

IL GIUDICE AL TEMPO DELLO SCONTRO TRA PARADIGMI*

di Massimo Vogliotti

Abstract. *Le ricorrenti epifanie del termine “crisi” nella riflessione giuridica contemporanea (e in quella penalistica in modo particolare) possono essere intese come il segno del progressivo tramonto del «paradigma giuridico moderno» e della conseguente apertura di una nuova fase della scienza giuridica che, seguendo il modello delle rivoluzioni scientifiche di Thomas Kuhn, possiamo chiamare «scienza straordinaria». In questa fase, due strategie si fronteggiano all’interno della comunità scientifica. La prima, di gran lunga maggioritaria, reagisce alle sempre più numerose anomalie del vecchio paradigma con i tradizionali strumenti concettuali e con la «mitologia» giuridica che continua, nonostante tutto, ad alimentarlo. Per conciliare la mappa teorica con la realtà che la smentisce vengono formulate delle «ipotesi ad hoc» che rendono il paradigma sempre più complicato e incapace di fornire un utile modello di problemi e di soluzioni. A questa strategia se ne affianca un’altra – all’inizio decisamente minoritaria – che, alla luce di nuove premesse teoriche e di diversi immaginari giuridici, comincia a formulare ipotesi teoriche alternative dalle quali emergerà poi un nuovo paradigma scientifico.*

Già da qualche lustro, sulla scena penalistica si fronteggiano analoghe strategie (l’Autore ricorda un recente esempio d’ipotesi ad hoc, la sentenza 49/2015 della Corte costituzionale sulla confisca urbanistica) che rischiano ora (con l’ormai celeberrimo caso Taricco) di provocare un primo, formale, scontro – che l’Autore considera inopportuno – tra vecchio e nuovo paradigma, di cui le due Corte europee sono i principali artefici.

SOMMARIO: 1. Tempo (fecondo) di «scienza straordinaria». – 2. Le dicotomie della modernità e il loro superamento. – 3. Rottura epistemologica moderna e recupero della natura pratica del sapere giuridico. – 4. Il protagonismo della giurisdizione e il ruolo delle Corti europee per la formazione di un nuovo paradigma. – 5. Anomalie del paradigma moderno e reazioni della comunità scientifica. – 6. Un esempio di «ipotesi ad hoc» (la sentenza 49/2015 della Corte Costituzionale)... – 7. ...e il rischio di uno scontro tra paradigmi: il caso Taricco. – 8. Per una valorizzazione del principio di effettività: il monito delle Corti europee.

* Il presente contributo, ampliato e corredato da note, riproduce la relazione svolta dall’A. al convegno su *Legge Giudice Economia*, svoltosi presso l’Università di Padova il 30 ottobre 2015. Si ringrazia il Prof. Riccardo Borsari, organizzatore del convegno, per avere consentito ad anticiparne la pubblicazione in questa Rivista.

1. Tempo (fecondo) di «scienza straordinaria».

Questa mattina, il giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Taranto, Martino Rosati, ha ben riassunto nel titolo del suo intervento, «il giudice al tempo della crisi», l'attuale condizione spirituale in cui versa la giurisdizione, sulle cui spalle si scaricano, oltre alle vecchie supplenze causate dalle carenze della politica e dell'amministrazione, nuovi compiti e nuove responsabilità dovuti a molteplici fattori, tutti legati alla crescente complessità della nostra società "liquida"¹, che, non riuscendo più a trovare dentro di sé il collante di cui ha bisogno, cerca nel diritto, e soprattutto nella giurisdizione, il cemento per costruire relazioni e soluzioni ai problemi della vita individuale e sociale che la politica ha sempre più difficoltà a tessere e a elaborare, indebolita dalla crisi dei partiti e della rappresentanza e condizionata com'è dalla pervasività della sfera economica e finanziaria che, negli ultimi anni, ha finito per colonizzare tutte le sfere dell'agire. Dopo esser riuscita a imporre la sua logica mercantile e contrattuale agli Stati, citati a giudizio per inadempimento davanti ad arbitri internazionali – responsabili di aver adempiuto a doveri dettati da logiche non coincidenti con il «finanzcapitalismo»² globale – si spinge ora a rivendicare un ruolo sempre più incisivo nell'attività dei giudici di dire il diritto³. A queste supplenze e responsabilità si deve aggiungere, poi, un altro compito particolarmente gravoso e delicato che le corti sono oggi chiamate a svolgere e che spetterebbe più propriamente alla politica e alla scienza giuridica: costruire il nuovo ordine giuridico e riconfigurare

¹ Z. BAUMAN, *Modernità liquida* (2000), Roma-Bari, Laterza, 2002.

² L. Gallino, *Finanzcapitalismo*, Torino, Einaudi, 2011.

³ In questa prospettiva si possono leggere le parole del presidente di Confindustria, Giorgio Squinzi, il quale, sollecitato dalle vicende Ilva e Fincantieri, mette in luce il «rischio che alcuni interventi giudiziari appaiano come un ostacolo all'attività d'impresa o l'espressione di un pregiudizio nei confronti dell'imprenditore». Per far sì che «questo messaggio non si depositi nell'immaginario collettivo» sarebbe necessario condividere, secondo Squinzi, alcuni presupposti di fondo, di cui «il primo è la necessità di bilanciare gli interessi, nelle scelte legislative anzitutto ma anche nelle decisioni giudiziarie quando possibile, riconoscendo la giusta considerazione alle esigenze della libera iniziativa economica». Una via per raggiungere questo obiettivo passerebbe per il miglioramento della «sensibilità economica dei giudici», puntando «su formazione e specializzazione» (G. SQUINZI, *Impatto economico trascurato. Servono giudici specializzati*, in *Il Corriere della sera*, 17 luglio 2015). Due giorni dopo, Donatella Stasio, rilevando come quelle ed altre vicende avessero fatto «riesplodere il conflitto tra diritto ed economia, giudici e imprese», chiede a Raffaele Cantone se, di fronte a diritti fondamentali come la salute «i giudici possono chiudere un occhio in funzione di ragioni economiche». La risposta del giudice è un perentorio «assolutamente no», aggiungendo di non scorgere «affatto il contestato attivismo anti-impresa» dei giudici. In presenza «di una criminalità ambientale in alcuni contesti tanto diffusa», si chiede, «dove sono tutti questi impianti chiusi? I dati numerici potrebbero persino far pensare a una scarsa attenzione per i reati a tutela di salute e territorio». Più che di «protagonismo e pregiudizio anti-industriale» delle procure, si tratta di carenze da parte della politica, dell'amministrazione e delle imprese. «Tutti rivendicano una forte autonomia della politica», conclude il presidente dell'anticorruzione, «ma poi scaricano sulla magistratura molte delle scelte. Se ne esce, secondo me, con una maggiore autorevolezza e credibilità della pubblica amministrazione e della politica. E un ruolo importante deve svolgerlo anche l'imprenditoria. Se oggi rischiamo di perdere una delle più grandi acciaierie d'Europa è perché non ci sono state scelte chiare in passato e non perché i giudici hanno fatto emergere un bubbone» (*Raffaele Cantone: «Il giudice non è un entomologo, interpreti la realtà»*, in *Il Sole 24 ore*, 19 luglio 2015).

istituti categorie principi alla luce delle profonde trasformazioni dell'esperienza giuridica e delle nuove acquisizioni teoriche.

Che oggi, per il giudice e per l'intero diritto (specie penale), sia il tempo della crisi lo testimonia con evidenza la frequenza con cui la parola ricorre nei titoli degli altri contributi di questo nostro convegno. Certo, il tema della crisi è tutt'altro che nuovo nella letteratura giuridica. Esso ha percorso un po' tutto il Novecento, dalla prolusione pisana del 1909 di Santi Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*⁴, ai saggi di Sabino Cassese, raccolti nel 2002 sotto il titolo *La crisi dello Stato*⁵. Con una prima, significativa, accentuazione dei toni dopo le tragedie dei totalitarismi e della guerra, quando il tema della crisi non fu più confinato entro ambiti specifici (lo Stato, il codice, la legge), ma investì il diritto nella sua interezza. È quanto avvenne in questa città nella primavera del 1951, allorché la Facoltà giuridica dell'Università che ci ospita dedicò un importante ciclo di conferenze proprio al tema della "Crisi del diritto"⁶.

