. Manacorda, *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale* cit., p. 9 s. Questo stesso autore segnala poi (*ibidem* p. 17) acutamente come le sentenze *in malam partem* della Corte di giustizia siano fondamentalmente tutte generate da questioni italiane.

35 Faccio riferimento a quel mio saggio in cui ho ipotizzato la questione su cui si è poi pronunciata la Corte di giustizia, che più per demeriti del legislatore che per meriti miei tanta fortuna ha avuto: C. Sotis, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 171. s.

36 C. Sotis, *Il diritto senza codice*, cit. in particolare p. 136 s. e 315 s.

37 Corte di giustizia sentenza del 25 giugno 1997, *Tombesi* e e altri, C-304/94.

38 Corte di giustizia sentenza dell'11 novembre 2004, *Niselli*, C-457/02.

39 Corte di giustizia (grande sezione), sentenza del 3 maggio 2005 *Berlusconi e altri*, C-387/02.

Tombesi e Niselli sono diverse proprio per quanto riguarda la natura della norma europea interferente e possiamo quindi metterle da parte⁴⁰. Nella sentenza *Berlusconi*⁴¹, che aveva ad oggetto la “legittimità comunitaria” delle nuove norme sul falso in bilancio introdotte con la riforma del 2002, la norma parametro comunitaria non era una regola, ma uno *standard*. Segnatamente l’obbligo per gli Stati membri di prevedere sanzioni *adeguate* alle offese alla veridicità e completezza delle informazioni societarie.

L’adeguatezza, lo stesso *standard* di *Taricco*.

Tuttavia nel caso *Berlusconi* l’inadeguatezza era il *demonstrandum* e non il *demonstratum* di quel rinvio. Il retrospensiero evidente dei giudici remittenti del caso *Berlusconi* era di procedere con un doppio rinvio: prima alla Corte di giustizia e poi, in caso di accoglimento, alla Corte costituzionale.

Insomma, nessuno dei tre giudici remittenti dei procedimenti *riuniti Berlusconi, Adelchi e Dell’Utri* si era minimamente sognato di potere giudicare lui l’adeguatezza. Era fuori dall’orizzonte di senso, del legittimamente pensabile che un singolo giudice ordinario potesse svolgere autonomamente un giudizio di adeguatezza di una norma in via pregiudiziale (come ha invece fatto il GUP di Cuneo) o successivamente ad un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Il grande dubbio di quel caso era se ed in che misura il giudizio di adeguatezza fosse effettuabile dalla Corte di giustizia e se ed in che misura dalla Corte costituzionale. *Tertium non datur*.

In dieci anni esatti invece, dal punto di vista del tempo dell’evoluzione culturale un battito di ciglia, è diventato pensabile, vincente, legittimo, ciò che era, prima ancora che aberrante, addirittura impensabile dieci anni fa. Cioè, giova ripeterlo, che un giudice ordinario giudichi l’adeguatezza di una norma che incide sulla punibilità⁴². Una norma, si badi, oltretutto e al contrario di quella del caso *Berlusconi*, di parte generale, quindi una norma di sistema, in cui è ancora più delicato affermare che sia proprio la norma di sistema la causa dell’inadeguatezza nella tutela di una componente di *un bene giuridico* di una fattispecie.

40 *Tombesi e Niselli* vertono su questioni di diritto penale ambientale relative alla definizione di rifiuti, in discontinuità tra la normativa comunitaria e quella nazionale. Su queste due sentenze la Corte di giustizia affermò la disapplicazione. Queste due sentenze tuttavia, oltre ad altre peculiarità riguardavano l’interferenza tra una *regola* comunitaria e una norma penale nazionale di favore (uso la terminologia in uso tra i costituzionalisti). Per un’analisi approfondita delle differenze con la sentenza *Berlusconi* rinvio al mio C. Sotis, *Il diritto senza codice*, cit. p. 136 s

41 In quella vicenda come noto la Corte di giustizia, in disaccordo con le conclusioni dell’avvocato generale, (Julienne Kokott lo stesso del caso *Taricco* e del caso *Niselli*) concluse, con una sentenza sibillina, per la negativa, negando la diretta applicabilità delle norme comunitarie (e quindi contestualmente negando che potessero, dal suo punto di vista essere direttamente disapplicate le norme nazionali successive e più favorevoli).

