

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

SILVIO RIONDATO

Associato di Diritto penale

Facoltà di Giurisprudenza

Università degli Studi di Padova

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

Sommario: 1. Il punto di vista comunitario. 2. Il punto di vista nazionale.

1. Dato che è stato detto i giudici italiani hanno sposato le mie tesi¹, rimettendo varie questioni alla Corte di Giustizia CE in tema di false comunicazioni sociali, con l’obiettivo di disapplicare la legge vigente e far rivivere quella abrogata, e dato che l’A.G. Kokott nelle sue conclusioni in causa Berlusconi (e altre) le ha più ampiamente riprese², tento di difenderle ulteriormente e quindi ripropongo quel volto del diritto comunitario che ho sempre ravvisato³, contro la diffusa lettura della sentenza emanata dalla CGCE nella stessa causa⁴, secondo cui le aspettative dei giudici italiani sarebbero state deluse.

In realtà, a una disamina attenta della pronuncia non può sfuggire che la Corte ha invece offerto ai giudici italiani la chiave che essi cercavano, ma - data l’indubbia valenza “politica” delle questioni - l’ha un po’ celata nei meandri della motivazione, facendo risaltare maggiormente profili che a prima vista si potrebbero intendere come negativi. Soprattutto, la Corte è riuscita ad evitare un dispositivo che suonasse come un accoglimento.

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

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

² 14 ottobre 2004, in *Dir. pen. e processo*, 2004, 1573, con mio commento e ult. ind. Per letture in senso fortemente critico v. CARACCIOLI I., *Falso in bilancio: le conclusioni dell’avvocato generale della Corte Ce*, in *Dir. e prat. delle società*, 2004, n. 23, 6; MAZZACUVA N., *A proposito di ‘interpretazione creativa’ tra diritto penale, principi costituzionali e direttive comunitarie*, in www.giurcost.org; MEZZETTI L., *Il falso in bilancio fra Corte di giustizia e Corte costituzionale italiana (passando attraverso i principi supremi dell’ordinamento costituzionale)*, in www.giurcost.org.; e, prima, INSOLERA G., *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri ?*, Milano, 2003

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

⁴ CGCE, 3 maggio 2005, C-387/02 e aa., Proc. Pen./Berlusconi e aa.

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

Senonché, la Corte non sviluppa l'argomentazione scendendo agli esiti del principio comunitario di punizione, che prelude alla disapplicazione della norma nazionale incompatibile, ma passa invece ad altro, cioè alla questione sul *favor* e sull'efficacia delle direttive. Vi è una speculazione tattica sul *petitum*, che spiega questo frettoloso disimpegno dall'art. 5 citato. I giudici comunitari, invero, sfruttano la circostanza che i giudici *a quibus* hanno posto prevalentemente quesiti concernenti il significato di direttive, tralasciando alquanto l'importanza della norma del trattato. La Corte ha quindi gioco facile nel ribadire che la direttiva *in quanto tale*, e indipendentemente da una legge emanata per attuarla, non può fondare o aggravare la responsabilità penale. Insomma, la Corte suggerisce che l'art. 5 "può essere utilmente preso in considerazione", proprio perché non è stato adeguatamente preso in considerazione dai giudici italiani, i quali ne hanno sottovalutato l'utilità.

Riguardo alla ritenuta inefficacia penalistica delle direttive, e avviandosi verso il secondo aspetto della chiave anzidetta, è opportuno rilevare quale sia la diversità tra il caso Berlusconi e il precedente ma recentissimo caso Niselli (stesso estensore)⁵. Non può sostenersi che in *Niselli* (e in altre) la Corte ha accolto una diversa e contraria soluzione, quando ha in buona sostanza ammesso la disapplicazione di una legge successiva contraria a direttiva comunitaria, con "reviviscenza", per così dire, della legge penale previgente – applicabile in quanto vigente al momento del fatto, senza pregiudizio dei principi di legalità e del *favor rei*. E ciò non solo perché sarebbe scandaloso che la Corte si fosse ridotta a disattendere i precedenti in una causa concernente un Capo di Governo di uno Stato membro, esponendosi all'accusa di favoritismo. In *Niselli*, infatti, *sussisteva una legge penale nazionale intesa come attuativa del disposto comunitario*. Nella causa Berlusconi, invece, né i giudici nazionali nelle questioni né l'Avvocato Generale hanno affermato che il vecchio art. 2621 c.c. doveva intendersi come attuazione del principio di adeguatezza sanzionatoria che in materia è previsto dalle direttive (attuazione incidentale); e tanto meno si è detto che lo stesso articolo realizzava le esigenze di cui all'art. 5 del Trattato. Perciò la Corte, molto arrampicandosi e imponendosi un intenso *self-restraint*, è riuscita a delineare un quadro penalistico in cui la forza esecutiva (penalistica) comunitaria del disposto comunitario rimarrebbe, in caso di disapplicazione, ancorata alla direttiva *in quanto tale*, *indipendentemente da una legge emanata per attuarla* – insomma, il vecchio art. 2621 cc. costituirebbe in tal quadro solo un accidente la cui resurrezione avverrebbe meramente in forza di una direttiva non attuata.