Se il discorso sulla crisi non è dunque nuovo, è però innegabile che in questi ultimi tempi esso si è fatto più insistente e ha assunto toni drammatici, quasi apocalittici. Nel 2008, il filosofo Pietro Rossi ha raccolto nella Sala dei Mappamondi dell'Accademia delle Scienze di Torino un gruppo d'importanti giuristi ad interrogarsi addirittura sulla "Fine del diritto"⁷.

Quella domanda inquietante faceva eco all'annuncio, formulato qualche anno prima da Natalino Irti, del nichilismo come «il destino del diritto nel nostro tempo»⁸. Perduta la solidità e la pesantezza che gli venivano da narrazioni forti che lo legavano a Dio, alla Natura, alla Ragione, alla Tradizione, alla Nazione e gli conferivano una specifica identità e ieraticità, il diritto si sarebbe dissolto, totalmente assorbito nelle sfere della politica e dell'economia, cioè del potere e del mercato. «Liberata da condizioni e presupposti», la legislazione «si è venuta a poco a poco risolvendo nella nuda artificialità del produrre», assolutamente casuale⁹. «Tutto ciò che garantiva unità e verità nel diritto, è ormai tramontato [...] Ora non restano che incessante produzione e consumo di norme»¹⁰, le quali, prosegue Irti, «sono venute nell'esclusivo e totale dominio della volontà umana». «Al pari di qualsiasi bene di mercato, sono "prodotte": vengono dal nulla e possono essere ricacciate nel nulla. La forza che le "produce", ossia le chiama innanzi o le rifiuta, le costruisce o le distrugge, è soltanto il volere degli uomini»¹¹ e tutto si risolve quindi «nelle differenze delle volontà, nel loro conflitto, nel loro vincere o perdere»¹².

⁴ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1910), in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 5-26.

⁵ S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

⁶ *La crisi del diritto*, Padova, Cedam, 1953.

⁷ P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, Il Mulino, 2009.

⁸ N. IRTI, *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, p. 1161.

⁹ N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. VII.

¹⁰ Ivi, p. 132.

¹¹ N. IRTI, *Nichilismo e metodo giuridico*, cit., p. 1161.

¹² N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 148.

Come valutare queste diagnosi nichilistiche, in cui persino il linguaggio con il quale sono formulate – produzione, consumo, bene di mercato, dominio, vincere o perdere – rivela l’abdicazione del diritto in favore del lessico e della logica propri dell’economia e di una politica ridotta a mero esercizio del potere? È davvero il diritto prossimo alla fine, senza una qualità, un fondamento, un metodo, un sapere che gli siano propri?

Come suggerisce lo stesso Pietro Rossi nella presentazione dell’incontro torinese, ad essere in crisi o prossimo alla fine «non è – né può essere – [...] il diritto quale dimensione ontica d’una società»¹³, ma è *un certo modo* di concepire il diritto e il sapere giuridico – quello che si è affermato con la modernità – che, dall’alba del secolo scorso, è entrato in crisi e ora, dopo più di un secolo, sta tramontando. Utilizzando il lessico di Thomas Kuhn, potremmo dire che stiamo vivendo in un periodo di «scienza straordinaria», caratterizzato dalla crisi del vecchio paradigma scientifico, reso evidente dalle sempre più numerose «anomalie» che esso produce, e dall’emergere di un nuovo paradigma il cui profilo identitario sta progressivamente delineandosi nella prassi degli attori e nelle elaborazioni della scienza¹⁴. E tuttavia, il passaggio dal vecchio al nuovo, che richiede un vero e proprio «riorientamento gestaltico» da parte di giuristi che si sono formati all’interno della cornice teorica e mitologica moderna¹⁵, non può che suscitare resistenze e, in taluni casi, vere e proprie ostilità.

In questa fase di transizione, che richiede una grande capacità di discernimento e di immaginazione, agli esponenti più accorti della giurisprudenza teorica e pratica spetta il compito di traghettare, senza incidenti, la comunità giuridica da una sponda all’altra del fiume della storia, impedendo che il *tempo della crisi* (del paradigma moderno) si trasformi in *tempo dello scontro* (tra paradigmi), che alcuni recenti segnali sembrano annunciare.

2. Le dicotomie della modernità e il loro superamento.

Nell’attuale periodo di scienza straordinaria assistiamo, innanzitutto, al tramonto del paesaggio dicotomico della modernità.

A venir meno è, innanzitutto, la dicotomia tra *diritto e non diritto* con la quale il giurista moderno si illudeva di poter tracciare un confine netto intorno al diritto e al

¹³ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 276.

¹⁴ T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1970), II ed. integrata con il *Poscritto 1969*, Torino, Einaudi, 1999. Con il termine *paradigma* Kuhn indica «conquiste scientifiche universalmente riconosciute, le quali, per un certo periodo, forniscono un modello di problemi e soluzioni accettabili a coloro che praticano un certo campo di ricerca» (p. 10). Nel *Poscritto 1969*, aggiunto alla seconda edizione del libro, Kuhn chiarisce che il termine “paradigma” viene usato nel saggio in due sensi differenti. Da un lato, «esso rappresenta l’intera costellazione di credenze, valori, tecniche, e così via, condivise dai membri di una data comunità». Dall’altro, «esso denota una sorta di elemento di quella costellazione, le concrete soluzioni-di-rompicapo che, usate come modelli o come esempi, possono sostituire regole esplicite come base per la soluzione dei rimanenti rompicapo della scienza normale» (p. 212).

¹⁵ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001.

sapere giuridico. Quell'*actio finium regundorum* è all'origine dei dogmi dell'autonomia del diritto dalle altre sfere dell'esperienza umana e dell'avalutatività della scienza giuridica, il cui compito, nella fase positivista della modernità, viene svilito a mera conoscenza del diritto *che è*, allo stesso modo in cui l'ufficio del giudice viene limitato all'applicazione oggettiva e acritica della legge (*dura lex sed lex*). Queste rigide confinazioni ontologiche ed epistemologiche – che oggi, come si è visto, sembrano cedere il passo a scenari capovolti, fatti di territori confusi in cui l'identità del diritto e del sapere giuridico si dissolve in quelle dell'economia, della tecnoscienza e della politica – hanno ispirato un modello di insegnamento del diritto mortificante, ripiegato all'interno dei confini statali e sezionato in anguste e impermeabili partizioni disciplinari, scollegandolo dagli altri ambiti del sapere e dal mondo della prassi, con il risultato di impedire sia un'autentica formazione culturale del giurista, il cui orizzonte era fondamentalemente segnato – e purtroppo, in gran parte, è ancora – dall'apprendimento del "sistema" normativo vigente, sia una proficua formazione professionalizzante, che richiederebbe un serio addestramento all'analisi di casi giurisprudenziali, alle tecniche argomentative, alla corretta espressione in forma scritta e orale, ricorrendo a metodi interattivi, alla simulazione di processi, al contatto fisico con fascicoli processuali e atti negoziali, all'intervento di pratici del diritto che operano in ambiti lavorativi diversi, a visite guidate in alcuni luoghi significativi in cui si pratica il diritto e si scontano le sue sanzioni, alla palestra delle cliniche legali che mettono il giurista *in spem* a contatto diretto con casi reali¹⁶.

L'altra grande dicotomia, forgiata dal giusnaturalismo moderno ed ereditata dal positivismo ottocentesco, è quella tra *fatto e diritto*, dicotomia che, da un lato, è all'origine della separazione tra legalità ed equità, tra legalità ed effettività, tra *law in the books* e *law in action*, con la conseguente sopravvalutazione idealistica dell'architettura formale del diritto a discapito della sua vita reale, e, dall'altro lato, fonda il modello sillogistico del ragionamento giuridico – con la netta separazione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* – ed è alla radice della separazione tra interpretazione in astratto e applicazione in concreto¹⁷ e della competenza della Corte di cassazione.