In *Taricco* la Corte di giustizia sostiene il contrario (cfr. il par. 49 della sentenza *Taricco* già citato alla nota 1). La ragione su cui la Corte di Giustizia fonda la differenza è ormai ben nota. In entrambi i casi, pur per ragioni differenti non vi è un problema di ragionevole prevedibilità, ma solo in *Taricco* si può affermare la diretta disapplicabilità in *malam partem* perché lo *standard* è contenuto in un atto primario (l’art. 325 TFUE è norma del Trattato) e non in uno secondario (nel caso *Berlusconi* l’obbligo di adeguatezza era contenuto in una direttiva).

42 Un aneddoto. Più di dieci anni fa, assieme a Paolo Giorgi Rossi un epidemiologo (oltre che un amico), stavo lavorando ad un saggio che cercasse di analizzare a quali stringenti condizioni fosse giustiziabile – da parte della Corte costituzionale e della Corte di giustizia - lo *standard* di adeguatezza. Ebbi occasione di parlarne in momenti separati sia con Domenico Pulitanò sia con Carlo Enrico Paliero. I due Maestri oggi coinvolti in questa giornata di studi. All’insaputa uno dell’altro entrambi mi espressero la stessa critica a quel nostro *standard* sulla giustiziabilità dell’adeguatezza. Mi dissero che il nostro approccio era rigoroso, però che il serio rischio per come le proponevamo era che avrebbero avuto l’effetto di dare copertura teorica a pratiche inaccettabili. Avrebbero reso pensabile l’impensabile. E per convincermene mi fecero *tutti e due* l’esempio – iperbolico - della prescrizione, dicendomi più o meno così. “Sì, sì, tutto molto bello ed interessante, ma chi le/te dice che un domani un giudice, dopo che si sia letto queste cose non gli venga in mente di affermare – ad esempio - che la disciplina della *prescrizione* è inadeguata?. Dovete trovare un modo per evitare che questo avvenga, altrimenti questo lavoro finirebbe per ottenere l’effetto opposto a quello che vi proponete”. Quell’articolo è rimasto nel cassetto.

4. Il giudizio di adeguatezza

Il punto lo conosciamo. Sono gli ormai famigerati par. 47 e 49 della sentenza Taricco⁴³, in cui si afferma che qualora il giudice ordinario accerti che in «un numero considerevole di casi» di «frodi gravi» il processo sia destinato a prescrivere allora dovrà direttamente disapplicare, senza attendere che intervenga il legislatore o rinviare alla Corte costituzionale.

Si badi bene che qui è in gioco (addirittura) qualcosa di più delle 'solite' discussioni sull'emersione di un giudizio di legittimità diffuso (questione che si pone in relazione ad esempio alla diretta applicabilità dei principi sanciti dalla Carta di Nizza), perchè qui il parametro non è né una regola, né un principio.

Il parametro è un *canone di razionalità materiale*; è uno *standard*. Per valutare la conformità ad un parametro del genere ad essere totalmente rimessi nelle mani del decisore sono: la *base*, l'*oggetto*, il *metro*, la *misura*, lo *scopo* e il *metodo* del giudizio. In altre parole per svolgere un siffatto giudizio in tema di tutela degli interessi finanziari occorre:

- *scegliere la base*, cioè che l'inadeguatezza dipenda dal soddisfacimento della pretesa punitiva, piuttosto che da quello della pretesa erariale,;
- *scegliere l'oggetto*, cioè che l'inadeguatezza dipenda proprio da quella specifica norma (l'art. 161 c.p.) e non da un'altra (esempio provocatorio: perchè non dall'art. 112 Cost.?) e che sia isolabile il peso specifico che quella norma svolge nel sistema.
- *scegliere la misura*, cioè che l'inadeguatezza derivi proprio da determinati indici (il numero di condanne? E per quali reati? Il numero di denunce? E per quali reati? Il numero di transazioni? E per quali illeciti? Il numero di soldi recuperati? E per quali mancati versamenti?)
- *scegliere il metro*, cioè che l'inadeguatezza derivi da una determinata reazione istituzionale (le condanne penali? le denunce penali? Le archiviazioni? Gli accertamenti tributari? Le composizioni negoziali? Le condanne davanti alle commissioni tributarie? Le amnistie e gli indulti?)
- *scegliere lo scopo* da raggiungere e quindi le priorità (quanti soldi recuperati? quale diminuzione di infrazioni si vuole raggiungere, quanta funzionalità nell'accertamento di altri fatti si è disposti a sacrificare?),

43 Il testo dei due paragrafi è riportato per intero in nota 1.

Non voglio appesantire il discorso quindi ho deciso di mettere da parte i rilievi sul differente giudizio evocato dalla Corte di giustizia nel paragrafo 48 - sul c.d. *tertium comparationis* - e di dedicargli solo qualche accenno in questa nota. Sul punto in dottrina si registra una varietà di accenti e molti tendono a qualificare questo criterio come non problematico. Non sono d'accordo e faccio miei i rilievi di Vittorio Manes che ritengo pienamente condivisibili (V. Manes, *La svolta Taricco e la potenziale "sovversione di sistema"*, cit. p. 9, nt. 35). In dottrina si è sottolineato il carattere non problematico di questo criterio forse perchè sembra evocare un giudizio di razionalità formale, e quindi assai più percorribile di uno di adeguatezza. Vero, però, anche se i problemi che questo tipo di giudizio evoca sono meno macroscopici di quelli fomentati dal giudizio di adeguatezza che dovrebbe effettuare il giudice non si può certo dire che nei termini in cui la Corte di giustizia impone di effettuarlo questo non sia un giudizio così problematico da renderlo impercorribile. Il *tertium* infatti permette di valutare la congruità dispositiva di una norma, comparandola con una norma di riferimento. Se tuttavia la norma da valutare è la ragionevolezza di una regola generale (il regime generale di interruzione della prescrizione) e il *tertium* è una norma eccezionale (il regime particolare di interruzione della prescrizione) lo schema triadico salta. Se il *tertium* è l'eccezione ad una regola irragionevole non si fa che introdurre una nuova eccezione ad un sistema irragionevole, cioè l'antitesi di ciò che lo schema triadico intenderebbe - si badi "a rime obbligate" - raggiungere. Il risultato infatti è che ogni estensione dell'eccezione comporterebbe nuove estensioni dell'eccezione fino al completo svuotamento della regola generale.

- *scegliere il metodo*⁴⁴ di misurazione dell'adeguatezza, che è una misurazione necessariamente indiretta (quali indicatori *proxy* sono quindi ammissibili, quali i *biais* da tenere in conto).

Ora, la Corte di giustizia al par. 47 della sentenza Taricco afferma che lo standard di adeguatezza stabilito nell'art. 325 TFUE è violato qualora « dall'applicazione delle disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione consegue *in un numero considerevole di casi*, l'impunità penale a fronte di *fatti costitutivi di una frode grave*, perché tali fatti risulteranno generalmente prescritti prima che la sanzione penale prevista dalla legge possa essere inflitta con decisione giudiziaria definitiva»⁴⁵.

Va segnalato che varie tra le scelte che occorre effettuare per svolgere il giudizio di adeguatezza le ha effettivamente prese la Corte di giustizia. Ad esempio quelle sulla base («l'impunità»), sull'oggetto, (le «disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione» e i «fatti costitutivi di una frode grave») e sulla misura (il famigerato e sibillino «numero considerevole di casi»). Tutto questo apre un delicatissimo interrogativo, ovvero se la Corte di giustizia possa decidere lei base, oggetto e misura della valutazione di adeguatezza, o se invece questi restino di competenza degli Stati membri (compresa la Corte costituzionale). Come detto, nella logica della Corte di giustizia e del mito fondatore, questa sentenza era proprio l'occasione per affermare questa competenza. Per mia fortuna dare risposta a questo interrogativo è estraneo all'economia di questo lavoro. Non è infatti per me necessario in questa sede comprendere se, e fino a che punto, la Corte di giustizia abbia il dovere ed i poteri in un rinvio pregiudiziale per indicare base⁴⁶, oggetto, metro, misura, scopo e metodo dell'adeguatezza.