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

Vi è inoltre un terzo aspetto significativo, che si trae dalla trattazione in sentenza del principio del *favor*. E' curioso che la Corte dapprima inizi ad affrontare la questione sull'esistenza del principio, addirittura concludendo in modo assolutamente apodittico nel senso che esisterebbe una tradizione costituzionale comune (il che oltretutto è falso) e quindi un principio generale comunitario, ma poi noti che "si pone tuttavia la questione se il principio dell'applicazione

⁵ CGCE, 11 novembre 2004, C-475/02, Proc. Pen./Niselli, in *Dir. penale e processo*, 2005, 386.

retroattiva della pena più mite si applichi qualora questa sia contraria ad altre norme di diritto comunitario”, e che “non è però necessario decidere tale questione ai fini delle controversie principali, poiché la norma comunitaria in questione è contenuta in una direttiva fatta valere nei confronti di un soggetto dall’autorità giudiziaria nell’ambito di procedimenti penali”. Occorre domandarsi che senso abbia un cominciamento di trattazione di così grande importanza, se il principio del *favor* e le questioni connesse sono in realtà ritenute irrilevanti al fine del decidere.

Esso ha senso solo nella prospettiva che qui si va delineando, cioè quella di offrire ai giudici nazionali una traccia per risolvere il caso nel senso “penalizzante”. Infatti, il limite del *favor* è già stato segnato dalla Corte, da ultimo nella menzionata causa Niselli⁶ che, com’è ormai chiaro, è servita per esplicitare ciò che in *Berlusconi* si rendeva opportuno sottacere. Preme alla Corte solo chiarire - ciò che in precedenza non era mai stato fatto, e sul punto la Corte è sollecitata dall’A.G. - che il principio di applicazione della legge successiva più mite è un principio generale comunitario. E’ evidente quindi che il limite già segnato si riferisce anche al principio comunitario, nonostante ciò rimanga inespresso nella sentenza Berlusconi.

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

In conclusione, si può notare che su tutti questi aspetti che aprono a un sindacato sulla legge penale nazionale, spetta al giudice del rinvio (e non alla Corte) valutare il sistema sanzionatorio previsto dal legislatore italiano nel suo complesso, commisurandolo ai criteri di efficacia, proporzionalità e capacità dissuasiva. La Corte ha dato (e può solo dare) indicazioni relative all’interpretazione del diritto comunitario che consentano al giudice nazionale di effettuare una tale valutazione del proprio ordinamento. La Corte ciò ha fatto nel caso Berlusconi, sia pur con la prudentissima motivazione che l’eco politica del caso le ha consigliato.

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

2. Sul piano nazionale, a parte tra l’altro le questioni generali sull’incidenza del diritto comunitario in ambito penale, il problema più importante suscitato dal caso “Berlusconi” riguarda la sorte del principio di retroattività benigna (che finora di per sé non ha assunto rango costituzionale), nell’ipotesi in cui la norma di favore, entrata in vigore dopo la commissione del fatto di reato, sia illegittima (p.es. nel caso di illegittimità, comunitaria o costituzionale, di una abrogazione significativa *abolitio criminis*), e da ciò consegua la reviviscenza della norma vigente al momento del fatto.

Riguardo al sindacato su norme di favore, aderisco, contro la dottrina penalistica dominante - la quale in definitiva accoglie in ambito costituzional-penale un principio di democrazia di natura meramente procedurale, sotteso alla riserva di legge ex art. 25 co.2 Cost.-, alle indicazioni e a successivi sviluppi giurisprudenziali della sentenza costituzionale stesa da Livio Paladin nel 1983⁷, che apre al sindacato su norme di favore⁸. Resta invero insuperata la limpida osservazione di Lorenza Carlassare secondo cui in buona sostanza non è ammissibile che una parte della legislazione ordinaria sia riservata all’arbitrio legislativo, riducendo la penetrazione dei valori costituzionali nell’ordinamento penale⁹.