L'ultima, fondamentale, dicotomia che occorre qui ricordare è quella tra *essere e dover essere*, all'origine della separazione tra legalità e legittimità e tra discorso *de iure condito* (sul diritto che è, l'unico discorso autenticamente scientifico) e discorso *de iure condendo* (quello sul diritto che si vorrebbe che fosse, discorso inquinato da giudizi di

¹⁶ Sottolinea bene questi due inconvenienti del modello formativo che si è imposto con la modernità positivista Ch. JAMIN, *La cuisine du droit. L'École de Droit de Sciences Po: une expérimentation française*, Paris, Lextenso, 2012 (in cui si propone un modello alternativo, sperimentato all'École de Droit di Sciences Po). Sull'opportunità, in particolare, di aprire la formazione del giurista ad altri saperi, ci permettiamo di rinviare a M. VOGLIOTTI, *Pour une formation juridique interdisciplinaire*, in S. FARHI e J.J. SUEUR (a cura di), *Le rôle de la pratique dans l'enseignement du droit. L'épreuve du réel*, Paris, Lextenso, 2016, pp. 279-305.

¹⁷ Tale separazione è messa bene a fuoco da H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), II ed., Torino, Einaudi, 1966, pp. 381-390, ed è ancora presente in una parte importante della letteratura giusfilosofica italiana.

valore e quindi radicalmente soggettivo, ridotto a mera «politica del diritto»¹⁸. Per effetto di questa dicotomia, il diritto perde il suo legame tradizionale con la giustizia (il suo dover essere) e viene ridotto alla sola dimensione potestativa (il diritto posto dal legislatore onnipotente, che dà voce, con le sue leggi, al nuovo tipo di potere, il potere sovrano). In tal modo, il diritto viene sganciato, per la prima volta nella storia, dalla sua seconda dimensione, legata alla società e al suo *ethos* (ciò che determina il prosciugamento di quelle che erano le sue fonti protagonistiche nell'universo medievale: la consuetudine e la giurisprudenza, teorica e pratica)¹⁹ e viene completamente assorbito dal potere politico. Si apre così la lunga parentesi dell'«assolutismo giuridico»²⁰, che viene inaugurata dalla rivoluzione francese e si chiuderà soltanto dopo la tragedia dei totalitarismi, con le Costituzioni rigide del secondo dopoguerra.

3. Rottura epistemologica moderna e recupero della natura pratica del sapere giuridico.

Queste dicotomie sono la conseguenza della *rottura epistemologica* moderna, con la quale si è sradicato il diritto dal terreno delle scienze pratiche e lo si è trapiantato – contravvenendo al bimillenario insegnamento di Aristotele secondo cui non si può chiedere a un matematico di essere persuasivo e a un retore delle dimostrazioni – nel terreno delle scienze teoretiche, il cui oggetto è qualcosa di completamente indipendente dal soggetto (le cose della natura) e il cui fine è la verità, intesa come perfetta corrispondenza della mente alla cosa (*adaequatio mentis ad rem*). L'adozione del metodo veritativo, descrittivo e oggettivante delle scienze teoretiche (proprio della matematica e delle scienze della natura) determina un mutamento dell'ontologia

¹⁸ Con l'enunciazione della dicotomia scienza del diritto/politica si apre la *Dottrina pura del diritto* di Kelsen (cap. I, par. 1: *La «purezza»*). Mentre quest'ultima sarebbe priva di finalità conoscitive, in quanto pervasa da giudizi di valore (per Kelsen irrimediabilmente soggettivi), la prima consentirebbe la conoscenza oggettiva dei dati normativi analogamente a quanto avviene per le scienze della natura (il metodo è quello aristotelico delle scienze teoretiche). Infatti, secondo Kelsen, «sebbene la scienza del diritto abbia per oggetto norme giuridiche e, quindi, i valori giuridici che si fondano su di esse, tuttavia le sue proposizioni giuridiche – così come le leggi naturali per le scienze naturali – *descrivono* il proprio oggetto prescindendo da qualunque valore» (ivi, p. 98). Nella penalistica italiana di inizio Novecento, la distinzione è tematizzata chiaramente da Arturo Rocco nella celebre prolusione sassarese del 15 gennaio 1910. Si legga, ad esempio, il seguente passo: «Si deve tener distinta l'indagine propriamente e strettamente giuridica da quella filosofica e politica, se si vuol evitare una illecita e pericolosa intrusione ed inframmettenza di elementi filosofici e politici nella logica limpidezza della ricerca giuridica; e non si deve dimenticare che altro è diritto, altro è filosofia, altro è politica: sì che il giurista penalista, che a queste due ultime indagini si cimenti, proceda con la piena coscienza di ciò che va rintracciando e sappia e faccia sapere che, in quel momento, egli fa getto della toga del giurista, per vestire l'abito, sia pure altrettanto severo, del filosofo e del cultore di scienza politica» (A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, estratto dalla *Rivista di diritto e procedura penale*, 1910, p. 24).

¹⁹ Sulla doppia dimensione del diritto, v. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008 e M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto (Annali VI)*, Milano, Giuffrè, 2013, 371-435.

²⁰ P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

giuridica: il diritto viene ridotto a un insieme di cose, di sostanze (razionali, normative, empiriche o linguistiche, a seconda delle varie declinazioni della modernità), che sono prodotte da un autore eminente (il legislatore), descritte e sistematizzate dalla scienza e applicate passivamente dal giudice al termine di un processo concepito come «servo muto»²¹, mera cinghia di trasmissione che trasporta le sostanze normative a contatto dei fatti²².

Prima di allora, come accennato, era pacifico che il diritto appartenesse alle scienze pratiche il cui oggetto è l'azione (*praxis*), l'agire dell'uomo, e il fine è l'azione buona, giusta (*eupraxia*). Essendo l'azione un concetto non sostanziale ma *relazionale*, ne discende che il diritto non può essere ridotto a "cosa" (norma astratta, per il normativismo, o decisione, per il realismo), ma vive nella tensione, nella relazione appunto, con gli altri ambiti della cultura di una società, tra soggetto e oggetto (e quindi tra interprete e testo), tra fatto e diritto (e quindi tra testo e contesto), tra essere e dover essere (e quindi tra le *due dimensioni* del diritto, *auctoritas* e *ratio*).

Non a caso, il sapere proprio del giurista è un sapere *interpretativo*²³ che reca nel suo stesso etimo il significato della *mediazione*, del mettere in relazione entità (testo e contesto, fatto e diritto, essere e dover essere) che non sussistono autonomamente, ma si costituiscono reciprocamente in una relazione ricorsiva che l'ermeneutica giuridica – la cui filiazione dalla tradizione aristotelica della filosofia pratica è esplicitamente rivendicata da Gadamer in un paragrafo di *Verità e metodo*²⁴ – ha sintetizzato con la celebre immagine del circolo ermeneutico. Per i giuristi medievali, la funzione dell'interpretazione era la riduzione *de iniquo ad aequum*, ossia fare in modo che il diritto positivo (l'*auctoritas* dei testi) fosse sempre conforme alla giustizia (la *ratio*, intesa in senso premoderno come ragione valutante che si interroga sui fini dell'azione, sapendo che la causa finale dell'agire giuridico è l'*aequitas*).

Con la fine dell'assolutismo giuridico moderno, per effetto del recupero della seconda dimensione del diritto (incarnata nelle Costituzioni e, poi, nelle Carte europee dei diritti) e della riabilitazione della filosofia pratica a partire dalla fine degli anni Cinquanta in Germania²⁵, la funzione dell'interpretazione – che era stata ridotta a mera scoperta di oggetti semantici precostituiti – è tornata a essere la riduzione *de iniquo ad aequum*: cos'altro è, in fondo, l'interpretazione *conforme* alla Costituzione – rivendicata con fermezza dalla magistratura associata nel congresso di Gardone del 1965 – se non

²¹ Così, T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Indice penale*, 1999, p. 529.