Non mi è necessario perché quello che è evidente è che la “concretizzazione” (le virgolette ci vogliono) che la Corte di giustizia effettua dello standard, indipendentemente dalla questione se la possa effettuare, resta del tutto insufficiente per essere indirizzabile al giudice ordinario.

In primo luogo perché la Corte nulla dice su metodo, scopo e metro dell'adeguatezza.

44 Su ognuno di questi punti ci si potrebbe dilungare. Aggiungo sul solo profilo del metodo che l'adeguatezza è uno *standard* e come spiega Michele Taruffo (Id. *La giustificazione delle decisioni basate su standards*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di P. Comanducci, R. Guastini, Torino, 1989, p. 311 s) questi per essere integrati richiedono sempre che si parta dal fatto. Gli standard sono, infatti, criteri normofattuali in cui fatto e diritto sono intrecciati tra loro.

Il penalista lo sa bene. Pensiamo allo standard di *idoneità* dei modelli di organizzazione ex art. 6 del 231 del 2001. Qui tuttavia lo standard è accertabile perché assume la funzione di criterio di ascrizione della responsabilità. La sua natura normofattuale (come per la colpa generica) pone seri e noti problemi, ma non mette in crisi i poteri di cognizione del giudice ordinario poiché dall'accertamento/interpretazione dello standard non dipende la legittimità di una norma, ma pur sempre la responsabilità per un fatto. Un altro standard è la valutazione di incapacità stabilita nell'art. 17 dello statuto della CPI (« (...) a meno che tale Stato non abbia la capacità di svolgerle correttamente o di intentare un procedimento»), anche qui i problemi sono molti e molto studiati, tuttavia qui lo standard è criterio di attribuzione di competenza e la CPI, il procuratore ed i loro poteri, di indagine e di intervento, sono stati immaginati attribuendo loro i poteri necessari a svolgere un siffatto giudizio, che è l'architrova del sistema CPI (cfr. E. Fronza, *Principio di complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno* in E. Amati, V. Caccamo, M. Costi, E. Fronza, A. Vallini, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2006, p. 35 s).

In Taricco invece lo standard di adeguatezza funge da parametro di legittimità. Il giudice ordinario dovrebbe dunque *accertare* (al di là di ogni ragionevole dubbio?) uno standard per effettuare un giudizio di illegittimità/inadeguatezza di una norma. Insomma, al di là di tutte le assurdità già viste si aggiunge anche quella di un giudice ordinario che dovrebbe accertare (e non interpretare) un parametro di legittimità delle norme.

45 Par. 47 Sentenza Taricco, citato testualmente alla nota 1.

46 Riflettere sulla possibilità di decidere sulla base da solo è un quesito da levare il sonno perché evoca il problema di comprendere cosa spetta al diritto penale ed in che misura gli spetta (in questo caso la tutela degli interessi finanziari dipende dall'impunità). Per dirlo evocando le parole utilizzate da Luciano Eusebi nelle sue penetranti osservazioni vuol dire evocare degli obblighi di risultato in materia penale e affermare che dipenda dal penale cfr. L. Eusebi, *Nemmeno la Corte di giustizia cit.*, p. 7.

In secondo luogo perchè indica dei referenti, ma troppo indeterminati. L'impunità che vuol dire? Il numero di condanne? Il numero di pene effettivamente eseguite? Quali cause di non punibilità incidono negativamente sull'impunità e quali positivamente? Le transazioni e le collaborazioni volontarie incidono o no sull'impunità? E le sospensioni condizionali della pena?