⁶ V. anche quanto abbiamo rilevato rispetto ad altre decisioni in *Profili*, cit., 1153 ss.,1149.

⁷ 3 giugno 1983, n. 148, in *Cass. Pen.*, 1983, 1909 con nota di Lattanzi.

⁸ Ult. ind., con riguardo agli obblighi di penalizzazione anche comunitari, in RIONDATO, *Competenza*, cit. 292 ss.

⁹ CARLASSARE L, *Legge (Riserva di)*, Enc. Giur. Treccani, Roma, 1990

E' peraltro vero che il problema coinvolge delicati profili di tutela dell'affidamento¹⁰, che non possono essere sottovalutati. Si tratta però di un principio, non molto impegnato come tale in diritto italiano, che di per sé già pericola tra un versante puramente oggettivo ed uno meramente soggettivo, quest'ultimo particolarmente enfatizzato nella sentenza costituzionale 364/1998 in tema di ignoranza della legge penale¹¹. Comunque, si impongono delicate operazioni di bilanciamento tra valori costituzionali, secondo criteri di ragionevolezza (opportunità razionale empirica).

Orbene, tra le soluzioni che tendono a far salva la fede individuale e pubblica nella *fairness* delle istanze statali, si inquadra anche quella secondo cui l'illegittimità della norma successiva più favorevole, che pur determini la reviviscenza della norma penale meno favorevole vigente al momento del fatto, non può risolversi a danno di chi, nonostante sia colpevole del reato, abbia potuto far affidamento sul mutamento legislativo intervenuto successivamente e a lui favorevole, mutamento che soltanto *ex post* è stato caducato; la censura di illegittimità preluderebbe quindi a un ripristino dello *status quo ante* limitatamente ai fatti futuri (reviviscenza ma con effetto solo *ex nunc*).

Lo spettro delle soluzioni è, tuttavia, molto ampio, comprendendo tra l'altro anche l'ipotesi di reviviscenza *ex tunc*, per cui in definitiva l'affidamento in una legge favorevole sopravvenuta al reato commesso risulterebbe soccombente nel bilanciamento. Basti aggiungere che non manca nella dottrina penale chi, considerando casi, pur definiti *eccezionali*, di collusioni del potere politico in funzione di depenalizzazione, tende a soggettivizzare il principio di affidamento escludendo per esempio che depenalizzazioni illegittime possano in alcun modo favorire gli appartenenti a *lobbies* che abbiano con certezza influenzato le scelte di depenalizzazione degli organi legislativi¹².

Lasciamo al lettore di stabilire se eventualmente in che misura il caso Berlusconi si inquadri nei presupposti testé indicati. Interessa qui soltanto notare che il problema in esame si avvia per sua natura verso alti tassi di complessità acuita dalle circostanze del caso concreto, coinvolgendo immediatamente la definizione del rapporto di reciproca influenza tra il Politico e il Giuridico, quindi anche la definizione del ruolo della Corte costituzionale. A testimonianza di ciò, in via conclusiva pare opportuno aggiungere il rilievo che rispetto all'ambito penale il mutamento legislativo favorevole si presta di fatto ad essere impiegato come succedaneo del provvedimento legislativo di clemenza, fuori dai limiti che la Costituzione prevede per la grazia, l'amnistia e l'indulto, e profittando della disciplina prevista dall'art. 2, co. 2 e 3 c.p. (che però non può ritenersi costituzionalizzata). La vicenda dei reati societari, fin dai lavori preparatori ha subito l'ascrizione ad una ipotesi del genere. Ma una concezione sostanziale forte della legalità costituzionale potrebbe fondatamente condurre in certi casi alla censura nei confronti di siffatte "truffe di etichette". Questi abusi di potere, almeno quando fossero *ab origine* manifestamente riconosciuti come tali, nemmeno in nome del principio di affidamento potrebbero vantare una sia pur limitata operatività.

¹⁰ MAZZACUVA, *A proposito*, cit.

¹¹ Per prime indicazioni v. RIONDATO S., *Retroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in VINCENTI U. (a c. di), *Diritto e clinica. Per l'analisi della decisione del caso*, Padova, Cedam, 2000, 250 ss.

¹² PATRONO P., *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, Cedam, 82 ss., al quale rinviamo anche per ulteriori rilievi e indicazioni.