²² Sulla concezione strumentale del processo, v. M. NOBILI, *La procedura penale tra "dommatica" e sociologia: significato politico d'una vecchia polemica*, in *Questione criminale*, 1977, pp. 63-65.

²³ È con il giusnaturalismo moderno che il giurista cessa di essere un interprete e diventa uno «scopritore» delle «regole universali della condotta attraverso lo studio della natura dell'uomo, non diversamente da quello che fa lo scienziato della natura» (N. BOBBIO, *Il modello giusnaturalistico*, in N. BOBBIO e M. BOVERO, *Società e Stato nella filosofia politica moderna*, Milano, Il Saggiatore, 1984, p. 26).

²⁴ H.G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), Milano, Bompiani, 1983, pp. 363-376.

²⁵ Su questa duplice vicenda, che segna, a nostro avviso, l'oltrepassamento della modernità giuridica, v. M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 169 ss.

questa *progettazione* di un significato che possa essere accettato come “giusto” dai *partners ragionevoli* del giudice cui la sentenza è rivolta?²⁶.

4. Il protagonismo della giurisdizione e il ruolo delle Corti europee per la formazione di un nuovo paradigma.

L'attuale fase di «scienza straordinaria», caratterizzata dalla centralità del momento giurisdizionale del diritto (e, in particolare, dal protagonismo delle corti supreme, statali ed europee), rivela non sorprendenti tratti di somiglianza con un'altra fase della storia del diritto – l'antico regime – anch'essa segnata dal progressivo declino del vecchio paradigma (quello medievale) e dall'incubazione di un nuovo paradigma che giungerà a piena maturazione con il terremoto della rivoluzione francese e la stagione delle grandi codificazioni ottocentesche. Allora come oggi, «l'eroe culturale»²⁷ era rappresentato dai «Grandi Tribunali», le grandi corti medievali (Parlamenti, Senati...) che erano state riformate dai sovrani a partire dalla seconda metà del 1500 e che, malgrado le resistenze del potere politico, continuavano a svolgere la loro funzione tradizionale di custodi delle leggi fondamentali del regno (espressione della “seconda dimensione” del diritto). Queste corti, dialogando tra loro²⁸, anche grazie ai rapporti di «consorzio o sodalizio» che accomunavano, all'interno e oltre i confini dello Stato di appartenenza, «giuristi forensi di alto livello»²⁹ – garantivano la sopravvivenza

²⁶ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972), Napoli, Esi, 1983, pp. 18-20.

²⁷ G. GORLA e F. ROSELLI, *Per la storia del potere dei giudici in Italia fra il secolo XVI e i secoli XIX-XX fino alla cessazione dello Statuto Albertino: alcune tracce*, in *Il Foro italiano*, 1986, V, c. 99.

²⁸ Sul dialogo tra i Grandi Tribunali che, malgrado la formazione degli ordinamenti statali, si sentivano ancora parte di un più ampio diritto comune, v. G. GORLA, *Il ricorso alla legge di un «luogo vicino» nell'ambito del diritto comune europeo*, in *Il Foro italiano*, 1973, V, c. 89 ss. Tale dialogo si sviluppava tramite la citazione della *lex alii loci*, quando «nella *lex loci* e nel diritto comune non si trova[va] “*decisus*” il caso *sub iudice*, o in genere controverso» (c. 89), e tramite la citazione delle decisioni di Grandi Tribunali di altri Stati che, una volta recepite e diventate *consuetudo iudicandi* dei tribunali statali, perdevano il loro valore di autorità “probabili” (persuasive) per assumere il valore di *leges*, cioè di autorità “necessarie”, vincolanti. Gorla osserva che «se su una data questione o *casus* si era formata una *communis opinio* o una *magis communis opinio* o *interpretatio* dei tribunali degli altri Stati, quelli di uno Stato cercavano di stare in coro con tale *opinio*, specialmente se *magis communis*». Donde l'annotazione secondo cui il fatto che in uno Stato si desse tanto valore all'*interpretatio* dei tribunali di altri Stati «significava che ciascuno Stato non si sentiva geloso della propria sovranità» (c. 95). Non a caso il declino di tale pratica coincise con il tramonto di quel senso di appartenenza ad un'unica cultura giuridica che contraddistingueva l'età del diritto comune. Come nota ancora Gorla, «con la fine del secolo XVIII, o i primi del XIX, sembra chiudersi il processo storico del ricorso alla *lex alii loci*» (c. 104).

²⁹ G. GORLA e F. ROSELLI, *Per la storia del potere dei giudici*, cit., c. 97, in cui si osserva che la rottura di quei consorzi tra forensi di alto livello, avvenuta nel corso dell'Ottocento con la chiusura statualistica degli ordinamenti, «può considerarsi come una delle cause di decadenza del potere dei giudici». Non è un caso, allora, che in questi ultimi anni caratterizzati dall'espansione del potere giudiziario, si assista a un ritorno di questi “consorzi” che facilitano il dialogo, tramite la conoscenza delle varie esperienze giurisprudenziali e la «socializzazione reciproca di giudici di diversi paesi e tradizioni». Questo *network* è il risultato di una pratica informale «sempre più ricorrente di consultazioni per via elettronica e di incontri diretti, in

di un diritto comune europeo e, nel contempo, contribuivano in modo rilevante all'opera di costruzione del nuovo ordine statale, fornendo risposte adeguate alle esigenze del nuovo soggetto politico e assicurando uniformità e prevedibilità del diritto attraverso la formazione di una «consuetudo iudicandi», cioè di una giurisprudenza coerente che si imponeva, per la sua autorità e il suo prestigio, alle corti inferiori³⁰.

Oggi, in un contesto segnato dalla gestazione di un nuovo paradigma e dalle resistenze del vecchio, i giudici, oltre a svolgere i già accennati compiti di adeguamento del diritto positivo alla «nuova *aequitas*», rappresentata dalla Costituzione nazionale e dalle Carte europee dei diritti, e di costruzione del nuovo ordine giuridico, tramite la predisposizione di canali comunicativi e di coordinamento tra spazi giuridici diversi (locali, statali, europei e globali)³¹, svolgono altre due fondamentali funzioni.

La prima consiste nel far dialogare tra loro i diversi ambiti dell'agire umano (etica, religione, politica, economia, tecnica...), con l'intento di dar vita, nella concretezza dei contesti applicativi, a un giusto equilibrio tra interessi e valori differenti, evitando che una sfera dell'agire soverchi le altre e che taluni interessi e valori siano eccessivamente sacrificati. Come osserva Nello Rossi in una bella intervista che prende spunto dalla tormentata vicenda dell'Ilva di Taranto – posta, con altre, sotto la lente di questo convegno – compito del giudice è quello di «dar vita all'equilibrio migliore possibile nella situazione data». Questo obiettivo diventa particolarmente difficile quando «le scelte riguardano il rapporto tra istanze dell'economia e diritti fondamentali della persona, come il diritto alla salute o a un ambiente salubre. Ma è qui che si misurano il ruolo fondamentale e la ragion pratica di una magistratura che spesso deve intervenire su situazioni incancrenite da inerzie di altri poteri». Aggiungendosi che, se è «indiscutibile che la tutela della salute sia in cima ai valori della Costituzione e della nostra società», è anche vero che questa «indubbia priorità non può rendere “sospetta” ogni forma di “ragionevolezza” che consenta di individuare i tempi e i modi migliori per risanare l'ambiente produttivo e naturale, e non esclude un impegno strenuo del magistrato nella ricerca di soluzioni che non

occasione di seminari, dibattiti e convegni vari», ma anche «di numerose organizzazioni transnazionali di giudici, corti e circuiti giudiziari» (M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 123-124), di cui è un importante esempio la *Venice Commission* un'organizzazione transgiudiziaria che, attraverso la propria postazione web, si propone di far circolare rapidamente le più importanti decisioni di rilievo costituzionale e di facilitare in tal modo «the exchange of information and ideas among old and new democracies in the field of judge-made law», precisandosi che tale scambio non va inteso solo a beneficio delle Corti costituzionali dei paesi dell'Europa dell'est e centrale, ma anche a beneficio del «case-law of the existing courts in Western Europe and North America» (la citazione, tratta dal sito web “Codices”, si deve a A.M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton University Press, 2004, pp. 72-73).