«Numero considerevole di casi» è una misura vaghissima, una non-misura. Sappiamo che gli elementi di fattispecie di tipo descrittivo più impreciso sono quelli quantitativi non numerici⁴⁷ (ad esempio “piccolo”, “grande”, “ingente”, “limitato” ecc.). Considerevole non è nemmeno un aggettivo che evoca una quantità indeterminata, ma evoca una *qualità* indeterminata, come “significativo”, “trascurabile”, “apprezzabile”. Però è un elemento qualitativo che vuole fissare una misura (quantitativa). La conseguenza è che questa misura è del tutto rimessa nelle mani dell'interprete, è assolutamente indeterminata e indeterminabile⁴⁸.

E a questo punto delle due l'una⁴⁹: o il giudice ordinario afferma apoditticamente, che, «in un numero considerevole di casi», i processi per i fatti di frode grave si prescrivono in virtù di una “massima di esperienza” e questo è ovviamente inaccettabile⁵⁰, o il giudice ordinario nell'accertare questa misura ed in generale nello svolgere un siffatto giudizio, cioè nel decidere l'inadeguatezza di una norma dovrebbe necessariamente effettuare degli accertamenti in assoluto contrasto con i poteri (ed i doveri) che ha nel nostro sistema⁵¹.

In definitiva ciò che è impensabile è che sia il giudice a svolgere questo giudizio di adeguatezza. Non ha proprio i poteri di svolgere un giudizio del genere. Come ha detto benissimo Ernesto Lupo «non può, per le sue caratteristiche intrinseche, essere accertata dal giudice nazionale, per un *limite inerente alla natura dell'attività giurisdizionale*»⁵².

5. Il «limite inerente alla natura dell'attività giurisdizionale» come controlimite.

Sottoscrivo in pieno questa affermazione di Ernesto Lupo. La sottoscrivo a tal punto che le ho dedicato il titolo di questo lavoro.

Rimarcare i limiti, affermare che una cosa “non si può fare” però lascia sempre un senso di incompiutezza. Il limite, l'impossibilità per loro natura sono argomenti che lasciano l'amaro in bocca e rischiano di fomentare questo retropensiero: “beh, se i nostri giudici sono limitati facciamo in modo che non lo siano più. Leviamoli questi limiti, diamogli la

47 G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 135.

48 E a pensarci bene la Corte di giustizia ha scelto consapevolmente una misura del tutto indeterminata, cioè una “misura che non misura”. Per la banale ma essenziale ragione che non avendo indicato lo scopo non è poi pensabile indicare la misura. In altre parole per potere dare un numero, cioè 5, 30 o 70% di procedimenti conclusi per avvenuta prescrizione come misura dell'inadeguatezza occorre affermare quali sono gli obiettivi che si intendono raggiungere. Altrimenti è impensabile. Per questo la Corte si rifugia dietro una misura di creta molle come è quella “considerevole”.

49 *Tertium non datur*. La soluzione della Corte di appello di Milano (1^a Corte d'appello di Milano, II sez. pen., ord. 18 settembre 2015, Pres. Maiga, Est. Locurto, 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 *Diritto penale contemporaneo*, 21 settembre 2015.) di ritenere che il numero considerevole di casi sia integrato in caso di plurime frodi commesse all'interno di un unico procedimento è una impostazione aberrante con quanto richiede una valutazione di adeguatezza di una norma. In altre parole se l'adeguatezza dipende da quante volte sul totale dei procedimenti in cui si applica interviene una causa di estinzione del reato è del tutto fuori luogo chiedersi se in quel procedimento è intervenuta su uno piuttosto che su cento frodi. Quello che interessa – ovviamente - è il totale dei procedimenti.

50 Similmente F. Viganò, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale* cit., p. 33

51 Mi fa piacere registrare che sono ormai numerosissimi i commenti che si focalizzano su *questo* problema (cfr. per una selezione i contributi in nota 2). In questo convegno v. in particolare l'intervento di S. Bissaro, *Il nodo della prescrizione, problematiche costituzionali alla luce della sentenza Taricco*.