³⁰ Su ruolo dei Grandi Tribunali durante l'antico regime, v. G. GORLA, *Unificazione “legislativa” e unificazione “giurisprudenziale”. L'esperienza del diritto comune* (1977), in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 651 ss. e, più di recente, I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 85 ss.

³¹ V., in merito, S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009.

lacerino irrimediabilmente il tessuto economico e produttivo del paese». Ogni magistrato, conclude Nello Rossi, «è quotidianamente alle prese con scelte ardue, talora “scelte tragiche”, tra interessi diversi tutti meritevoli di considerazione e di tutela. In ciò sta la grandezza e l’insostituibilità del nostro lavoro in una società esigente, che ha bisogno di un giudice colto, dotato non solo di tecnica giuridica ma anche di cognizioni specialistiche e di un forte senso della realtà, per essere capace di manovrare una logica non astratta ma “a trama storica”, qual è quella giuridica»³².

Come già accennato, nell’attuale fase di ristrutturazione della giuridicità, in gran parte dovuta ai processi di europeizzazione e di globalizzazione del diritto, i giudici – spinti dalle pressioni dei fatti e da quelle dinamiche giuridiche – sono sempre di più chiamati a riconfigurare, *case by case*, istituti e principi del vecchio paradigma e a forgiare categorie teoriche, criteri e parametri nuovi, assolvendo un compito che spetterebbe più propriamente alla scienza, ancora in gran parte condizionata dagli schemi concettuali e dalla mitologia del paradigma moderno³³.

Un ruolo fondamentale in questo senso lo hanno avuto le due Corti europee e, in particolare, la Corte di Strasburgo, la cui cultura giuridica – risultato del quotidiano confronto tra le tradizioni di *civil law* e di *common law* (che non ha mai reciso il legame con la tradizione aristotelica della filosofia pratica) – si è finalmente imposta, dopo le sentenze gemelle della Corte costituzionale (n. 348 e 349 del 2007), all’attenzione dell’intera comunità penalistica italiana, rappresentando la più fattiva fucina del nuovo paradigma. Con la sua particolare attenzione per la *sostanza* valoriale delle questioni giuridiche³⁴, per l’*effettività* della tutela dei diritti, per il *law in action* (e quindi per i contesti applicativi), la Corte europea è l’organo giudiziario che con maggiore coerenza e consequenzialità applica le categorie teoriche della ragion pratica, sostituendo il valore della certezza (tipico delle scienze teoretiche) con quello della *ragionevole prevedibilità* (proprio delle scienze pratiche), adottando un approccio *olistico* (su tutti, il concetto dai contorni sfocati del «giusto processo») in luogo di un’analisi atomistica del diritto, ispirandosi a una logica gradualistica o *floue* al posto di una logica monotonica³⁵ e individuando il confine (sfocato) dell’incriminazione attraverso la categoria ermeneutica (teleologicamente orientata) del *tipo* (la «sostanza dell’incriminazione», nel lessico di Strasburgo), con la quale la Corte, insieme con il criterio della «ragionevole prevedibilità» delle conseguenze penali dell’azione, sostituisce la categoria moderna –

³² Nello Rossi: «Obbligati a sporcarci le mani con la realtà», intervista di Donatella Stasio, in *Il Sole 24 ore*, 21 luglio 2015.

³³ V., sul punto, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 199 e F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell’attuale momento storico*, di prossima pubblicazione in *Ars interpretandi*, 2016, che osserva come, con riguardo alle categorie di parte generale, «mentre prima il creazionismo interpretativo era appannaggio forse prevalentemente della dottrina venendo poi recepito dalla giurisprudenza, oggi sembra quasi avvenire il contrario».

³⁴ È il caso, ad esempio, delle categorie della «materia penale», della «sostanza dell’incriminazione» e della stessa nozione di «legge».

³⁵ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit: du Code pénal aux droits de l’homme*, Paris, Puf, 1986.

figlia di una concezione puramente semantico-sintattica del linguaggio – della tassatività della fattispecie.

5. Anomalie del paradigma moderno e reazioni della comunità scientifica.

Il nuovo sguardo teorico che ci viene dall'Europa mette in luce varie *anomalie* del vecchio paradigma, quali la giurisprudenza fonte, la retroattività occulta dei mutamenti giurisprudenziali, i contrasti sincronici di giurisprudenza e gli obblighi giurisdizionali di tutela penale che sanciscono la fine dell'ultimo potere arbitrario del vecchio legislatore onnipotente, l'«arbitrio del non punire»³⁶: per taluni diritti fondamentali, il legislatore non può sottrarsi all'obbligo di apprestare la tutela più incisiva prevista dall'ordinamento (il processo e le sanzioni penali), non potendo limitarsi a formulare minacce *in the books*, ma dovendo garantire una *tutela effettiva* dei diritti delle vittime³⁷.

Come osserva Thomas Kuhn a proposito delle rivoluzioni scientifiche, quando un paradigma mostra i primi segni della crisi la comunità scientifica non mette subito in discussione il paradigma, ma reagisce formulando delle «ipotesi *ad hoc*», degli aggiustamenti puntuali della cornice teorica con cui si cerca di risolvere pragmaticamente le anomalie. Con il passare del tempo, le anomalie diventano sempre più numerose e costringono gli scienziati a reagire con ulteriori rimaneggiamenti della teoria che rendono sempre più complicato e inverosimile il paradigma, incoraggiando una minoranza di scienziati – normalmente più giovani perché meno condizionati dai vecchi schemi concettuali³⁸ – a elaborare nuove mappe teoriche capaci di risolvere quelle anomalie. Questo periodo, caratterizzato da grande fervore teorico, segna la fine della «scienza normale» e l'inizio della «scienza straordinaria», in cui si fronteggiano vecchie e nuove ipotesi teoriche da cui emergerà progressivamente un nuovo

³⁶ F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, Jovene, 2011, p. 2645 ss.

³⁷ Nell'intento di assicurare una tutela effettiva dei diritti, la Corte pone a carico dello Stato il dovere di svolgere, nei casi di violazione di determinati diritti fondamentali (in particolare il diritto alla vita e quello a non essere sottoposti a tortura) «a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible, including effective access for the complainant to the investigatory procedure» (Sent. 2 novembre 2004, Abdülşamet Yaman c. Turchia, par. 53). A tal fine, la Corte ha elaborato un'autonoma categoria di *obblighi procedurali* che comprendono il carattere ex officio del procedimento, la sua trasparenza, diligenza e celerità, l'indipendenza effettiva («pratica») delle autorità incaricate delle indagini e la possibilità di partecipazione attiva della vittima all'intera procedura. Sulla questione la Corte è ritornata recentemente con la sentenza della Grande Chambre, 12 novembre 2013, *Söderman c. Sueda*.

³⁸ Kuhn sottolinea come coloro che riescono ad inventare un nuovo paradigma «sono quasi sempre o molto giovani oppure nuovi arrivati nel campo governato dal paradigma che essi modificano. Forse non c'era bisogno di rendere così esplicito questo punto; è ovvio, infatti, che sono quelli gli uomini i quali, proprio perché sono solo scarsamente condizionati dalle regole tradizionali della scienza normale [...] hanno maggiore probabilità di vedere che quelle regole non servono più a definire problemi risolvibili e di concepire un altro insieme di regole che possano sostituirle» (T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, cit., p. 117).

paradigma che riuscirà ad ottenere il consenso della comunità scientifica, inaugurando così una nuova fase di scienza normale³⁹.