52 E. Lupo, *La primauté del diritto dell'UE* cit., p. 6.

possibilità di farlo, scusiamoli se ci provano, modernizziamoci. Eppoi, in fondo ‘ce lo chiede l’Europa”.

La non possibilità, da sola, non è mai il migliore argomento per convincerci che una cosa non vada fatta.

Allora, pur a rischio di sembrare pedante, voglio richiamare le nobilissime ragioni e le scelte su cui poggia questa impossibilità.

Il giudice penale non può effettuare un accertamento del genere per una precisa opzione costituzionale “a rime obbligate” con la scelta che informa tutta la Costituzione: l’umanesimo ed il divieto di strumentalizzazione della persona. Questa, per così dire, è la clausola essenziale del contratto sociale stipulato dalla nostra Costituzione⁵³. Questa visione costituzionale comporta sul piano della giustizia penale che il monopolio nell’esercizio della violenza è legittimo a condizione che il protagonista del processo penale sia - e resti - l’imputato, come la Corte costituzionale ha ripetuto a più riprese⁵⁴.

Antonio Vallini lo ha acutamente segnalato in suo recente intervento in tema⁵⁵: qui ad essere in gioco è il personalismo del diritto penale. Quel divieto assoluto che la persona umana divenga strumento in un processo penale per rincorrere altri fini: “grandissime occasioni”, “opportunità” “ben altri significati”. Sia al GUP di Cuneo sia alla Corte di Giustizia non sembra importare un granché del signor Taricco. Non è lui la cattiva coscienza del giudice. Per il primo il vero imputato è l’art. 161 del codice penale, per il secondo la politica fiscale nazionale; per entrambi questo processo un’occasione per processare questi altri imputati.

Ivo Taricco, Ezio Filippi, Isabella Leonetti, Nicola Spagnolo, Davide Salvoni, Flavio Spaccavento, Goran Anakiev, cioè gli imputati “veri”, - le *persone* - non sono più il fine di questo processo penale, sono il mezzo. Questo travisamento di fini è proprio ciò che la Costituzione ha voluto bandire ed è per questo che i giudici non possono fare i processi alle norme e quindi non ne hanno i poteri. La ragione, evidente è che *se alla sbarra ci finiscono le norme, gli imputati, cioè le persone umane, vengono messi da parte e da scopo divengono strumento*. Esito inaccettabile per la nostra Costituzione che costruisce un sistema di giustizia penale e di Stato ponendo al centro la persona umana e la sua dignità. Tutto il sistema è informato a questo principio. Pensiamo solo al giudizio di costituzionalità, anche qui non si può perdere il filo con il personalismo, come impone il requisito della rilevanza della questione come condizione di ammissibilità.

Allora, tirando le fila, io per quanto già detto, sono convinto che la disciplina della prescrizione abbia natura sostanziale, anche la disciplina dell’interruzione e della sospensione del tempo necessario a prescrivere. Quindi questa disciplina incontra tutte le garanzie poste dal principio di legalità sancito nell’art. 25 secondo comma della Costituzione.

Tuttavia, se sono convintissimo di questo, ho però più di un dubbio che la violazione di questa componente della legalità comporti l’attivazione di un controlimite. Ricordo che i controlimiti sono definiti dalla Corte costituzionale come « i diritti inalienabili della persona umana ed i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale». E la legalità in quanto principio è qualcosa di *graduabile* ed è quindi ben possibile affermare che *vi sono*

53 Per i riferimenti e la ricostruzione del dibattito in assemblea costituente volendo v. C. Sotis, *Raison pratique et énantiosémie de la dignité humaine. La réalité du principe en Italie* in B. Feuillet-Leger, (a cura di), *La réalité du principe de la dignité humaine*, Bruxelles, 2016 in corso di stampa.