Una tale lettura delle dinamiche delle rivoluzioni scientifiche e delle strategie adottate dai suoi attori si presta a illuminare anche la scena giuridica. Di fronte alle anomalie messe in luce dalla Corte di Strasburgo (e da quella di Lussemburgo), le cui linee giurisprudenziali sono espressione, come si è visto, di un paradigma diverso da quello a cui è stata educata la penalistica italiana, è naturale che quest'ultima cerchi, in un primo momento, di difendere il vecchio paradigma sia recependo – volente o nolente – i nuovi input tramite aggiustamenti *ad hoc* del paradigma, sia adottando, in relazione alle sfide più delicate, una posizione di chiusura al nuovo, trincerandosi dietro i principi e le categorie teoriche del paradigma ancora dominante.

6. Un esempio di «ipotesi ad hoc» (la sentenza 49/2015 della Corte Costituzionale)...

Un esempio recente d'ipotesi *ad hoc* è dato dalla sentenza 49/2015 della Corte costituzionale. La questione di legittimità scaturiva da una scomoda sentenza della Corte europea (*Varvara c. Italia*, 29 ottobre 2013), con cui si stabiliva che la confisca urbanistica (alla quale una precedente decisione – *Sud Fondi srl c. Italia*, 20 gennaio 2009 – aveva attribuito la natura di sanzione penale, malgrado l'etichetta formale di sanzione amministrativa applicata dal legislatore nazionale) non potesse essere applicata a seguito di un giudizio in cui la responsabilità dell'imputato «n'a pas été consignée dans un jugement de condamnation» (§ 72). Nel caso esaminato dai giudici di Strasburgo, la confisca era stata disposta in seguito a una declaratoria di estinzione del reato per intervenuta prescrizione.

Dopo la sentenza *Sud Fondi*, la giurisprudenza, avallata dalla Corte costituzionale (sent. 239/2009), aveva cercato di porre una pezza allo strappo causato dalla Corte europea, sostenendo che la confisca, malgrado la sua riconduzione alla categoria (antiformalistica) di «materia penale», potesse essere disposta con una sentenza di proscioglimento per estinzione del reato, a patto che in essa si accertasse incidentalmente la responsabilità soggettiva dell'autore (e dei terzi colpiti dalla misura). È evidente la ragione di politica del diritto che aveva spinto la giurisprudenza a questo aggiustamento *ad hoc*: «a fronte dei ristretti termini di prescrizione che accompagnano illeciti contravvenzionali come quelli in gioco (l'art. 44, comma 1, d.p.r. n. 380 del 2001), l'unico presidio resta affidato alla misura ablativa, che deve essere dunque sottratta alla gora della prescrizione; se anche questa fosse travolta dal meccanismo estintivo, ne risulterebbe intollerabilmente pregiudicata – sull'altare di

³⁹ La fase della “scienza normale”, che si apre al termine della rivoluzione scientifica, si occupa della «ripulitura» del nuovo paradigma, ossia si impegna «all'articolazione di quei fenomeni e di quelle teorie che sono già fornite» da esso. Una tale attività si presenta «come un tentativo di forzare la natura entro le caselle prefabbricate e relativamente rigide fornite dal paradigma». Compito della scienza normale non è, infatti, quello di scoprire nuovi generi di fenomeni; «anzi, spesso sfuggono completamente quelli che non si potrebbero adattare all'incasellamento» (Ivi, p. 44).

una “iperprotezione del diritto di proprietà” – la tutela di beni/interessi di primissimo piano (e rango costituzionale) quali quelli sottesi alla tutela dell’ambiente, del paesaggio, dell’ordinato assetto del territorio, etc. in uno con il più generale “diritto a sviluppare la personalità in un ambiente salubre”»⁴⁰.

Questa linea interpretativa – riassumibile nella formula «nessuna pena europea senza colpevolezza»⁴¹ – viene però messa in discussione dalla citata sentenza *Varvara* le cui parole sembrano chiaramente escludere che si possa applicare una pena – qual è la confisca urbanistica secondo la Corte europea – in presenza di una sentenza di proscioglimento per prescrizione: «il existe un principe en droit national selon lequel l’on ne peut pas punir un accusé en l’absence de condamnation. En particulier, lorsque l’infraction s’éteint pour cause de prescription, l’on ne peut pas infliger une peine» (§ 60).

Malgrado la linearità e la coerenza di questo ragionamento – che muove da profili paradigmatici diversi da quelli nazionali: una concezione “sostanziale”, non formale di pena, per impedire la “truffa delle etichette” – la Corte costituzionale, sempre spinta da comprensibili ragioni di politica del diritto, continua a seguire la strategia delle ipotesi *ad hoc*, sostenendo che la Corte europea, quando afferma la necessità di una condanna per disporre la confisca, non alluderebbe a una condanna in senso *formale* («la forma del pronunciamento del giudice»), ma alla *sostanza* dell’«accertamento della responsabilità» (§ 6.2), che ben può risultare da una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione. È evidente l’ipocrisia – seppur benintenzionata – di questo ragionamento che, se portato alle sue logiche e paradossali conseguenze, porterebbe ad ammettere la possibilità di irrogare una qualsivoglia pena in presenza di un accertamento incidentale di responsabilità non contenuto in una formale sentenza di condanna. La confisca è pena – per la Corte europea e, dopo *Sud Fondi*, anche per l’ordinamento italiano – allo stesso modo in cui è pena la sanzione detentiva: entrambe richiedono una sentenza formale di condanna per essere irrogate. All’ipocrisia si aggiunge la beffa di un’argomentazione che si serve del *favor* europeo per la “sostanza” delle questioni – *favor* dettato dall’esigenza garantistica di conferire piena *effettività* alla tutela dei diritti, scansando formalismi e tartufismi giuridici che possano vanificarla – per allestire un ragionamento che, oltre ad inserire un aggiustamento *ad hoc* che incrina la linearità del sistema (ammettendosi, nella sola ipotesi della confisca urbanistica, la possibilità di punire senza condanna), incide sui diritti della persona prosciolta.

⁴⁰ Così V. MANES, [La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione d’innocenza](#), in *questa Rivista*, 13 aprile 2015, p. 5, aggiungendosi che «in ciò, la giurisprudenza non ha mai fatto velo su una funzione di supplenza rispetto all’inerzia delle amministrazioni locali nell’esecuzione degli ordini di demolizione».

⁴¹ V. VALENTINI, [La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva?](#), in *questa Rivista*, 20 giugno 2016, p. 31.

7. ... e il rischio di uno scontro tra paradigmi: il caso Taricco.

A questi risultati, come si è già accennato, si è giunti per effetto di una grave anomalia del nostro sistema penale: la disciplina dell'istituto della prescrizione che, impedendo a un numero considerevole di casi di giungere a una decisione finale nel merito, condanna all'ineffettività la tutela dei diritti e d'importanti beni giuridici⁴², rischiando ora di determinare, per la prima volta nell'Unione europea, uno *scontro frontale* tra il diritto europeo e il diritto nazionale. Ciò che è in gioco, infatti, con l'ormai celeberrimo caso *Taricco*, all'origine di una relevantissima questione di legittimità costituzionale ancora *sub iudice*, non è più soltanto l'introduzione *ad hoc* di una disarmonia all'interno del sistema per turare una falla causata dall'anomalia della disciplina nostrana della prescrizione (com'è accaduto con la sentenza 49/2015 della Corte costituzionale), ma la chiusura (o l'apertura) della nostra comunità scientifica a un diverso schema concettuale, il quale, essendo il sapere giuridico un sapere pratico, teleologicamente orientato, è anche il risultato di precise prese di posizione valoriali⁴³.