54 Si pensi ad esempio alla storica sentenza della Corte costituzionale 364 del 1988: «direttive contenute nel sistema costituzionale vale ricordare non solo che tal sistema pone al vertice della scala dei valori la persona umana (che non può, dunque, neppure a fini di prevenzione generale, essere strumentalizzata)» (così par. 8 del *Considerato in diritto*). Una sentenza – ironia della sorte - che fa chiarezza su uno dei punti chiave della vicenda Taricco, ovvero i rapporti tra legalità e colpevolezza proprio in punto di ragionevole prevedibilità in cui è affermato

55 A. Vallini, *La portata della sentenza della Corte di giustizia “Taricco”* in corso di pubblicazione su *Criminalia*, 2015, p. 8 del dattiloscritto.

violazioni più e meno gravi della legalità. Ad esempio è più grave condannare qualcuno quando il termine di prescrizione è già maturato rispetto a condannare allungando un termine di prescrizione ancora non decorso, ed in linea generale è più grave quando alla violazione della legalità nella sua componente di riserva di legge si aggiunge la violazione della legalità come garanzia di ragionevole prevedibilità. Dubito quindi che la violazione di *questa* componente della legalità (la disciplina dell'interruzione della prescrizione in casi in cui non sia ancora maturata) comporti l'attivazione di un controlimite.

Di una cosa però sono certo. Pretendere che un giudice penale accerti/interpreti in un giudizio penale uno standard che assurge a parametro di legittimità di una norma, fissato nel numero considerevole di casi, con contestuale disapplicazione di una disciplina riservata alla legge e con effetto espansivo sulla punibilità non è qualcosa che stride "solo" con l'art. 25 secondo comma. E' qualcosa che contrasta frontalmente con (e vado per difetto) gli artt. 1, 2, 3, 13, 25, 27, 101, 134 della Costituzione. Cioè con una trama di principi fondamentali chiamati a garantire la scelta essenziale della nostra Costituzione: porre al centro la persona umana e quindi fare in modo che essa non possa mai essere strumentalizzata in un giudizio penale. Stride con il nucleo duro del volto costituzionale del diritto penale: il personalismo.

Qui insomma non è questione di capire se questa sentenza impatti con *un* principio costituzionale qualificabile come *un* diritto inalienabile della persona umana oppure come *un* principio fondamentale del nostro ordinamento. Qui è la centralità della persona umana ed il riconoscimento costituzionale dei suoi diritti inalienabili, principio fondamentale che informa tutti gli altri principi fondamentali della nostra Costituzione ad essere in discussione.

E se non è un controlimite il personalismo non so proprio cosa possa esserlo.

6. Chiusa. Legge e Giudice.

Due parole di chiusura sul tema dell'incontro. La legge ed il giudice. Ormai siamo abituati a leggere il sintagma in senso disgiuntivo invece che congiuntivo. Legge e giudice come "legge *versus* giudice", non come "legge più giudice". L'abitudine deriva dalle obiettive trasformazioni di ruoli. Tuttavia il mio timore è che questa rappresentazione dei due duellanti stia finendo per mettere da parte quella che dovrebbe essere un'ovvietà. Ovvero che, storicamente, ideologicamente e funzionalmente essi sono i due addendi della stessa operazione: "legalità uguale legge più giudice"

La legalità nasce con l'idea dell'*habeas corpus*, e poi con la modernità giuridica, a quell'idea si *aggiunge* (si badi: si aggiunge, non si sostituisce) quella della riserva di legge. La nostra Costituzione anche in questo è magistrale e scolpisce questa sinergia tra legge e giudice con tre colpi. Prima l'art. 13, posto in apertura dei rapporti civili e poi l'art. 25, i cui commi primo e secondo saldano assieme le due fondamentali garanzie penalistiche: quella del giudice nel primo comma e quella della riserva di legge/irretroattività nel secondo comma.

Last but not least che legge e giudice debbano evocare una sinergia, cioè che senza la legge penale il giudice penale perde potere e la legge penale, senza il giudice penale, non va da nessuna parte lo esprime benissimo l'art. 101 secondo comma della Costituzione, in cui la parola a mio avviso più importante è proprio l'avverbio che li congiunge: «I giudici sono soggetti *soltanto* alla legge»

Qualche esempio concreto di quanto sto dicendo.

1) Il c.d. “rapport Questiaux” del 1982⁵⁶, ovvero uno studio condotto su iniziativa delle Nazioni Unite che offre una sintomatologia della trasformazione di uno Stato liberale in uno totalitario segnala come questa avvenga con una *escalation* che di solito comporta *prima* una marginalizzazione del vincolo alla legge e *poi* la marginalizzazione del vincolo all’autorità giudiziaria⁵⁷. Prima si assiste a trasferimenti di competenze dal potere legislativo all’esecutivo (*de facto o de iure*) e poi dal giudiziario a commissioni speciali e/o ad uno svuotamento dall’interno del potere giudiziario (mediante meccanismi che incidono sul potere di nomina, trasferimento e carriera dei magistrati).

2) Tutti conosciamo la vicenda della legge tedesca sull’abbattimento degli aerei dichiarata costituzionalmente illegittima dal *Bundesverfassungsgericht* nel 2006. Quasi nessuno sa, come invece acutamente segnalato da Domenico Siciliano⁵⁸, che la stessa disciplina è tuttora vigente in Italia. Non lo sa quasi nessuno perché da noi è prevista in un d.p.c.m. del 2004 secretato per motivi di sicurezza nazionale, sottratto al controllo di costituzionalità e che è venuto a conoscenza solo nel 2007, dopo una lunga serie di interrogazioni parlamentari e un cambio di governo.

3) Se si volge poi lo sguardo al diritto dell’economia ci si rende conto che in questo campo si assiste al parallelo fenomeno della fuga *sia* dalla legge, *sia* dal giudice. Il segno caratteristico della gestione dell’economia globale, costituito dalla dissociazione tra potere e responsabilità⁵⁹, trova nella sostituzione della legge con atti atipici, ma di fatto vincolanti (comunicati stampa, lettere di istruzioni, linee guida, norme tecniche, *best practices*, assegnazione di *rating*) una sua tipica espressione. Questa fuga dalla legge oltre a sottrarre alla legge campi suoi propri ha l’effetto di sottrarre gli atti ed i processi decisionale extralegislativi al controllo dell’attività giurisdizionale⁶⁰.

Torniamo quindi a ribadire l’ovvietà che se la legge fa la legge ed il giudice fa il giudice entrambi si rinforzano a vicenda.

** Professore associato di diritto penale presso l’Università della Toscana

56 *Study of the implications for human rights of recent developments concerning situations known as states of siege or emergency*. United Nations. Economic and Social Council. Commission on Human Rights, 27 luglio 1982, E/CN.4/Sub.2/1982/15, in particolare par. 146 -170.

57 Il “Rapport Questiaux” è ripreso e sviluppato, proprio in questa prospettiva della doppia marginalizzazione, prima alla legge e poi al giudice da M. Delmas Marty *Les grands systemes de politique criminelle*, Paris, 1992, p. 200 s.

58 D. Siciliano, *Dall’eccezione dell’ordine all’ordine dell’eccezione. Governance globale nello spazio giuridicamente vuoto* in *Le regole dell’eccezione*, M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis, 2011, Macerata, p. 245 s.a cui rinvio per la documentata ed appassionante esposizione in parallelo in Italia ed in Germania (oltre che in Spagna).

59 Su cui v. oggi l’importante studio a cura di A. Supiot e M. Delmas-Marty, *Prendre la responsabilité au serieux*, Paris, 2015.

60 V. Oltre al volume citato alla nota precedente v. in particolare i contributi di F. Costamagna, *Social Rights in Crisis: The Role of Courts*, e R. Calvano, *Crisi e riforme: rappresentazione vs rappresentanza* in M. Meccarelli, P. Palchetti, *Perceptions of (in)security and forms of legal protection in times of crisis. Letture della crisi: diritto, filosofia, teatro* – Macerata, 10/11 dicembre 2015 in corso di pubblicazione.