Com'è noto, la sentenza *Taricco* della Corte di giustizia ha imposto l'obbligo per il giudice italiano di disapplicare gli articoli 160 e 161 c.p. (che disciplinano gli effetti dell'interruzione della prescrizione del reato), allorché tali disposizioni impediscano «di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea» ovvero nell'ipotesi in cui la normativa nazionale, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato italiano, «preveda termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea»⁴⁴. Di qui, in estrema sintesi, la principale questione di legittimità posta alla Corte costituzionale: nella misura in cui dalla disapplicazione di quei due articoli discendono «effetti sfavorevoli per l'imputato, per il prolungamento del termine di prescrizione»⁴⁵, l'obbligo posto dalla Corte di giustizia può dirsi rispettoso del principio di legalità in materia penale al

⁴² Anomalia che, com'è noto, è stata di recente censurata dalla Corte europea che ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 della Convenzione, nel suo «volet matériel» e «procédural», in relazione ai fatti che si sono verificati alla scuola Diaz di Genova: Corte EDU, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, in cui la Corte ricorda che «en matière de tortures ou de mauvais traitements infligés par des agents de l'Etat, l'action pénale ne devrait pas s'éteindre par l'effet de la prescription, de même que l'amnistie et la grâce ne devraient pas être tolérées dans ce domaine. Au demeurant, l'application de la prescription devrait être compatible avec les exigences de la Convention. Il est dès lors difficile d'accepter des délais de prescriptions inflexibles ne souffrant aucune exception» (par. 208).

⁴³ A meno che la Corte costituzionale preferisca evitare di prendere posizione e rinviare la decisione in attesa di un (concordato?) intervento del legislatore volto ad introdurre, per la specifica fattispecie di reato coinvolta nel caso *Taricco*, un'ipotesi (*ad hoc*) di deroga al regime ordinario dell'interruzione della prescrizione. E tuttavia, decidendo di intraprendere (una volta ancora...) la via delle «ipotesi *ad hoc*», la Corte perderebbe una buona occasione, da un lato, per indurre il legislatore ad attuare una riforma complessiva della prescrizione nella direzione indicata dalla Corte di Giustizia (l'effettività della tutela penale) e, dall'altro lato, per compiere un passo significativo verso il paradigma giuridico europeo (sul punto v. *infra*).

⁴⁴ Corte di giustizia UE [GC], sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco e altri*.

⁴⁵ Corte d'Appello di Milano, II sez. pen., ord. 18 settembre 2015.

quale la nostra Corte costituzionale – diversamente dalle due Corti europee e dalla maggior parte degli Stati membri – riconduce da sempre la totalità dell’istituto della prescrizione? In caso di risposta positiva, la Corte, facendo per la prima volta ricorso alla dottrina dei «controlimiti», dovrebbe dichiarare l’incostituzionalità *in parte qua* della legge di esecuzione del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea, come modificato dall’art. 2 del Trattato di Lisbona.

È evidente il costo di questa soluzione che sbarra le porte all’ingresso del diritto europeo (e della cultura giuridica che lo alimenta). In questo caso, azionare i controlimiti significa, per l’Europa, violare il principio di leale collaborazione in relazione ad una materia molto sensibile per gli interessi dell’Unione⁴⁶, e a tale risultato si giungerebbe, questo è il punto, combattendo una «battaglia per una cattiva causa»⁴⁷, difficilmente comprensibile e, molto probabilmente, inaccettabile nella diversa ottica europea: salvare una disciplina come quella attuale della prescrizione – cui verrebbe conferito il blasone di istituto facente parte dell’identità costituzionale italiana – che «è sotto il fuoco incrociato delle principali organizzazioni internazionali, le quali lo additano come una delle cause dell’ineffettività della repressione penale di fenomeni criminosi gravissimi, che frenano lo sviluppo economico del paese, come la corruzione e l’evasione fiscale»⁴⁸. Sul versante italiano, poi, questa strategia di chiusura produrrebbe un ulteriore effetto negativo, quello di «blindare sotto il profilo costituzionale l’attuale disciplina della prescrizione, sancendone l’assoluta impermeabilità a qualsiasi modifica in via giurisprudenziale»⁴⁹, non solo di matrice nazionale, ma ora anche europea. In tal modo, l’unico *dominus* nella materia continuerebbe a restare il legislatore nazionale che, ostaggio d’interessi confliggenti, ha finora mostrato di non essere in grado di intervenire con una seria e risolutiva riforma.

8. Per una valorizzazione del principio di effettività: il monito delle Corti europee.

Complice di questo immobilismo è anche una cultura giuridica che, ancora fortemente condizionata dalla moderna frattura tra fatto e diritto, ha tradizionalmente trascurato il *principio di effettività*, che è invece uno dei pilastri su cui si regge il paradigma europeo⁵⁰. Ciò che appartiene alla scienza giuridica, nella nostra, diversa,

⁴⁶ Come osserva C. SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in *Forumcostituzionale.it*, 5 ottobre 2016, p. 4, «per l’Unione europea gli interessi finanziari sono vitali. Proteggendo questi essa protegge se stessa. Sono il presupposto della sua esistenza [...] Secondo la gerarchia dell’Unione questi sono un’aggressione gravissima, su cui legittimazione ad intervenire e legittimazione ad esistere si confondono».

⁴⁷ F. VIGANÒ, [Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco](#), in *questa Rivista*, 9 maggio 2016, p. 26.

⁴⁸ Ivi, pp. 7-8.

⁴⁹ Ivi, p. 7.

⁵⁰ In una voce enciclopedica specificamente dedicata al tema, il teorico del diritto Giacomo Gavazzi si chiedeva, retoricamente, «perché il concetto di effettività compaia in queste sedi [la filosofia e la teoria generale del diritto] e non in altre (come, per esempio, il diritto costituzionale, quello amministrativo, quello civile, e, meno che mai, quello penale)»: G. GAVAZZI, *Effettività (principio di)*, in *Enciclopedia Giuridica*

prospettiva paradigmatica, è il giudizio sulla validità formale, *in the books*, del diritto; la sua traduzione nei fatti è irrilevante e appartiene, semmai, a un'altra scienza, la *sociologia del diritto*, a lungo ostracizzata dalle Facoltà di Giurisprudenza e ancora oggi fondamentalmente estranea al modo di pensare – e alla tavola assiologica – del giurista. Se le grida del legislatore restano sulla carta perché la disciplina della prescrizione impedisce – sistematicamente, per taluni reati – che si traducano *in action*, ciò può suscitare disappunto in un'ottica di politica del diritto (*può*, perché non sono pochi quelli a cui non dispiace affatto una macchina processuale che gira a vuoto), ma non è affare che competa alla giurisprudenza teorica e pratica (ecco di nuovo all'opera la moderna dicotomia tra *scienza del diritto* e *politica del diritto*). Ci pensi il legislatore, se crede, ad intervenire; "legislatore" (*nazionale*, ma anche *europeo*) che, beninteso, resta pur sempre il soggetto meglio attrezzato ad intervenire in una materia suscettibile di essere disciplinata in diversi modi.

La levata di scudi con cui la sentenza *Taricco* è stata accolta dalla quasi totalità dei commentatori⁵¹ dipende in gran parte dal fatto che quella nostra cultura giuridica – figlia del paradigma moderno – si è qui scontrata con un paradigma, quello europeo, che, muovendo da diverse premesse teoriche, considera l'*effettività* un valore fondamentale alla cui tutela tutti gli operatori giuridici sono chiamati a concorrere e della cui sorte la scienza deve avere massima cura. Condizione necessaria perché la Corte costituzionale rifiuti di seguire la via dei controlimiti e imbocchi la strada dell'apertura alle ragioni dell'Europa è il riconoscimento della piena cittadinanza e dell'importanza del principio di effettività nel giudizio di costituzionalità, sviluppando il cenno, «originale e innovativo»⁵², che è stato fatto nella sentenza 236/2011 al

Treccani, XII, Roma, 1989, p. 1. Con la citazione di queste parole si apre un ampio saggio di C.E PALIERO su *Il principio di effettività del diritto penale* (in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, p. 430-544), in cui l'Autore nota come, «nel suo complesso, il problema non è ancora (o non ancora adeguatamente) tematizzato, sia dalla letteratura italiana che da quella d'oltralpe, dopo l'ormai remota configurazione lisztiana», concludendo che, a sua scienza, non si rinviene, a quella data, «neppure un saggio penalistico specificamente dedicato al tema» (p. 432). Quell'importante lavoro di Paliero, che ancora oggi si staglia come un monolito nella letteratura penalistica italiana, non tematizza (e non poteva tematizzare), però, i profili evidenziati dalle Corti europee: l'ineffettività della norma penale intesa come violazione dei diritti della vittima e, quindi, come ragione di critica (che può giungere, in certi casi, alla disapplicazione e, magari, domani, all'espunzione dall'ordinamento) di un istituto o di un enunciato normativo responsabile dell'ineffettività dell'incriminazione.

⁵¹ V., tra i molti, L. EUSEBI, [Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore](#), in questa *Rivista*, 10 dicembre 2015; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016; V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cassazione penale*, 2016, p. 1250 ss.; 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 *Cassazione penale*, 2016, p. 3488 ss.; V. MANES, [La svolta Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti](#), in questa *Rivista*, 6 maggio 2016; D. PULITANÒ, [La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco](#), in questa *Rivista*, 5 ottobre 2016

⁵² Così V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike, 2012, p. 160, per il quale, tuttavia, tale principio (la cui recente vivacità è vista con preoccupazione dall'Autore: v., più esplicitamente, ID., *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, pp. 1260-1261) non sarebbe un

«principio di effettività del diritto penale», al quale è stato riconosciuto il rango di interesse di «rilievo costituzionale», insieme con quelli di «efficienza» del processo e di «salvaguardia dei diritti dei destinatari della funzione giurisdizionale», già messi bene in luce nella precedente sentenza 72/2008⁵³.

Scelta la strada della collaborazione, la via maestra che si aprirebbe alla Corte costituzionale sarebbe quella di abbandonare la tradizionale linea interpretativa che attribuisce natura sostanziale alla prescrizione, riconoscendo le buone ragioni che ispirano la diversa impostazione delle Corti europee e ottenendo così, grazie alla sollecitazione di questo caso giurisprudenziale, l'importante risultato di sottrarre al monopolio del legislatore nazionale un istituto così cruciale per il buon funzionamento del sistema penale. Nello Stato costituzionale di diritto, come ha efficacemente osservato Gustavo Zagrebelsky, non vi è spazio per nessun «padrone del diritto». Il diritto, anche penale (come testimonia chiaramente la giurisprudenza della Corte europea sugli obblighi giurisdizionali d'incriminazione), non può più essere «oggetto in proprietà di uno ma deve essere oggetto delle cure di tanti»⁵⁴.

In alternativa, sono ipotizzabili due vie più compromissorie. La prima consiste nel negare che la disciplina della prescrizione, la cui natura rimarrebbe così immutata, cada nel nucleo duro del principio di legalità (quello presidiato dai controlimiti). La seconda è quella di attribuire all'istituto *de quo* una natura «ibrida»: *sostanziale* con riferimento all'art. 157 c.p., in cui si definisce l'indispensabile "tempo dell'oblio"; *processuale*, con riferimento agli artt. 160 e 161 che disciplinano l'istituto dell'interruzione della prescrizione, quando, cioè, il processo si è messo in moto e – mostrando, magari con una o due sentenze di condanna, di non voler dimenticare – dev'essere posto nelle condizioni di poter giungere a una decisione finale nel merito⁵⁵. Alla garanzia, fondamentale, di tempi processuali ragionevoli non è l'istituto della prescrizione che deve provvedere, essendo, anzi, proprio quell'istituto – spia del disfunzionamento del sistema – una delle cause, non secondarie, dell'allungamento patologico della durata dei processi.

Certo, su questa strada rimarrebbero ancora i pesanti ostacoli rappresentati dai criteri che la Corte di giustizia ha affidato ai giudici comuni per formulare il giudizio di adeguatezza del diritto nazionale al diritto europeo. E tuttavia, se un ostacolo pare

controinteresse «di rango omogeneo» a quello sotteso al principio della *lex mitior*, secondo l'impostazione fatta propria dalla Corte europea nel caso *Scoppola c. Italia*, del 17 settembre 2009, che considera la garanzia della retroattività della legge penale più favorevole un corollario del principio di legalità. Com'è noto, la nostra Corte costituzionale riconduce, invece, il principio della *lex mitior* al più debole presidio dell'art. 3 della Costituzione, ammettendo la legittimità di deroghe.

⁵³ Ringrazio Vittorio Manes per avermi ricordato, a margine di una conversazione sul caso *Taricco*, la sentenza 236/2011, da cui sono tratti i passi sopra citati e con la quale la Corte costituzionale ha salvato la legge n. 251 del 2005, c.d. ex-Cirielli, nella parte in cui esclude l'applicazione retroattiva dei nuovi termini di prescrizione, se più favorevoli al reo, ai processi già pendenti in appello e in Cassazione.

⁵⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, p. 213.

⁵⁵ Le due ipotesi sono formulate da P. FARAGUNA e P. PERINI, [L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controlimiti](#), in *questa Rivista*, 30 marzo 2016, p. 11-16.

insuperabile⁵⁶ (a causa delle caratteristiche del primo criterio, fondato su un parametro indeterminato – la “gravità della frode” – e su una «situazione non accertabile dal giudice del singolo processo, che non può stabilire se il regime della prescrizione di determinate frodi gravi ne impedisca la punizione “in un numero considerevole di casi”»⁵⁷), il secondo ostacolo, come ha mostrato in modo convincente Ernesto Lupo, è tutt’altro che invalicabile: trattandosi di una comparazione tra astratte previsioni legali (quelle che stabiliscono i termini di prescrizione per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro e per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell’UE), il giudizio relativo può ben essere effettuato dal giudice. Questi, infatti, può agevolmente constatare che il reato ascritto a Taricco (l’associazione per delinquere allo scopo di commettere i delitti in tema di Iva) è soggetto a una disciplina dell’interruzione della prescrizione molto più favorevole di quella prevista per l’analogo reato associativo finalizzato al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, fattispecie rientrante tra quelle indicate nell’art. 51 comma 3-bis c.p.p., per le quali non opera il limite massimo previsto in linea generale dal codice penale («un quarto del tempo necessario a prescrivere»)⁵⁸.

Quale che sia l’itinerario che la Corte sceglierà di seguire, questa seconda soluzione (*irenica*)⁵⁹ della questione di legittimità costituzionale – accompagnata da un *robusto monito* rivolto al legislatore affinché intervenga con una soddisfacente riforma dell’istituto della prescrizione – non solo eviterebbe un inopportuno scontro tra paradigmi, ma contribuirebbe altresì a sensibilizzare la nostra cultura giuridica al valore dell’*effettività*, facendo compiere alla nostra comunità giuridica un ulteriore passo significativo verso il nuovo paradigma europeo che ha portato una «*ventata d’ossigeno per il nostro sistema penale*, costringendoci a rimettere in discussione dogmi consolidati (primo fra tutti, quello del giudicato) e a riflettere a fondo sui profili critici del sistema»⁶⁰, aiutandoci, il più delle volte, a innalzare il livello di protezione dei diritti dell’imputato senza sacrificare quelli della vittima, anch’essi degni di tutela e tradizionalmente trascurati dalla nostra cultura giuridica.

⁵⁶ Di diverso avviso, però, *rara avis*, F. VIGANÒ, *Il caso Taricco*, cit., p. 31-33.

⁵⁷ E. LUPO, *La primauté del diritto dell’UE e l’ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in *questa Rivista*, 29 febbraio 2016, p. 6, in cui si aggiunge che «quest’ultimo presupposto può desumersi soltanto da rilevazioni statistiche estranee, di per sé, agli accertamenti compiuti nel singolo processo e relative, in linea di principio, all’intero territorio nazionale». Ragion per cui, la fattispecie delineata dalla sentenza *Taricco* non può, «per le sue caratteristiche intrinseche, essere accertata dal giudice nazionale, per un limite inerente alla natura dell’attività giurisdizionale».

⁵⁸ Ivi, pp. 7-8.

⁵⁹ Di opinione contraria, invece, D. PULITANÒ, *La posta in gioco*, cit., p. 13, che perora, in questo caso, la causa del «costituzionalismo *non irenico*, ma polemico quanto basti per misurarsi con le tensioni del sistema multilivello e i problemi di costruzione di una legalità più complessa e più solida».

⁶⁰ Così F. VIGANÒ, *Il caso Taricco*, cit., p. 21.